

CONTROL DEL CORREO ELECTRÓNICO Y DERECHO A LA INTIMIDAD EN EL CONTRATO DE TRABAJO ¹

JOSÉ IGNACIO GARCÍA NÚÑEZ

*Máster de Investigación EEES en Derecho del Trabajo y Seguridad Social a través de la Jurisprudencia y en Marco Institucional y Crecimiento Económico.
Analista de Sistemas en la AEAT*

Este trabajo ha sido seleccionado para su publicación por: don Rafael FERNÁNDEZ VALVERDE, don Xabier ARZOZ SANTISTEBAN, doña María Camino VIDAL FUEYO, don José Ramón DE HOCES ÍÑIGUEZ y don Pedro POVEDA GÓMEZ.

Extracto:

NUESTRO Tribunal Constitucional (TC) ha considerado la necesidad de modular el derecho fundamental a la intimidad durante la relación laboral con la finalidad de equilibrar los legítimos intereses empresariales con la debida protección que sobre esta materia debe tener el trabajador, en base al principio de la buena fe de las partes que obliga todo contrato y que se opone al fraude, a la deslealtad o al abuso de confianza. En base a ello se impone como requisitos para la actividad fiscalizadora del empresario la idoneidad, la necesidad y la proporcionalidad como elementos que justifican el razonable y adecuado equilibrio que permiten la protección de la intimidad del trabajador.

Palabras clave: control empresarial, contrato de trabajo, intimidad, correo electrónico.

¹ Adaptación del Trabajo de Fin de Máster defendido en junio de 2011, dirigido por la Doctora Carolina San Martín Mazzucconi, Universidad Rey Juan Carlos de Madrid.

E-MAIL CONTROL AND PRIVACY IN THE EMPLOYMENT CONTRACT ¹

JOSÉ IGNACIO GARCÍA NÚÑEZ

*Máster de Investigación EEES en Derecho del Trabajo
y Seguridad Social a través de la Jurisprudencia y en
Marco Institucional y Crecimiento Económico.
Analista de Sistemas en la AEAT*

Este trabajo ha sido seleccionado para su publicación por: don Rafael FERNÁNDEZ VALVERDE, don Xabier ARZOZ SANTISTEBAN, doña María Camino VIDAL FUEYO, don José Ramón DE HOCES ÍÑIGUEZ y don Pedro POVEDA GÓMEZ.

Abstract:

OUR Constitutional Court has considered the need to modulate the fundamental right to privacy during the employment relationship in order to balance the legitimate business interests with the adequate protection the workers must have in this area based on the principle of good faith of the parties required by all contracts and which is opposed to fraud, unfairness or abuse of trust. On this basis, appropriateness, necessity and proportionality are imposed as a requirement for the audit activity of employers given the fact that these three elements are evidence of the existence of a reasonable and appropriate balance that safeguards workers' rights to privacy.

Keywords: control business, employment contract, privacy, e-mail.

¹ Adaptación del Trabajo de Fin de Máster defendido en junio de 2011, dirigido por la Doctora Carolina San Martín Mazzucconi, Universidad Rey Juan Carlos de Madrid.

Sumario

1. Nuevas tecnologías y derechos fundamentales en el ámbito laboral con especial referencia al derecho a la intimidad.
2. Armonización de los derechos fundamentales durante la relación laboral.
3. Requisitos para la actividad fiscalizadora del empresario.
 - 3.1. Idoneidad.
 - 3.2. Necesidad.
 - 3.3. Proporcionalidad.
4. Principio de buena fe contractual.
5. Reflexiones sobre los tipos de control empresarial del correo electrónico y sus límites.
6. Consecuencias del control empresarial.
 - 6.1. Para el empresario.
 - 6.2. Para el trabajador.
7. Conclusiones.

1. NUEVAS TECNOLOGÍAS Y DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL ÁMBITO LABORAL CON ESPECIAL REFERENCIA AL DERECHO A LA INTIMIDAD

El estudio que se presenta tiene tres expresiones clave que configuran su contenido y que conviene delimitar conceptualmente para una mejor comprensión de este trabajo de investigación. Son las siguientes: «nuevas tecnologías», «derechos fundamentales» e «intimidad». Las mismas van a ser tratadas considerando su incidencia y afectaciones exclusivamente en el uso del correo electrónico o e-mail en el ámbito de la relación laboral y, sin perjuicio de que, inevitablemente y por la propia naturaleza del concepto de correo electrónico, se tratarán también otros elementos de control que le afectan como consecuencia de la fiscalización empresarial durante la relación laboral.

Con la expresión «nuevas tecnologías» se atiende a la revolución tecnológica² originada por los progresos de la electrónica y la informática en el campo del tratamiento de la información. Estas nuevas tecnologías se han ido renovando continuamente y esta es la causa por la que la expresión permanece en el tiempo: cada vez existen más y mejores sistemas de creación, almacenamiento, tratamiento y difusión de la información.

Así pues, las nuevas tecnologías de hace treinta años no son las mismas que las de los tiempos actuales como consecuencia de la mejora e implementación tecnológica³; y para ello baste como ejemplo (y sin ánimo de introducir complejidades técnicas informáticas, que podrían originar una infinitud de posibilidades y matices), decir que antes no existía la fibra óptica o las redes inalámbricas y ahora sí, multiplicándose de forma extraordinaria el número de canales de transmisión-recepción (en el caso de la fibra óptica) o ampliándose las posibilidades de usar redes sin hilos (en el caso de redes inalámbricas); incrementándose el riesgo de intrusiones en el tratamiento de la información y dificultando la posibilidad de preservación del derecho a la intimidad⁴. Y esto sin perjuicio de la adopción de medidas adecuadas de seguridad.

² LUJÁN ALCARAZ, J., «Protección de datos de carácter personal y contrato de trabajo». BIB 2003/890. *Aranzadi Social* núm. 7/2003.

³ SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C., «Detectives, nuevas tecnologías y derecho a la intimidad de los trabajadores». *Aranzadi Social* paraf. 81/2007. BIB 2007/2949.

⁴ GARCÍA-PABLOS MOLINA, A., «Informática y Derecho Penal», en AA.VV. *Implicaciones socio-jurídicas de las tecnologías de la información: los juristas ante la revolución informática*. Madrid. pág. 44.

Esto ha permitido la creación, acceso y cruces de grandes bancos de datos con todo tipo de informaciones sobre la vida, personalidad, etc., produciéndose el riesgo, cada vez mayor, del tratamiento incorrecto en cuanto a su uso y difusión, especialmente grave y preocupante en lo que se refiere a la posibilidad de violación de derechos fundamentales y, específicamente en lo que atañe a este estudio, de la violación de la intimidad del trabajador y otros derechos vinculados (como la no discriminación, el honor y la dignidad de la persona).

Abundando más en este sentido, conviene conocer la doctrina constitucional sobre la protección de la intimidad, que abarca «cualquier tipo de dato personal, sea o no íntimo, cuyo conocimiento o empleo por terceros pueda afectar a sus derechos, sean o no fundamentales, porque su objeto no es solo la intimidad individual, que para ello está la protección que el artículo 18.1 de la Constitución Española (CE) otorga, sino los datos de carácter personal. Por consiguiente, también alcanza a aquellos datos personales públicos, que por el hecho de serlo, de ser accesibles al conocimiento de cualquiera, no escapan al poder de disposición del afectado porque así lo garantiza su derecho a la protección de datos. También por ello, el que los datos sean de carácter personal no significa que solo tengan protección los relativos a la vida privada o íntima de la persona, sino que los datos amparados son todos aquellos que identifiquen o permitan la identificación de la persona, pudiendo servir para la confección de su perfil ideológico, racial, sexual, económico o de cualquier otra índole, o que sirvan para cualquier otra utilidad que en determinadas circunstancias constituya una amenaza para el individuo»⁵.

A este panorama se suman los criterios desarrollados por la Agencia Española de Protección de Datos, según los cuales ha de tratarse como dato personal un número como la dirección IP, que aunque en sí mismo no dice nada sobre una persona sí puede permitir identificarla⁶.

Debe destacarse que la violación del derecho fundamental a la intimidad no queda circunscrita exclusivamente a las partes de la relación laboral, esto es, a lo que pueda afectar al trabajador y al empresario, sino que son posibles violaciones de y hacia terceros, habida cuenta del avance actual de las tecnologías de la información.

El presente trabajo se centra en la estricta relación laboral, sin perjuicio de que no solo el empresario y el trabajador pueden violar el derecho a la intimidad (el empresario los del trabajador y el trabajador los de otro trabajador, del empresario, de proveedores, de clientes, etc.). Por consiguiente, queda excluida de este estudio la intervención de otros actores ajenos a la relación laboral, que mediante sistemas o programas especiales acceden a los recursos de información empresarial (usando técnicas informáticas de programas espías tales como gusanos o troyanos) o a los listados de comunicaciones en la empresa.

La consecuencia inmediata es que puede producirse –y de hecho se produce con excesiva frecuencia, aunque muchos ni siquiera son conscientes– un conflicto entre el derecho a la intimidad y

⁵ STC 292/2000 (RTC 2000/292).

⁶ ERDOZÁIN LÓPEZ, J.C., «La protección de los datos de carácter personal en las telecomunicaciones». *Aranzadi Civil*, núm. 1/2007. BIB 2007/90.

el derecho a la información que afecte a la actividad productiva durante la función fiscalizadora empresarial. Incluso aunque se admita que el control empresarial se realiza con las debidas garantías, la información obtenida durante la fiscalización empresarial puede almacenarse en cualquier tipo de soporte y, por consiguiente, ser transmitida por cualquier medio, físico o lógico a terceros, con lo que el riesgo de vulneración de derechos fundamentales siempre se encuentra presente.

Efectivamente, estos derechos se encuentran tutelados por nuestra Constitución y por esto, en este ejercicio de control empresarial, deben impedirse las intromisiones perturbadoras, las conductas que extralimiten la legítima fiscalización empresarial en ejercicio del poder directivo de modo que las garantías constitucionales sean reales y no meros deseos o declaración de intenciones.

Existe, pues, una preocupación importante por el derecho a la intimidad, no solo durante el desarrollo de la relación laboral⁷ –dado que las nuevas tecnologías han originado nuevas formas de subordinación⁸–, sino incluso antes de que esta se inicie –piénsese, por ejemplo, en la entrevista de trabajo, previa al inicio de la relación laboral y en la información anterior a esta que recibe el entrevistador o el empleador y que puedan condicionar su decisión–.

De aquí que se haya desarrollado el interés jurídico por el contenido de los bancos de datos personales, esto es, aquel conjunto de información que revela la personalidad constitucionalmente protegible y con esto la necesidad o conveniencia de un *habeas data*⁹ –por analogía con el *habeas corpus*– con el significado de que cada persona es el titular de sus propios datos¹⁰, es decir, que dicho titular tiene la libertad de controlar el uso de todos estos datos que puedan almacenar o distribuirse en cualquier tipo de soporte de información.

Así el *habeas data* adquiriría el calificativo de titularidad personalísima e irrenunciable, reafirmando que el objeto tutelado coincide con la intimidad de la persona, tanto en el marco de la relación laboral como en cualquier otro ámbito.

2. ARMONIZACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DURANTE LA RELACIÓN LABORAL

El TC modula el alcance de los derechos fundamentales en el ámbito de la relación laboral¹¹ con la finalidad de que se equilibren los intereses del empresario y del trabajador.

⁷ BLASCO PELLICER, C., «Incidencia de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación (TICS) en las reestructuraciones de las empresas». *Aranzadi Social*, núm. 15/2009. BIB 2009/1819.

⁸ PÉREZ DE LOS COBOS, F., *Nuevas tecnologías y relación de trabajo*, Tirant lo Blanch. Valencia. 1990, pág. 33.

⁹ STC 254/1993 (RTC 1993/254).

¹⁰ STC 292/2000 (RTC 2000/292).

¹¹ APILLUELO MARTÍN, M., «Contornos de control empresarial de la intimidad del trabajador ante las nuevas tecnologías y a la luz de la doctrina judicial». *Aranzadi Social*, núm. 4/2003. BIB 2003/608.

Constituye ya un dato sobradamente conocido que, según la doctrina constitucional, los derechos fundamentales acompañan al trabajador a lo largo de toda la relación laboral, pero su alcance protector está limitado en función del poder de dirección del empresario ¹².

La dirección del trabajo es un rasgo exigido por la realidad económico-social ya que sin ella la producción no es posible ¹³. Así, nuestra Carta Magna, consciente de esta característica, reconoce al empresario en su artículo 38 un conjunto de potestades que se engloban en el poder de dirección que le facultan tanto para determinar el contenido de la relación de trabajo como para arbitrar los instrumentos que estime pertinentes en orden a su cumplimiento ¹⁴, incluyendo en el mismo el *ius variandi* ¹⁵.

El trabajador, en el ámbito laboral, acepta voluntariamente ¹⁶ con la firma del contrato de trabajo la organización y dirección del empresario o persona en quien este delegue y se obliga a realizar lo convenido en el mismo con buena fe. Análogamente debe entenderse que el empresario no puede menoscabar la dignidad del trabajador con ese derecho de control empresarial ¹⁷ sino que ha de ejercerlo con estricta proporcionalidad –además de idoneidad y necesidad, como se verá más adelante– y con respeto a los derechos fundamentales del trabajador.

Tal como indica el TC, los condicionamientos impuestos por el contrato de trabajo tienen que matizarse con especial cuidado ya que no procede la defensa de la existencia de un genérico deber de lealtad con su significado omnicomprendivo de sujeción del trabajador al interés empresarial. Esto no sería acorde al sistema constitucional de relaciones laborales y contradiría el legítimo conflicto de intereses que debe existir en la relación trabajador-empresario.

En cualquier caso, esto no exime de la «necesidad de un comportamiento ajustado a las exigencias de la buena fe, como necesidad general derivada del desenvolvimiento de todos los derechos y específica de la relación contractual, que matiza el cumplimiento de las respectivas obligaciones y cuya vulneración convierte en ilícito o abusivo el ejercicio de los derechos, quedando al margen de su protección» ¹⁸.

Hemos de considerar que «la buena fe se erige como el primer óbice a la limitación fáctica por parte del empresario al ejercicio de los derechos fundamentales por parte de los trabajadores» ¹⁹ y nuestro TC comparte este criterio cuando resalta que no deben rebasarse los límites al implicar esta falta de

¹² STC 88/1985 (RTC 1985/88).

¹³ MONTOYA MELGAR, A., «El poder de dirección del empresario en las estructuras empresariales complejas». *RMTAS*, núm. 48/2004, pág. 135.

¹⁴ ROMÁN DE LA TORRE, M.D., *Poder de dirección y contrato de trabajo*. Editorial Grapheus, Valladolid, 1992, pág. 343.

¹⁵ MONTOYA MELGAR, A., *El poder de dirección del empresario*. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1965, pág. 140.

¹⁶ CARDONA RUBERT, M. B., «Control del correo electrónico de los empleados. Transgresión de la buena fe contractual», *Aranzadi Social* paraf. 65/2000. BIB 2000/1903.

¹⁷ SEMPERE NAVARRO, A. y SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C., «¿Puede la empresa controlar el ordenador usado por su trabajador?». *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi* núm. 21/2007. BIB 2007/1868.

¹⁸ STC 120/1983 (RTC 1983/120).

¹⁹ PRADO DE REYES, F.J., *Contrato y relación de trabajo*, Tecnos, 2001, pág. 181.

cumplimiento estricto y razonable²⁰ la conculcación que debe presidir²¹ el principio de la buena fe en el espíritu que impregna la relación laboral, lo que devendría, consecuentemente, en ilegítimo.

En este sentido, los derechos fundamentales inespecíficos²² encuentran continua aplicación en las facultades de control empresarial durante el desarrollo laboral en el caso del correo electrónico y es que, efectivamente, es difícil por no decir imposible, evitar la conexión entre los derechos fundamentales y la relación laboral²³.

De ahí que, en lo referente a interpretación que debe seguirse en cuanto a los límites de los derechos fundamentales, existan dos corrientes en la doctrina científica: la contractualista –de contrato de trabajo– y fundamentalista –de derechos fundamentales–.

La interpretación contractualista mantiene que el contrato de trabajo debe dirigir la modulación de los derechos fundamentales durante la relación laboral como consecuencia de que el trabajador acepta el control empresarial en base al principio de la buena fe. Por otra parte, la interpretación fundamentalista propugna la limitación del poder de dirección en lo referente a la fiscalización empresarial, dejando en un segundo plano el contrato de trabajo y, por consiguiente, lo que persigue es reforzar las garantías de salvaguarda de los derechos fundamentales durante la relación laboral.

Podría decirse que en la jurisprudencia constitucional se ha producido una elevación de rango en los límites, pasando de una interpretación contractualista a una interpretación fundamentalista por atender esencialmente a la naturaleza de la trasgresión de los derechos fundamentales y menos al derecho empresarial en el ejercicio de su poder de dirección.

Abundando más en este desarrollo, nos encontramos que en un principio nuestro TC defendía la interpretación contractualista al considerar que «no puede pronunciarse sobre lesiones de un derecho fundamental que aún no se ha producido» pese a reconocerse que «pueda en alguna ocasión... interferirse en aspectos concretos del derecho a la intimidad»²⁴. Para pasar posteriormente a defender la interpretación fundamentalista cuando estimó que no estaba «en cuestión un problema de prueba, sino de valoración de la conducta del trabajador desde la perspectiva del derecho a salvaguardar la propia imagen»²⁵ con resultado de despido.

Como consecuencia de ello, el profesor SAGARDOY llegó a apreciar un posible cambio de tendencia jurisprudencial, pasando de la consideración de la intimidad en el plano de la legalidad ordi-

²⁰ PALOMAR OLMEDA, A., *La protección de datos: su marco constitucional y el contexto del nuevo Reglamento*. 2008. BIB 2008/3802.

²¹ STC 6/1988 (RTC 1988/6).

²² PALOMEQUE LÓPEZ, M. C. y ÁLVAREZ DE LA ROSA, M., *Derecho del Trabajo*, 9.^a ed., Centro de Estudios Ramón Areces. Madrid. 2001, págs. 147-148.

²³ DEL REY GUANTER, S., «Relaciones Laborales y nuevas tecnologías», en AA.VV. *Derecho Social y Nuevas Tecnologías*, CGPJ, 2005, pág. 16.

²⁴ STC 110/1984 (RTC 1984/110).

²⁵ STC 99/1994 (RTC 1994/99).

naría a una perspectiva que atiende esencialmente a la naturaleza de la trasgresión de los derechos fundamentales ²⁶.

Sin lugar a duda el tema es verdaderamente complejo y delicado pero, en cualquier caso y, tal y como se ha comentado en diversas exposiciones a lo largo del Máster del que este estudio constituye trabajo final, ningún derecho fundamental puede ejercitarse faltando al principio de la buena fe. Como afirma la ya citada STC 6/1988 «el fraude, la deslealtad o la conducta realizada con abuso de confianza no podrían buscar amparo bajo norma constitucional declarativa de derecho alguno».

En fin, como premisa esencial de este estudio, conviene subrayar, pues, que tanto el TC como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos orientan sus decisiones hacia la doctrina de los límites inmanentes, de tal manera que ningún derecho puede revestirse de carácter de absoluto o, dicho en términos más suaves, todos los derechos son limitados ²⁷.

3. REQUISITOS PARA LA ACTIVIDAD FISCALIZADORA DEL EMPRESARIO

La jurisprudencia del TC exige que en la actividad fiscalizadora del empresario ²⁸ se cumplan tres requisitos ²⁹ para poder entender que no es restrictiva de un derecho fundamental. Son los siguientes: idoneidad, necesidad y proporcionalidad, que han de concurrir conjuntamente en cada caso.

3.1. Idoneidad

El requisito de idoneidad hace referencia a que el medio empleado tiene como finalidad cumplir los objetivos pretendidos. Así, la medida cumplirá el requisito de idoneidad si su implementación es susceptible de conseguir el objetivo propuesto. Ha de limitarse a recopilar pruebas exclusivamente dirigidas a acreditar el incumplimiento concreto por el cual se implanta el control, sin que pueda perseguir fines distintos, como el almacenamiento o difusión, que reflejaría un claro indicio de violación del derecho a la intimidad en el ámbito de la relación laboral.

Por consiguiente, el juicio de idoneidad no permite emplear medios restrictivos ³⁰ de derechos fundamentales de los trabajadores ³¹ que no pretendan conseguir la protección del interés empresa-

²⁶ SAGARDOY BENGOCHEA, J.A., *Los Derechos fundamentales y Contrato de Trabajo*. Civitas, 2005, págs. 55-58.

²⁷ DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, L.M., «Desarrollo y regulación de los derechos fundamentales». *Repertorio Aranzadi del TC*, núm. 20/2001.

²⁸ MARÍN ALONSO, I., «La facultad fiscalizadora del empresario sobre el uso del correo electrónico en la empresa: su limitación en base al derecho fundamental al secreto de las comunicaciones». *Temas Laborales*, núm. 75/2004, págs. 95-122.

²⁹ SSTC 66/1995 (RTC 1995/66), 186/1996 (RTC 1996/186) y 213/2002 (RTC 2002/213).

³⁰ SSTC 98/2000 (RTC 2000/98) y 281/2005 (RTC 2005/281).

³¹ ROLDÁN MARTÍNEZ, A.F. y HERREROS LÓPEZ, J.M., «El derecho de los representantes de los trabajadores a utilizar los medios electrónicos de comunicación propiedad de la empresa (Aplicación por los Tribunales de la STC 281/2005)». *Aranzadi Social*, núm. 11/2008.

rial (producción)³², sin que pueda excederse de los mismos (restricción)³³. Como se ha comentado anteriormente es preciso establecer reglas³⁴ de uso, siendo deseable que estas se produzcan de forma negociada aun reconociendo que en determinados casos no exista una norma concreta³⁵ que obligue a ello, si bien es cierto que el avance tecnológico implicará que en el futuro inmediato³⁶ aparezcan nuevos productos y servicios a los que el legislador deberá responder para que no sea necesario un «constructivismo ordenancista impropio de la función jurisdiccional»³⁷.

Claro que el problema radica en determinar y verificar que la limitación del derecho fundamental de que se trate verdaderamente produzca el fin pretendido, de tal suerte que pueda evaluarse como razonable. Esto implica que las medidas que se adopten tienen que servir para el fin indicado, lo cual entra en el terreno de lo futurible o, si se prefiere, lo previsible.

A este respecto, desempeña un papel protagonista la prueba de indicios, de la que puede presentarse toda una gama de categorías que van desde indicios fuertes a indicios débiles³⁸, como un conjunto indirecto, mediato, circunstancial, de inferencias, de presunciones o conjeturas de las actuaciones practicadas que permiten orientar la voluntad que originó las medidas consideradas como idóneas y constatarlas una vez llevadas a efecto. En este sentido, es importante poner de manifiesto que los indicios son reglas del pensar que permiten aportar al caso correspondiente un razonamiento que faculta para valorar como adecuadas o no las medidas que se tomen.

3.2. Necesidad

El requisito de necesidad se refiere a la situación concreta en que debe aplicarse, sin que se limiten derechos. No debe existir otra forma de conseguir el objetivo de acreditar el incumplimiento detectado menos invasiva de la privacidad.

Cabe cuestionarse en cada caso si la medida empleada es absolutamente necesaria e imprescindible sin que se vean lesionados los derechos fundamentales de los trabajadores. O dicho en otros términos, ha de plantearse si existen otras eventuales limitaciones más moderadas que aseguren, con

³² MANTECA VALDELANDE, V., «Control del empresario sobre el uso del ordenador por los trabajadores: alcance, contenido y límites». *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 749/2008.

³³ STC 90/1999 (RTC 1999/90).

³⁴ FERRER SILVA, V., «¿Reglas ante lo evidente?... fijación de pautas sobre el uso particular de una herramienta de trabajo». *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 11/2009. BIB 2009/2320.

³⁵ GARCÍA ORTEGA, J., «Tutela de la libertad sindical: preordenación del uso del correo electrónico de la empresa: limitación de las fotocopias y material de oficina». *Aranzadi Social* paraf. 49/2008. BIB 2008/2448.

³⁶ MARTÍNEZ MARTÍNEZ, R., «Secreto de las comunicaciones v. protección de datos en el ámbito laboral. A propósito de la Sentencia 281/2005 del Tribunal Constitucional Español y del Informe 101/2008 de la Agencia Española de Protección de Datos». *Aranzadi Social*, núm. 13/2008. BIB 2008/2396.

³⁷ SEMPERE NAVARRO, A. y SAN MARTÍN MAZZUCONI, C., «El uso sindical del correo electrónico a la luz de la STC 281/2005, de 7 noviembre». *Aranzadi Social*, núm. 17/2005. BIB 2005/2568.

³⁸ Sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 3 de marzo de 2006 (RJ 2006/2235).

idéntica eficacia, la adecuada actividad laboral y el ejercicio del derecho fundamental a la intimidad. Es decir, si existen otros medios de control igualmente eficaces pero que eviten la afectación de derechos fundamentales³⁹.

La STC 99/1994 delimita de forma esclarecedora lo que implica el juicio de necesidad y su posible aplicación práctica en lo concerniente a la utilización de las nuevas tecnologías para el ejercicio del control empresarial: «Los requerimientos organizativos que pudieran llegar a ser aptos para restringir el ejercicio de aquellos (derechos fundamentales) deben venir especialmente cualificados por razones de necesidad, de tal suerte que se hace preciso acreditar que no es posible de otra forma alcanzar el legítimo objetivo perseguido, porque no existe medio razonable para lograr una adecuación entre el interés del trabajador y el de la organización en que se integra»⁴⁰.

De lo anterior cabe inferir que los profesionales informáticos pueden actuar como peritos en los casos de indagaciones de medios menos invasivos en lo que se refiere a uso de ordenadores, correos electrónicos e internet en la empresa. Cuestión, por otra parte, de evidente licitud cuando son los propios usuarios los que voluntariamente entregan su ordenador de trabajo propiedad de la empresa que previamente han formateado y cuyo contenido es rescatado posteriormente con todos sus datos incluso con mensajes de correo electrónico de los propios usuarios. Ello siempre y cuando esas indagaciones se encuentren «limitadas al tiempo en que fue usado mientras era su empleado»⁴¹, sin que de esta forma se produzca vulneración de derecho al secreto de las comunicaciones⁴² o a la intimidad⁴³.

Así podría suceder mediante una auditoría informática en el que es posible conocer todas las acciones realizadas por un usuario en la red (todo tipo de operaciones con programas o archivos –abrir, copiar, borrar, etc.–; páginas webs visitadas; e-mail enviados y recibidos; número de pulsaciones tecleadas en la jornada; etc.).

3.3. Proporcionalidad

El requisito de proporcionalidad hace referencia a que la medida no es arbitraria, lo que implica que debe estar legitimada⁴⁴ y ser equilibrada por derivarse de ella más beneficios para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o derechos y, además, requiere que la vigilancia o control se limite al ámbito concreto sobre el que se tiene una sospecha fundada de que se está produciendo el incumplimiento detectado.

³⁹ DESDENTADO DAROCA, E., «El uso sindical de los sistemas de comunicación de la empresa. Más allá de la doctrina constitucional». *Aranzadi Social* paraf. 1/2010. BIB 2010/408.

⁴⁰ SSTC 99/1994 (RTC 1994/99), 186/1996 (RTC 1996/186) y 126/2003 (RTC 2003/126).

⁴¹ Auto de la Audiencia Provincial (AP) de Barcelona de 2 de febrero de 2006 (AC 2006/440).

⁴² STC 56/2003 (RTC 2003/56).

⁴³ STC 98/2000 (RTC 2000/98).

⁴⁴ GRAU PINEDA, C., «La transgresión de la buena fe contractual en el uso personal del ordenador de la empresa: la legitimidad del control empresarial». *Aranzadi Social*, núm. 11/2008. BIB 2008/2115.

Con la limitación a una zona concreta, específica, se pretende proteger el derecho a la intimidad, lo que implica abstenerse, por una parte, del conocimiento intrusivo del ámbito personal y familiar⁴⁵ y, por otra, de su divulgación ilegítima, no comprendiendo, en principio, los hechos referidos a relaciones sociales y profesionales durante la relación laboral por encontrarse más allá del ámbito de la vida privada personal y familiar.

Dado que el trabajador no tiene por qué soportar limitaciones injustificadas de sus derechos fundamentales, habida cuenta de la desigualdad de fuerzas y posición en las relaciones laborales entre el empresario y el trabajador, la aplicación de restricciones incrementa «el riesgo de eventuales menoscabos» de los mismos⁴⁶.

En consecuencia, entra en juego la fusión de los tres requisitos para la actividad fiscalizadora por medio del llamado «juicio de proporcionalidad» que limite el poder de dirección del empresario con el fin de evitar la restricción al disfrute de los derechos fundamentales del trabajador. En cualquier caso, la medida empresarial restrictiva debe ser ajustada, entendiéndose con esto, tal y como se ha comentado anteriormente, que los beneficios –reales o posibles– sean superiores a los valores en conflicto en lo que se denomina «juicio de proporcionalidad en sentido estricto»⁴⁷.

A pesar de la indefinición por parte del TC puede decirse que, en principio, adopta un comportamiento neutro o de no intromisión y aunque es cierto que los derechos fundamentales limitan derechos de los empresarios, según el profesor GIL Y GIL⁴⁸ «no le imponen una actitud de fomento de su ejercicio o desarrollo de manera similar a como la Constitución Española lo obliga con respecto a los poderes públicos».

4. PRINCIPIO DE BUENA FE CONTRACTUAL

Ha de resaltarse la importancia del principio de la buena fe⁴⁹ en esta materia, no solo como inspiración y deber del empresario sino también del trabajador, y así aunar voluntades con un objetivo común en defensa de los respectivos intereses: el trabajador presta un servicio al empresario a cambio de una remuneración económica.

El artículo 1.258 del Código Civil (CC) establece que todo contrato, también el de trabajo, obliga no solo al cumplimiento de lo expresamente pactado sino igualmente –y aquí radica el quid de la cuestión o, al menos, un elemento sustancial–, a sus consecuencias conforme al principio de la buena fe, tal y como preceptúa el artículo 7 del CC.

⁴⁵ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia (STSJ) de Madrid de 17 de abril de 2009 (AS 2009/1656).

⁴⁶ STC 129/1989 (RTC 1989/129).

⁴⁷ STC 66/1995 (RTC 1995/66).

⁴⁸ GIL Y GIL, J. L., «El deber del empresario de salvaguardar los Derechos fundamentales del trabajador». *Actualidad Sociolaboral*, núm. 13/2003, pág. 6.

⁴⁹ DE VAL ARNAL, J.J., «El correo electrónico en el trabajo y el derecho a la intimidad del trabajador». *Aranzadi Social* paraf. 64/2000. BIB 2000/1902.

El Estatuto de los Trabajadores (ET) no es ajeno a esta obligación, al que también hace la debida referencia, elevándolo hasta un deber de fidelidad del trabajador y un deber de protección del empresario y todo esto en aras de la actividad productiva, nexo común que dio origen y carta de naturaleza a la relación laboral con un contrato de trabajo personalísimo.

Esto, sin obviar, siguiendo al CC, que la buena fe en todo contrato es una actitud genérica, pero que en el caso personalísimo del contrato de trabajo además se le añade dos dimensiones que la distinguen de forma especial y relevante de otro tipo de contrato y que son la extensión y la intensidad, trayendo a un primer plano la necesidad u obligación específica y sancionadora propia del empleador de la facultad resolutoria unilateral cuando por la gravedad que pueda derivarse, así sea calificado por el mismo.

Además debe añadirse que el cumplimiento del contrato de trabajo realizado con la debida buena fe, lleva implícito un grado de confianza mutuo que debe regir durante la relación laboral y que se sustancia en la supervisión estrecha e incesante de la calidad y cantidad de trabajo como manifestación concreta que evidencia tanto el derecho al control empresarial como el deber de fidelidad correspondiente.

Llegado a este punto es importante resaltar de forma especial la obligación que pesa sobre el empleador de protección del trabajador durante el transcurso de la relación laboral, esto es, en el lugar y en el tiempo de trabajo, debiendo por consiguiente tomar las debidas precauciones o medidas cautelares –en materia de seguridad y salud en el trabajo, descansos, intimidad, etc.– para evitar incluso la posibilidad de su vulneración. Y esta protección a que se le obliga al empleador implica, necesariamente, que el trabajo debe ser prestado de cierta manera, esto es, con sujeción a las órdenes que del empleador o persona en la que este delegue y cuyo ejercicio debe realizarse conforme a la buena fe al que obliga el contrato de trabajo.

De conformidad con la STS de 26 de septiembre de 2007 (RJ 2007/7514), el empleador debe motivar el control que realiza a los trabajadores durante la relación laboral en una causa objetiva que la justifique y que podrían ser sospechas, seguridad, mejora del servicio o de los medios productivos; en suma, no es posible el control injustificado, aspecto que se encuentra vedado. En este sentido, determinadas actuaciones privadas del trabajador que resultan ajenas a la relación laboral, aunque desarrolladas durante el transcurso de la misma, pueden restar la eficacia debida a la prestación de trabajo e incluso perderla, pudiendo llegar a ser realizada sin una conducta «digna» exigible como puede ser la presunta participación en un delito grave y que puede originar pérdida de confianza ⁵⁰ y de prestigio a la empresa e incluso originar responsabilidades al propio empleador por actos que ni siquiera tienen nada que ver con la actividad productiva, fuera o no autorizado expresa o tácitamente.

A este respecto existe abundante jurisprudencia sobre responsabilidad del empleador frente a terceros por actos dolosos o culposos del trabajador, aplicando los preceptos del Código Penal (CP) y derivándose la correspondiente responsabilidad civil subsidiaria, aunque por parte del empleador no se hubiera producido culpa u omisión, incluso en el caso de que el trabajador sea declarado responsable penal y civil directo.

⁵⁰ STSJ de Andalucía (Sevilla) de 6 de abril de 2010 (AS 2010/1069).

La conclusión es que el razonable y adecuado equilibrio debe fundamentar la actividad fiscalizadora del empleador y la prestación de servicios del trabajador, sin excederse para no invadir fronteras vedadas a la intimidad, en particular y sin abusar del principio de la buena fe que debe regir todo contrato de trabajo. Y debe ser así porque en esto se distinguen los trabajadores de los siervos –*a quod ex officio facere tenentur*–.

5. REFLEXIONES SOBRE LOS TIPOS DE CONTROL EMPRESARIAL DEL CORREO ELECTRÓNICO Y SUS LÍMITES

La STS de 26 de septiembre de 2007 (RJ 2007/7514), que resuelve recurso de casación en unificación de doctrina, sienta unos postulados que algunos podrán compartir plenamente o, por el contrario, sobre determinados aspectos podrán diferir o apreciar otras consideraciones que no se contemplan, sin perjuicio de que su fundamentación se realice con mayor o menor acierto. No es propósito de este trabajo entrar en estas disquisiciones que originaría múltiples páginas de difícil o imposible conclusión. Los trabajos de investigación deben valorarse por su moderado contenido, por su argumentación y su esencia edificante. Y esta esencia edificante se ha procurado buscar en la jurisprudencia que sobre el uso del correo electrónico durante la relación laboral ha sido dictada, así como en las implicaciones que a efectos prácticos, operativos, derivan de su aplicación, con el ánimo de encauzar una interpretación de uso que sea ponderada, tal como aconseja nuestro TC.

En este sentido, la sentencia que se comenta establece, en su fundamento jurídico tercero, que el artículo 18 del ET no es aplicable al control por el empresario de los medios informáticos que pone a disposición de los trabajadores para que puedan realizar su prestación. Y dado que el ordenador es un medio de producción, el empresario tiene facultades tanto de control como de examen, verificando el correcto cumplimiento de la prestación laboral, lo que no sucede en los supuestos del artículo 18 citado.

Corresponde a otro ámbito la aplicación del artículo 18 del ET, donde el empleador puede establecer las medidas que estime pertinentes para la vigilancia y control que permitan verificar que los deberes y obligaciones laborales se cumplen fielmente por parte del trabajador, «guardando en su adopción y aplicación la consideración debida a su dignidad humana»⁵¹. Se trata de los registros que se realicen sobre la persona del trabajador, en sus taquillas y efectos personales, cuando por razones justificadas 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 trabajo⁵².

En cualquier caso, los límites generales al ejercicio de actividades empresariales de control vienen determinados por la existencia de sospecha fundada sobre un incumplimiento contractual

⁵¹ Artículo 20.3 del ET.

⁵² Artículo 18 del ET. MOLINA MARTÍN, A.M., «Comisión, prueba y sanción de la transgresión de la buena fe contractual y abuso de confianza». *Aranzadi Social* paraf. 48/2009. BIB 2009/1767.

del trabajador, la cual puede ser originada por graves⁵³ irregularidades del trabajador en su puesto de trabajo⁵⁴.

Por otro lado, debe considerarse la posibilidad de analogía que podría existir entre el concepto moderno de «correo electrónico» y los conceptos tradicionales de «conversaciones telefónicas» y «correo postal» en el ámbito laboral, sobre las cuales existe abundantísima jurisprudencia y están amparadas por su inviolabilidad y el secreto de las comunicaciones del artículo 18.3 de la CE.

Llegados hasta aquí, procede presentar una clasificación binaria de las posibilidades con las que el empleador cuenta para realizar el control del correo electrónico, que básicamente podrían ser las siguientes:

1. Control mediante vigilancia con cámaras de seguridad y dispositivos análogos (método indirecto).
2. Control mediante la interceptación de las comunicaciones (método directo).

Téngase en cuenta a este respecto que se considera zona excluida del ámbito de intimidad «el área de prestación de los servicios y de relación entre trabajador y cliente»⁵⁵, con lo que sin ser la pretensión principal la observación de la pantalla del ordenador del trabajador la mera visualización de la misma podría permitir al empleador este tipo de vigilancia, aunque pueda parecer accidental.

Pero qué duda cabe de que la segunda posibilidad, la *interceptación física (registro) o lógica (monitorización)* de las comunicaciones del trabajador es el método más efectivo, ya que tendría prácticamente el control total sobre las comunicaciones realizadas por correo electrónico.

El trabajador no puede instalar programas informáticos (como el de correo electrónico) para uso particular, ya que puede ser causa de despido⁵⁶, sin perjuicio de que al hacerlo también violaría derechos de propiedad intelectual si no tiene la correspondiente licencia de uso, aunque en el caso que nos ocupa lo principal o destacable es que se trata de un acto abusivo del trabajador y quebrantador de la buena fe contractual.

Antes de que la importante STS de 26 de septiembre de 2007 (RJ 2007/7514) resolviera la cuestión del control empresarial de los medios informáticos mediante la consideración de la no aplicación del artículo 18 del ET, cierto sector de la doctrina judicial fue encauzando hacia dicha resolución:

Así, el *registro físico* del ordenador donde presta servicios el trabajador era en apariencia análogo al registro de la taquilla personal del trabajador. Sin embargo, una parte –minoritaria– de los

⁵³ STC 104/2006 (RTC 2006/104).

⁵⁴ STSJ de Madrid de 17 de diciembre de 1998 (AS 1998/4392), STSJ de la Comunidad Valenciana de 27 de abril de 2004 (AS 2004/3821) y de 11 de enero de 2001 (AS 2001/1601).

⁵⁵ STSJ de Galicia de 25 de enero de 1996 (AS 1996/12).

⁵⁶ STSJ de la Comunidad Valenciana de 4 de julio de 2007 (AS 2007/2879).

Tribunales consideró que existía una gran diferencia entre el registro de taquillas y el registro de un ordenador personal ⁵⁷ (sobremesa o portátil) puesto por la empresa a disposición del trabajador para realizar su trabajo, dado que las taquillas tenían como objeto que el trabajador pudiera guardar sus efectos personales tales como su ropa cuando lo requiere el puesto de trabajo y, por otro lado, el ordenador personal fue considerado como una herramienta de trabajo, cuyo uso abusivo implicaba necesariamente una violación del principio de la buena fe y de la debida diligencia en el trabajo ⁵⁸.

Por fin, el TS concluyó que el registro del ordenador era posible siempre y cuando se realizara con el debido respeto a la dignidad del trabajador, existiera una justificación empresarial, sin que fuera necesario acudir a las garantías que patrocina el artículo 18 del ET porque no es un efecto personal ⁵⁹ (cuestión que la jurisprudencia ha tardado en dilucidar ⁶⁰), aunque en determinados casos sean aconsejables ⁶¹ esas cautelas ⁶², sin que las mismas puedan usarse torticeramente o accidentalmente, fuera o no la intención original pero sí de forma ilegítima y desproporcionada ⁶³, y con evidente abuso de confianza ⁶⁴.

Por otra parte, el *registro lógico*, que implica una monitorización tiene dos conceptos o más exactamente dos acepciones que son las siguientes:

1. Auditoría.
2. Monitorización de pantalla.

La *auditoría* consiste en registrar de forma remota y desatendida las acciones que realiza un usuario en red, generalmente desde un puesto de ordenador personal, aunque también puede realizarse desde un puesto de terminal (la diferencia fundamental es que este no puede funcionar de forma autónoma –porque no tiene microprocesador, ni disco duro, funcionando mediante conexión directa con el servidor– y el ordenador sí). Generalmente, un programa del sistema –auditoría– realiza las acciones que se programen de forma automática y desatendida, almacenando la información en un archivo. Las acciones que se registran puede establecerse de forma personalizada (programación) aunque generalmente se limita a la apertura, cierre y borrado de programas y archivos (registra el nombre del programa o archivo, no su contenido), así como a la conexión y desconexión del usuario; aunque no es habitual podría programarse incluso para que se registrara todo lo que el usuario vea en pantalla o escriba con el teclado.

⁵⁷ STSJ de Madrid de 22 de noviembre de 2003 (AS 2003/1207).

⁵⁸ STSJ del País Vasco de 23 de enero de 2007 (AS 2007/1723).

⁵⁹ STS de 26 de septiembre de 2007 (RJ 2007/7514) y STSJ de Andalucía (Sevilla) de 25 de noviembre de 2008 (AS 2009/255).

⁶⁰ STSJ de Cantabria de 18 de enero de 2007 (RJ 2007/1030).

⁶¹ STSJ de 30 de mayo de 2006 (AS 2007/1029).

⁶² SSTSJ de Cantabria de 20 de febrero de 2004 (AS 2004/443), de 23 de febrero de 2004 (AS 2004/444) y de 26 de agosto de 2004 (AS 2004/2513) y STSJ del País Vasco de 12 de septiembre de 2006 (AS 2006/2602).

⁶³ STSJ del País Vasco de 6 de noviembre de 2007 (AS 2008/1556).

⁶⁴ STSJ de la Comunidad Valenciana de 22 de diciembre de 2005 (AS 2006/1278).

Cuando el contenido de los archivos no se visualiza, los Tribunales admiten este tipo de controles porque no parece que vulnere derechos fundamentales, encontrándose como medida oportuna de vigilancia y control de los trabajadores ⁶⁵, incluso aunque se tratase de un portátil ⁶⁶, siempre y cuando sea propiedad de la empresa.

La *monitorización* de pantalla, por el contrario, permite ver la pantalla del usuario lo que está haciendo en todo momento, pudiendo incluso tomar el control del ordenador, generalmente con consentimiento previo. Cuando se hace este tipo de control suele ser para resolver remotamente un problema informático del usuario sin necesidad de desplazarse a su puesto de trabajo. Como decimos, para tomar el control del ordenador del usuario este debe autorizarlo, aunque técnicamente también es posible controlarlo sin necesidad de autorización e incluso sin que lo perciba.

Este tipo de control también puede realizarse con los operadores telefónicos, siendo admitido siempre y cuando se realice de forma aleatoria, a modo de muestreo, con aviso al trabajador y con el objeto de verificar la correcta gestión de las llamadas que se atienden a clientes o proveedores y, de este modo, poder aconsejar y dirigir de forma más eficaz la actividad.

Dado, pues, que en el presente trabajo de investigación la cuestión principal es la afectación del correo electrónico en la relación laboral, deben considerarse tres posibilidades que no son incompatibles entre sí:

1. Correo personal de titularidad del trabajador.
2. Correo personal de titularidad de la empresa, actuando el trabajador como depositario ⁶⁷.
3. Correo empresarial.

Intentar delimitar si los tres tipos de correos electrónicos tienen o deben tener las mismas garantías es uno de los fundamentos del presente trabajo de investigación. Y, concurrentemente, a mi juicio, es el caballo de batalla en lo que respecta al derecho a la intimidad y las nuevas tecnologías.

Tal y como ya se ha comentado, el empresario tiene derecho a establecer determinadas restricciones o limitaciones (normas de uso ⁶⁸) en la utilización del correo electrónico en la empresa, así como la de internet (sobre todo en los casos de inexistencia de medios y de infraestructura empresarial, o cuando pueda producirse desbordamiento en la capacidad de línea ⁶⁹) como consecuencia del poder de dirección y organización en el trabajo que le confiere el artículo 20 del ET. El precepto señala que «el trabajador estará obligado a realizar el trabajo convenido bajo la dirección del empresario». Por su parte,

⁶⁵ STSJ de Cataluña de 29 de junio de 2001 (AS 2001/3236).

⁶⁶ STSJ de Madrid de 10 de abril de 2003 (AS 2003/3257).

⁶⁷ OLLO LURI, «En el terreno de las TIC la propiedad no implica responsabilidad». *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 3/2010. BIB 2010/659.

⁶⁸ SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C., «Navegar por internet en horas de trabajo... ¿Quién?. ¿Yo?». *Aranzadi Social* paraf. 70/2010. BIB 2010/147.

⁶⁹ STSJ de la Comunidad Valenciana de 15 de febrero de 2007 (AS 2007/2083).

el artículo 5 del mismo texto legal dispone que los trabajadores «tienen como deber básico cumplir las órdenes e instrucciones del empresario en el ejercicio regular de sus actividades directivas».

Sin perjuicio de lo anterior y abundando más en el artículo 20 antes citado, su apartado tercero nos indica 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 es aquí donde el empresario puede fundamentar el derecho al acceso y control de las comunicaciones electrónicas en el ámbito laboral que se realice por los trabajadores, pero con la obligación de que se adopten y apliquen medidas que no vulneren la dignidad de los mismos.

El empresario puede establecer mecanismos técnicos, a través de programas informáticos que permitan controlar y verificar que los trabajadores realizan un uso correcto del acceso a internet y del correo electrónico que el empresario, y esto no debemos olvidarlo, ha puesto a su disposición como herramienta de trabajo y, por consiguiente, que lo usan conforme al principio de la buena fe contractual como base que debe regir todo.

En este marco de circunstancia hay que considerar que no debe obstaculizarse el uso de las nuevas tecnologías que permitirían un mejor desempeño de las funciones del trabajador y que redundaría en beneficio de la propia empresa y esto implica necesariamente permitir oportunidades⁷⁰ para explorar las tecnologías que faciliten la comunicación como el correo electrónico⁷¹.

El TS ha resuelto en gran medida la cuestión del control de los medios informáticos, y avanza ciertas pautas para intentar hacer efectiva la protección, por una parte, de los derechos personales de los trabajadores en el ámbito de la relación laboral y, por otra, de los legítimos derechos de los empresarios para evitar situaciones de abuso. En este sentido, el aviso al trabajador de que durante el uso de los medios informáticos podrán realizarse los controles pertinentes (a través de protocolos de la empresa) parece la vía que debe seguirse por parte del empresario.

En cualquier caso, debo decir que son generalmente las sentencias de los TSJ las que definen el tratamiento de estos asuntos. Se pronuncian en un sentido unas veces y de forma contraria en otras, lo que resalta más, si cabe, la controvertida relación entre el derecho a la intimidad y las nuevas tecnologías, con una única conclusión: el legislador debe definir los límites de trabajadores y empresarios en lo que respecta al derecho fundamental a la intimidad en el ámbito de la relación laboral con la finalidad de evitar la inseguridad jurídica para trabajadores y empresarios.

En el año 2003 un grupo de trabajo de la Unión Europea realizó un informe derivado de determinadas cuestiones de la Directiva 96/46/CE de Protección de Datos, relativo a la vigilancia y control de las

⁷⁰ DE LA CÁMARA ARILLA, C., «El teletrabajo, un indicador de cambio en el mercado de trabajo». *Cuaderno de Relaciones Laborales*, núm. 17/2000, pág. 246.

⁷¹ Así, tanto el Informe Bangemann como el Informe del Grupo de los Siete abogaban por el desarrollo del correo electrónico en la empresa [Consejo Económico y Social, «Memoria sobre la situación socioeconómica y laboral de España en 1997». Madrid, 1998, pág. 689].

comunicaciones en el lugar de trabajo y en el que se establecía una serie de recomendaciones a tener en cuenta por parte de los empresarios sobre dichas cuestiones como que el trabajador debe estar avisado de las posibles medidas de vigilancia futura, siendo la finalidad de la observación determinada y legítima.

Pese a todo lo comentado, actualmente no existe una regulación expresa sobre el control del correo electrónico del trabajador en la empresa, sea el e-mail de titularidad empresarial o particular del trabajador, con lo que nuevamente debe buscarse un equilibrio entre las facultades del empresario reconocidas en el artículo 20.3 del ET y el respeto que merece el trabajador en lo concerniente a su intimidad y su dignidad reconocido en el artículo 4.2 del mismo texto legal.

A mi juicio, el contenido de los correos electrónicos debe ser considerado con la misma protección que el contenido de una carta que ha sido enviada mediante correo postal, aunque entiendo que es muy importante establecer claramente, sin ningún género de dudas, quién es el titular de la dirección de correo. Cuestión aparte merece el descubrimiento casual de conversaciones de Messenger en el ordenador de la empresa en el ejercicio de su actividad fiscalizadora, siempre y cuando no se concrete el contenido de la misma al objeto de evitar la vulneración de los derechos del trabajador, ya que no existe el propósito de violar la intimidad ⁷².

Sobre la dirección e-mail cuya titularidad corresponda al trabajador, entiendo que su contenido debe gozar de las mismas garantías que las del correo postal, tanto si se usa un cliente de correo con entrada-salida pop3-smtp o similar como si el uso del correo se realiza mediante visita a páginas webs de correo virtual como por ejemplo Hotmail, Gmail o Yahooemail.

En cuanto al e-mail de titularidad empresarial asignado al trabajador, el TC considera que no existe el derecho a revisar en cualquier momento y en el marco del poder de dirección del empresario el contenido de todos los correos que haya facilitado a sus trabajadores para la realización de su actividad laboral. Incluso aunque se apliquen los requisitos de necesidad, idoneidad y proporcionalidad. Sin embargo, parece evidente que una dirección de correo asignada por la empresa a un trabajador es una herramienta de trabajo (como podría considerarse unos alicates propiedad de la empresa) y, en cualquier momento, la empresa debería poder verificar su estado o correcto funcionamiento del mismo.

Por otra parte, cabe decir que aunque el correo electrónico sea de titularidad empresarial, si lo inspecciona sin consentimiento del trabajador el empresario asume el riesgo de ser denunciado por el mismo con posterioridad por la comisión de un delito contra la intimidad tipificado en el artículo 197 del CP como ocurrió con el caso Deutsche Bank ⁷³.

Es decir, es conveniente que el trabajador cuente con la debida flexibilidad en todos los usos y costumbres ⁷⁴ (lo que podría denominarse de buen desarrollo social durante la jornada laboral) siem-

⁷² SAP de Córdoba de 28 de noviembre de 2008 (ARP 2009/29).

⁷³ La Sala de lo Social del TSJ de Cataluña, en Sentencia de 14 de noviembre de 2000 (AS 2000/3444), calificó como despido disciplinario el uso abusivo y no profesional realizado por un trabajador del correo electrónico de la empresa, si bien cabe destacar que no se analizó cuestión alguna sobre la privacidad o intimidad del trabajador.

⁷⁴ GALA DURÁN, C. y PASTOR MARTÍNEZ, A., «La incidencia de las nuevas tecnologías de la información y comunicación en la negociación colectiva», en DEL REY (Dir.) *Relaciones Laborales y nuevas tecnologías*. La Ley, 2005, pág. 312.

pre y cuando no se produzca un abuso claro y perjudicial en el desarrollo de la actividad laboral, tanto para el empleador como para otros trabajadores ⁷⁵. Aunque también debe señalarse que ha de admitirse como legítimo que quien es titular de los medios materiales pueda hacer un control razonable y respetuoso con la dignidad del trabajador y su progreso social.

En base a lo anterior, es importante distinguir antes del comienzo de la relación laboral cuál es el uso social admitido en la empresa y las implicaciones que se derivan del contrato de trabajo en cuanto su control por el empresario. De lo que se trata es de evitar atentar contra la intimidad del trabajador como delito semipúblico que admite el perdón del mismo ⁷⁶, lo que puede derivarse en que no se produzca ningún tipo de sanción penal ⁷⁷.

La Asociación de Internautas ha pedido la reforma del ET para que se incluya el requisito previo de autorización judicial para que una empresa pueda examinar los mensajes de correo electrónico de un trabajador, lo que parece dar a entender nuevamente que es un derecho controvertido, aunque también cabe decir que pretender esta judicialización quizás puede ser innecesario si se considera que las herramientas de propiedad empresarial puestas a disposición del trabajador para prestar el servicio no deben ser usadas para fines particulares y ajenos a la relación laboral. Y esto sin perjuicio de la flexibilidad o benevolencia que el empleador pueda permitir en el uso del correo electrónico para fines particulares porque quien abusa de la buena fe no puede pretender amparo, máxime cuando puede tener afectación en la capacidad productiva empresarial.

En cualquier caso, como se ha visto, el control del correo electrónico del trabajador es posible si este está advertido de que no puede emplear el sistema para fines particulares ⁷⁸, y que los registros se llevarán a cabo.

Así, por ejemplo, se considera legítimo el despido de un trabajador que visita páginas webs no relacionadas con el trabajo si es advertido de que está prohibido o es claramente abusivo, pudiéndose establecer medidas cautelares de vigilancia y control mediante la instalación de programas de control de seguimiento o espías de las páginas webs visitadas ⁷⁹ como las de correo electrónico Hotmail (monitoreación ⁸⁰). A esto habría que añadir, tras la conocida y citada STS de 2007, un protocolo de control por parte de la empresa para neutralizar la posible vulneración del derecho a la intimidad del trabajador.

El TSJ de Madrid dictó una interesante sentencia en cuyo segundo fundamento de derecho consideró que «Las imputaciones que basan el despido por otra parte no se ciñen a las meras navegaciones sino que comprende también el uso del ordenador por el actor para actividades relacionadas con

⁷⁵ STC 34/2009 (RTC 2009/34).

⁷⁶ Artículo 201.3 del CP.

⁷⁷ MUÑOZ LORENTE, J., «Los límites penales en el uso del correo electrónico e internet en la empresa», *El uso laboral y sindical del correo electrónico e internet en la empresa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pág. 160.

⁷⁸ STSJ de Cataluña de 9 de julio de 2002 (AS 2002/2811) y STSJ del País Vasco de 21 de diciembre de 2004 (AS 2004/3242).

⁷⁹ STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 8 de noviembre de 2004 (AS 2004/3073).

⁸⁰ STSJ de Madrid de 31 de enero de 2002 (AS 2002/916).

sus propios negocios en otra mercantil», añadiendo «finalmente hemos de tener en cuenta que el principio de no discriminación solo juega en los específicos supuestos de los artículos 14 de la Constitución y 17 del ET sin que sea posible reconocer un imposible derecho a la igualdad en la ilegalidad como ha tenido oportunidad de establecer el TC»⁸¹. El trabajador en este caso se conectaba habitualmente en horas de trabajo a páginas de internet de diferentes diarios, visitaba páginas webs de ocio, charlas de caza, páginas de contenido sexual, etc. Asimismo, el trabajador utilizó el ordenador de la empresa para asuntos y negocios particulares, almacenando correspondencia y documentación particular.

El caso anterior es un claro ejemplo de que todo lo relacionado con la informática se mezcla siendo difícil o imposible separarlos (páginas webs, e-mails, ordenador de trabajo) y dificultando su control por parte del empresario.

6. CONSECUENCIAS DEL CONTROL EMPRESARIAL

6.1. Para el empresario

El empleador puede adoptar medidas, amplias pero limitadas⁸², de vigilancia o control de la función productiva que realizan los trabajadores, entendiéndose que las realiza como prevención y con carácter disuasorio⁸³. Es decir, lo hace para evitar que los trabajadores cometan acciones contrarias a la buena fe que, como hemos dicho desde el principio de este trabajo, debe primar en la relación laboral.

No puede entenderse estrictamente como «privado» el uso del correo electrónico cuando se hace un uso abusivo de las herramientas empresariales. La relación laboral crea un ámbito distinto del exclusivamente privado del trabajador, sin perjuicio de la conveniencia de generar «un nuevo entendimiento de comunicación y del objeto de protección del derecho fundamental, que extienda la protección a esos nuevos ámbitos»⁸⁴.

Así pues, no se lesiona el derecho a la intimidad de los trabajadores cuando la acción empresarial se fundamenta en la existencia de razonables sospechas de algún tipo de irregularidad o incumplimiento por parte del trabajador.

Téngase en cuenta que en el proceso laboral «se reconduce la prueba ilícita a una cuestión de admisibilidad de la prueba»⁸⁵. Por tanto, en caso de vulneración de derechos fundamentales en

⁸¹ STSJ de Madrid de 16 de octubre de 1998 (AS 1998/3780).

⁸² TASCÓN LÓPEZ, R., «El lento (pero firme) proceso de decantación de los límites del poder de control empresarial en la era tecnológica». *Aranzadi Social*, núm. 17/2007. BIB 2007/3032.

⁸³ MANTECA VALDELANDE, V., «Control del empresario sobre el uso del ordenador por los trabajadores: alcance, contenido y límites». *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 749/2008. BIB 2008/456.

⁸⁴ ROMEO CASABONA, C. M., «La protección penal de los mensajes de correo electrónico y de otras comunicaciones de carácter personal a través de la red». *Revista Aranzadi Derecho y Nuevas Tecnologías*, núm. 4/2004, pág. 17.

⁸⁵ LOUSADA AROCHENA, J.F., «La prueba ilícita en el proceso laboral». *Aranzadi Social*, núm. 11/2006. BIB 2006/1250.

los registros electrónicos no se cuestiona la validez del medio de prueba ⁸⁶, sino la forma de su obtención ⁸⁷.

Si el empleador vulnera la intimidad del trabajador, puede ejercitarse el procedimiento de tutela jurisdiccional de derechos fundamentales previsto en el artículo 53.2 de la CE y regulado en los artículos 181 y siguientes de la Ley de Procedimiento Laboral. ⁸⁸

Como explica el TS, «la sentencia que declare la existencia de la vulneración del derecho fundamental debe tener preceptivamente un contenido complejo con varios pronunciamientos que el Juez no puede eludir... y d) mandar que se reparen las consecuencias del acto, incluyendo la indemnización que procediera y por esto debe entenderse que no es necesario probar que se ha producido un perjuicio para que nazca el derecho al resarcimiento sino que, por el contrario, una vez acreditada la vulneración del derecho fundamental se presume la existencia del daño y debe decretarse la indemnización correspondiente» ⁸⁹.

Respecto a la indemnización «uno de los principios que prevalecen en esta materia es el de la proporcionalidad o, en otras palabras, la necesaria adecuación entre las consecuencias gravosas que al contraventor debe suponerle el reproche por su actuación ilícita y el alcance real del sufrimiento moral irrogado a quien hubo de soportarla» ⁹⁰.

6.2. Para el trabajador

La negativa del trabajador al sometimiento del registro ordenado por el empresario, llevado con respeto a su dignidad e intimidad, así como los demás límites que correspondan, puede constituir un incumplimiento contractual con consecuencia de sanción laboral e, incluso en los casos más graves, el despido disciplinario ⁹¹, siempre y cuando se trate de un incumplimiento grave y culpable de las obligaciones del trabajador, conforme al artículo 54.1 del ET.

Por otro lado, determinadas conductas del trabajador pueden originar la concurrencia, consecutiva o alternativa, de una responsabilidad civil, contractual o extracontractual de los artículos 1.101 y 1.902 del CC.

⁸⁶ GIL PLANA, J., *La prueba en el proceso laboral*, Aranzadi, Madrid, 2005, págs. 192-208. BIB 2005/612.

⁸⁷ LORENZO DE MEMBIELA, J.B., *Modificaciones en la prueba laboral operadas por la LEC de 2000*, La Ley. Madrid, 2001, págs. 99-101. SSTC 64/1986 (RTC 1986/64), 186/2000 (RTC 2000/186), 98/2000 (RTC 2000/98), STS de 10 de marzo de 1990 (RJ 1990/2045), STSJ de Galicia de 30 de noviembre de 2001 (AS 2002/390), STS de 18 de julio de 1989 (RJ 19895878) y STSJ de Murcia de 20 de octubre de 1998 (AS 1998/6764).

⁸⁸ Se prevé que la futura Ley Reguladora de la Jurisdicción Social realice modificaciones respecto a la tutela de derechos fundamentales.

⁸⁹ STS de 9 de junio de 1993 (RJ 1993/4553) y STS de 20 de enero de 1997 (RJ 1997/620).

⁹⁰ STSJ de Madrid de 30 de septiembre de 2004 (JUR 2004/298644).

⁹¹ SEMPERE NAVARRO, A., CHARRO BAENA, P., MARTÍN JIMÉNEZ, R. y SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C. «Comentario al artículo 54 del Estatuto de los Trabajadores (II). Despido disciplinario». *Aranzadi Social*. BIB 2009/2316.

En este sentido, los documentos electrónicos en los que se consignan declaraciones del contribuyente y los archivos informáticos constituyen un medio de confesión extrajudicial, pues recogen declaraciones de conocimiento realizadas por una persona, que pueden volverse contra quien las ha efectuado ⁹². Por este motivo, en los supuestos de faltas y sanciones del trabajador deben analizarse los hechos, el momento y los efectos que implican, considerando el factor humano de forma individualizada para una correcta interpretación y apreciación de conjunto ⁹³.

Precisamente por estas consideraciones, las normas, sectoriales o no, deben describir tanto las conductas sancionables como las correspondientes sanciones, de tal manera que se establezcan criterios claros que permitan graduarla en función de su gravedad, lo que a su vez implica «el ejercicio no abusivo de los derechos, conforme a los principios de igualdad, justicia y proporcionalidad de las sanciones acordadas por el empresario» ⁹⁴.

7. CONCLUSIONES

- Las nuevas tecnologías de tratamiento de la información están en continua evolución, permitiendo renovadas formas de creación, acceso y cruces de datos con todo tipo de informaciones, afectando a la intimidad del trabajador antes, durante y después de su relación laboral.
- La protección de la intimidad abarca cualquier tipo de dato personal cuyo conocimiento o empleo por terceros pueda afectar a sus derechos, sean o no fundamentales, lo que ha generado el concepto de *habeas data*, concepto que implica que cada persona es titular de sus propios datos, quedando excluida su publicidad innecesaria a terceros.
- Nuestro TC considera la necesidad de modular los derechos fundamentales durante la relación laboral. Es decir, sin que el trabajador deba renunciar a sus derechos, los equilibra con los intereses empresariales durante la prestación de servicios apoyándose en el principio de la buena fe.
- «El fraude, la deslealtad o la conducta realizada con abuso de confianza no podrían buscar amparo bajo norma constitucional declarativa de derecho alguno» (STC 6/1988). Por este motivo, la vulneración de las respectivas obligaciones convierte en abusivo el ejercicio de derechos y, por lo tanto, no puede ser objeto de protección, al violarse la buena fe que preside el cumplimiento de todo contrato.
- La jurisprudencia del TC y del TS, así como la doctrina judicial, van conformando el camino a seguir en cuanto al tratamiento que debe darse al control del correo electrónico durante la

⁹² ILLÁN FERNÁNDEZ, J.M., «El renacimiento de la prueba extrajudicial confesoria y la declaración "contra se" en los documentos electrónicos». *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 766/2008. BIB 2008/2927.

⁹³ AGUILERA IZQUIERDO, R., «La revisión judicial de la sanción impuesta por el empresario en un supuesto de riña con agresiones físicas entre compañeras de trabajo». *Aranzadi Social*, paraf. 25/2006. BIB 2006/883.

⁹⁴ STSJ de Canarias de 21 de noviembre de 2005 (AS 2005/3709).

relación laboral. Esto es así porque no existe una regulación legal expresa –o lo suficientemente precisa– sobre la materia.

- La fiscalización empresarial permite que el empleador pueda adoptar medidas amplias de control sobre los trabajadores como prevención y disuasión, pero estas deben estar limitadas.
- Los requisitos para la actividad fiscalizadora del empresario, según se ha determinado por la jurisprudencia constitucional son tres: idoneidad, necesidad y proporcionalidad.
 - El requisito de idoneidad hace referencia a que el medio empleado tiene como finalidad cumplir los objetivos pretendidos.
 - El requisito de necesidad hace preciso acreditar que no es posible alcanzar de otra forma el legítimo objetivo perseguido, porque no existe otro medio razonable para lograrlo.
 - El requisito de proporcionalidad hace referencia a que la medida es equilibrada porque de ella se derivan más beneficios para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o derechos.
- La actividad fiscalizadora empresarial se justifica por el razonable y adecuado equilibrio que le impide invadir fronteras que afecten a la intimidad, la necesidad del control de la actividad productiva y el principio de buena fe que debe regir toda relación laboral.
- El límite general de la actividad fiscalizadora viene determinado por la existencia de sospecha fundada en un incumplimiento contractual del trabajador por graves irregularidades en el puesto de trabajo.
- El ordenador propiedad de la empresa, sea de sobremesa o portátil, admite el registro físico como medida de control empresarial porque no es un efecto personal, sin perjuicio de que en determinados casos sea aconsejable que en su fiscalización se sigan determinadas cautelas para evitar una intromisión ilegítima y desproporcionada y abuso de la buena fe contractual.
- El registro lógico consiste en una monitorización, es decir, en un registro remoto que realiza un programa informático, generalmente de forma desatendida, de las acciones del usuario que trabaja en una red, cuyo contenido podría almacenarse en un archivo físico y/o ser visualizado por otra persona distinta del usuario (administrador de red). La jurisprudencia admite el registro lógico en archivos cuando su contenido no se visualiza, considerándolo una medida oportuna de vigilancia y control en la relación laboral.
- No se produce una intromisión ilegítima en cuanto a la fiscalización del uso del correo electrónico durante la relación laboral cuando así estuviese previsto en protocolos de control ajustados a la doctrina constitucional o el trabajador hubiese otorgado su consentimiento expreso.
- Las nuevas tecnologías redundan en beneficio de la productividad de la empresa y por ello debe permitirse la posibilidad de que los trabajadores exploren nuevas oportunidades que faciliten el uso de las comunicaciones como el correo electrónico.