



TRABAJO FIN DE GRADO

GRADO EN RELACIONES LABORALES Y RECURSOS
HUMANOS POR LA UNIVERSIDAD DE SANTIAGO DE
COMPOSTELA

*Control do empresario sobre o traballador a
través das novas tecnoloxías*

***Control del empresario sobre el trabajador a
través de las nuevas tecnologías***

*Control of the employer over the worker through
new technologies*

Curso Académico: 2013/2014

Oportunidad de Julio

Autor/a: María Meizoso Seco

TRABAJO FIN DE GRADO
GRADO EN RELACIONES LABORALES Y RECURSOS
HUMANOS POR LA UNIVERSIDAD DE SANTIAGO DE
COMPOSTELA

*Control do empresario sobre o traballador a
través das novas tecnoloxías*

***Control del empresario sobre el trabajador a
través de las nuevas tecnologías***

*Control of the employer over the worker through
new technologies*

Curso Académico: 2013/2014

Oportunidad de Julio

Autor/a

Tutor/a

Yolanda Maneiro Vázquez

Asdo.- María Meizoso Seco

Índice de contenidos

ABREVIATURAS UTILIZADAS.....	1
BREVE RESUMEN.....	2
INTRODUCCIÓN.....	3
CAPÍTULO I. Concepto y fundamento de las facultades de control y vigilancia.....	5
1. Poder de dirección empresarial y facultades de control y vigilancia	5
A) Concepto y alcance de las facultades de control y vigilancia	5
B) Delimitación frente a otras facultades del mismo	7
2. Delimitación del concepto de las facultades controladoras. Sus límites y condiciones	9
A) El límite: derechos fundamentales y vida privada del trabajador	9
B) Las condiciones de ejercicio del control: proporcionalidad y conocimiento previo por parte de los trabajadores	13
CAPÍTULO II. Control y vigilancia sobre el propio centro de trabajo	17
1. Centro de trabajo como punto de referencia: como ámbito de actuación y como límite.....	17
2. El control a través de las videocámaras.....	19
3. El control de la entrada y salida al centro de trabajo	26
4. Centro de trabajo especial: el hogar familiar	27
CAPÍTULO III. Doble función de la herramienta de trabajo: como tal y como sistema de control.....	29
1. Determinación de los útiles y herramientas a efectos de control.....	29
2. Uso y control del teléfono de empresa	29
3. Control y vigilancia sobre los vehículos empleados en la relación laboral.....	31

CAPÍTULO IV. Informática y control de los trabajadores	33
1. Planteamiento general de la informática y las nuevas tecnologías de información y comunicación en la empresa	33
2. El ordenador como objeto de control y como instrumento de control	34
A) El registro del ordenador o del servidor de empresa	34
B) La instalación de programas espía para controlar la actividad del trabajador..	37
3. El fenómeno de las nuevas tecnologías, su uso y control	40
A) Internet y el correo electrónico en la empresa.....	40
B) El control del uso indebido a internet	41
C) El control del correo electrónico	43
D) El derecho a la intimidad en la navegación por internet y el derecho a las comunicaciones en el correo electrónico	46
E) Doctrina judicial más importante sobre el uso de las NTIC en la empresa	48
CONCLUSIONES FINALES	51
BIBLIOGRAFÍA.....	53
DOCUMENTACIÓN EN INTERNET	55

Abreviaturas utilizadas

AEPD	Agencia Española de Protección de Datos
Art.	Artículo
BOE	Boletín Oficial del Estado
CE	Constitución Española
Ed.	Edición
ET	Estatuto de los Trabajadores
F.J	Fundamento Jurídico
LOPD	Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal
NTIC	Nuevas tecnologías de la información y comunicación
RD	Real Decreto
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
STSJ	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia
TC	Tribunal Constitucional

Breve resumen

Tradicionalmente los métodos de control desplegados por el empresario para inspeccionar el trabajo realizado por sus empleados eran llevados a cabo a través de supervisores y vigilantes o bien, en la mayor parte de los casos, era el propio empresario quien ejercitaba directamente las facultades de fiscalización de las que disponía. Con el paso de los años y debido principalmente a la aparición de innovaciones tecnológicas de todo tipo, las cuales se han adentrado con fuerza tanto en la vida privada como en la vida profesional de los individuos, las facultades de control y vigilancia con las que cuenta hoy en día el empresario se han visto altamente modificadas. Los nuevos medios de producción además de introducir nuevas y diferentes formas de llevar a cabo la actividad laboral han favorecido el incremento de la productividad en la empresa y han supuesto para los empresarios una ampliación de los sistemas de control. No obstante, estos innovadores sistemas también han supuesto la aparición de distintos límites y significativos impedimentos a los que el empresario debe atenerse a la hora de examinar la diligencia con la que los trabajadores realizan sus labores, pues la manera bajo la que el empresario lleve a cabo el control está claramente relacionada con la existencia o no de vulneración de los derechos fundamentales que protegen a los trabajadores.

Introducción

A lo largo de los años el tema del control y de la vigilancia empresarial apenas ha sido apreciado por nuestra legislación laboral, la cual dedica a su estudio un único artículo recogido en el Estatuto de los Trabajadores. Pero la materia en la que repara este trabajo se ha ido acentuando progresivamente a medida que se ha incrementado la aparición de nuevos métodos de control acordes con las nuevas estructuras ocupacionales y con nuevos sistemas de producción mucho más flexibles. Las nuevas tecnologías y en especial las tecnologías de la información y comunicación han elevado considerablemente el entretenimiento y simultáneamente la distracción en el trabajo, provocando así un uso abusivo e inadecuado de determinadas herramientas de trabajo y un abandono de las tareas encomendadas por el empresario, perdiendo dichas herramientas la esencia de ser un instrumento de trabajo para pasar a ser, en muchos casos, un “pasatiempo” durante la jornada laboral. Ante esta situación se amparan los empresarios para realizar controles y exhaustivas fiscalizaciones del uso que realizan los trabajadores de los útiles puestos a su disposición para realizar su actividad laboral.

Esta realidad ha propiciado, como ya hemos dicho, un cambio en los sistemas de control y un eterno debate acerca de la legitimidad o no de dichos sistemas. Asimismo, los Tribunales se han ido pronunciando en innumerables ocasiones de forma muy contradictoria y diversa, pero que en muchos casos nos ha ayudado a esclarecer y a sentar unos criterios y unas reglas acerca de esta materia tan controvertida.

En el presente trabajo se persigue examinar minuciosamente la vinculación existente entre las facultades de control y vigilancia empresarial y la introducción de las nuevas tecnologías. No se pretende ceñirse únicamente las nuevas tecnologías de la información y comunicación a las que nos hemos referido en los párrafos anteriores, como internet o el correo electrónico, sino también otros sistemas innovadores tales como videocámaras, lectores de huella digital... etc.

El trabajo, a pesar de estar dividido en cuatro capítulos, se encuentra diferenciado en dos grandes bloques. En el primer bloque se pretende demarcar el análisis y el estudio de las facultades de control y vigilancia en sí mismas a través de su regulación

legal, además de realizar un estudio detallado del choque de la facultad de control contra otros poderes empresariales como es, entre otros, el poder disciplinario y con el que existe una fuerte complementariedad. En este bloque se estudiarán también los límites y las condiciones de dicha facultad de control teniendo siempre presente que las demostraciones de la vida privada en el ámbito profesional son muy frecuentes. En el segundo bloque se pretende realizar un análisis muy preciso de las medidas de control posibles en función básicamente de los ámbitos y de los medios sobre los que intervienen. En primer lugar las medidas de control pueden actuar sobre el centro de trabajo, a través de sistemas de videovigilancia o de sistemas de control de tiempos de trabajo, entre otros. En segundo lugar las medidas de control pueden actuar simplemente sobre el útil o herramienta de trabajo que el empleado usa para llevar a cabo la prestación laboral, como es el teléfono o el vehículo de empresa. Igualmente en este punto se pretende hacer un tratamiento independiente del control a través de la informática y para finalizar un análisis especial al uso y al control del fenómeno de las nuevas tecnologías de la información y comunicación.

La meta principal del presente trabajo es detallar de un modo más concreto una materia en la que hasta hace unos años, bajo sistemas de control tradicionales, predominaba el silencio legal y a la que únicamente era posible acceder a través de los limitados casos planteados ante los Tribunales y de los escasos estudios de investigación en la materia.

Capítulo I

Concepto y fundamento de las facultades de control y vigilancia

1. PODER DE DIRECCIÓN EMPRESARIAL Y FACULTADES DE CONTROL Y VIGILANCIA

A. Concepto y alcance de las facultades de control y vigilancia

Con la finalidad de determinar la propia naturaleza del control empresarial, realizaremos una mínima aproximación al concepto de las facultades de control y de vigilancia. Así pues y teniendo en todo momento como referencia el artículo 20.3 ET, podemos entender que el control de la prestación laboral se incluiría dentro del poder de dirección empresarial, y tendría por lo tanto su misma amplitud y alcance¹. DEL REY GUANTER señala que se consideran las facultades de control como un apéndice natural de otros poderes empresariales, en concreto del ya conocido poder de dirección.

Además las facultades de control y vigilancia se entienden ligadas de algún modo a la prestación laboral, debido a que la propia relación de trabajo implica que el trabajador no se obliga únicamente a realizar una determinada actividad, sino a realizarla conforme las instrucciones marcadas por el empresario.

El poder de control, por lo tanto, constituye una dimensión propia del poder directivo que tiene reconocido el empresario. De forma razonada, junto con la atribución de poderes al empresario deberá acompañarse las facultades destinadas a

¹ “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 Estatuto de los Trabajadores).

la comprobación de grado de interés y celeridad mostrado por el trabajador en la ejecución de su trabajo, porque difícilmente serviría una facultad de dirección que no llevara ligada la facultad de verificar el grado de ejecución de los mandatos dados².

En lo tocante al ámbito de dichas facultades, su alcance deberá quedar de algún modo delimitado. Antes de nada debemos tener en cuenta que estas facultades podrán alcanzar extremos no necesariamente relacionados con la prestación laboral, aunque sí con las exigencias y necesidades de la organización. Pero, de forma contraria, estas facultades no podrán extenderse a aspectos extralaborales de la conducta del trabajador. Esto quiere decir que el empresario puede orientar su vigilancia en determinadas circunstancias a los aspectos extralaborales de la vida del trabajador siempre que esté justificado por razones lógicas y convincentes, pero esa vigilancia no deberá formar parte de sus facultades genéricas de control. Por ejemplo, en algunos casos se ha planteado la cuestión de si es un procedimiento legítimo por parte del empresario la vigilancia y control del trabajador que se encuentra de baja por Incapacidad Temporal a través de un detective privado cuando dichas imágenes se realizan en un espacio público y además captan escenas de su vida privada³.

Proseguiremos analizando con más calma las delimitaciones del concepto de las facultades controladoras, pues – como se ha mencionado – a la vez que el artículo 20.3 ET respalda una posibilidad del empresario para que éste ejerza el control sobre sus trabajadores, también supone un freno inalterable al poder fiscalizador del que goza el mismo.

² Dice en este sentido Alonso Olea, M., Barreiro González., G., *El Estatuto de los Trabajadores. Texto, comentarios, jurisprudencia*, Civitas, Madrid 1995 (4ª ed.), pág. 115, que del poder de dar órdenes es derivación el poder de verificación de que las órdenes se cumplen en efecto.

³ La STSJ Madrid 5-11-2010 (AS 2010, 31219) estimo la viabilidad en la conducta de un empresario que para demostrar la procedencia de un despido disciplinario, por estar el trabajador manteniendo comportamientos incompatibles con su situación de I.T, decidió controlar y vigilar a dicho trabajador a través de detectives y de una reproducción en video de las actividades que este realizaba en su vida privada.

B. Delimitación frente a otras facultades del mismo

El control y la vigilancia empresarial son sistemas que deben salvaguardar en todo momento la intimidad y dignidad del trabajador, llevarse a cabo de forma discreta, estar justificados en función del objetivo perseguido con tal control... etc. Pero aparte de estas limitaciones “inherentes” el poder de control también se encuentra condicionado por otros factores incluidos en el poder de dirección, aunque, como señalan algunos autores, los derechos que actualmente el ordenamiento reconoce a los trabajadores van restringiendo paulatinamente los poderes del empleador⁴.

La primera limitación del poder de control la haremos con el poder disciplinario. El poder disciplinario comprende básicamente funciones correctivas y sancionadoras, quedando por definición fuera del mismo las facultades de control y vigilancia, pero eso no impide que la tanto el poder de control como el poder disciplinario se puedan ver perfeccionados y completados, debido a que el poder de control puede servir como un claro apoyo al poder disciplinario.

Hay incontables sentencias donde podemos ver este tipo de correlación, donde el despido (poder disciplinario) es justificado a través de -por ejemplo- grabaciones de videocámaras (poder de control empresarial). A modo de ejemplo podemos citar una STSJ de Cataluña que desestima la demanda por despido interpuesta por una trabajadora de un supermercado al considerarse legítimo el despido de la misma, justificado mediante una grabación en videocámara de que dicha trabajadora anulaba la compra y se quedaba con el producto. Además, la medida de control empresarial se entiende proporcional y adecuada al fin perseguido dado el número elevado de falta de productos. Por lo tanto en este caso el poder de control del empresario apoya al poder disciplinario⁵. ROIG argumenta que de ahí lo acertado del uso de la técnica de la proporcionalidad para valorar los límites a la potestad sancionadora del empresario sobre los derechos fundamentales del trabajador.

⁴ MONTOYA MELGAR, A., “El poder de dirección del empresario en las estructuras empresariales complejas”, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, nº 48, 2004, pág. 135.

⁵ STSJ Cataluña 23-2-2011 (AS 2011, 1443).

Otro límite con el que se encuentra el poder de control es el poder de registro. La relación de las facultades de registro con el poder de control empresarial han provocado, según algunos autores, posiciones contradictorias entre nuestra doctrina.

Principalmente para entender la relación que existe entre ambos poderes debemos mencionar el artículo 18 ET⁶. El artículo 18 ET faculta para que se proceda a determinadas actuaciones de control sobre la persona del trabajador, sus taquillas o efectos personales siempre que exista un riesgo para el patrimonio del empresario u otros trabajadores, pero según algunos autores este artículo no concede al empresario ninguna facultad adicional que no pudiera desarrollar en virtud del artículo 20.3 del mismo cuerpo legal, más bien, la norma viene a añadir una serie de garantías adicionales no contempladas en el artículo 20.3 ET, como es la presencia de los representantes de personal o el respeto a la dignidad e intimidad del empleado⁷. Por lo tanto entre estos dos poderes vemos, de nuevo, que también existe una clara relación de complementariedad, pues el artículo 18 ET ejerce, en la mayoría de los casos, un claro límite sobre el artículo 20.3 ET.

El último límite del que hablaremos es el de las condiciones de trabajo, pues éstas influyen claramente los instrumentos de control ejercitados por el empresario. En este punto debemos diferenciar de forma clara cuando el medio de control desplegado supone una modificación sustancial de las condiciones de trabajo y cuando no. Como norma general los sistemas de control no afectan al modo y manera en que se ejecuta la prestación laboral, constituyendo, por lo tanto, aspectos no vinculantes a la relación laboral, cuya modificación no es considerada como sustancial y ajustándose al artículo 20.3 ET. Pero, en el caso de que la instalación de un nuevo sistema de control en la empresa implicase una variación en la forma o condiciones en que se realiza la prestación laboral, por ejemplo un control de presencia que modifique la jornada de

⁶ “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” (art. 18 ET).

⁷ MARTINEZ FONS, D., *El poder de control del empresario en la relación laboral*, CES, Madrid, 2002, pág. 292.

trabajo, ahí sí podría calificarse la introducción de dicho sistema como una modificación, la cual debe seguir los cauces previstos en el artículo 41 ET de modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo, suponiendo dicho artículo un nuevo límite a la facultad de control ejercida por el empresario⁸.

Hasta ahora hemos visto la delimitación de las facultades de control y vigilancia frente a otras facultades del poder de dirección empresarial como es el poder disciplinario, la facultad de registro y por último el límite impuesto por un cambio en las condiciones de trabajo, pero a continuación detallaremos los límites propios y las condiciones bajo las que ejercitan las facultades controladoras.

2. DELIMITACIÓN DEL CONCEPTO DE LAS FACULTADES CONTROLADORAS. SUS LÍMITES Y SUS CONDICIONES

A. El límite: derechos fundamentales y vida privada del trabajador

La subordinación a la que el trabajador se somete al suscribir el contrato de trabajo no se debe desarrollar bajo un control continuo y constante que vigile de una forma abusiva el desarrollo de la prestación de trabajo. Además es importante señalar que el control ejercido sobre el trabajador debe permitir la realización de determinados comportamientos que a pesar de no encontrarse recogidos en el mandato o en las instrucciones empresariales son necesarios para evitar una homogeneidad en las tareas, tales como pequeñas pausas no reguladas que eviten la monotonía del individuo en el trabajo. ROIG nos informa que hasta la fecha la jurisprudencia española no se ha pronunciado con demasiada precisión, pues en la mayoría de los casos nos encontramos ante resoluciones contradictorias a la hora de aplicar la solución ponderada.

⁸ “Tendrán la consideración de modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, entre otras, las que afecten a las siguientes materias: a) jornada de trabajo, b) horario y distribución del tiempo de trabajo...” (art. 41 ET).

Para comenzar, el ordenamiento jurídico establece un principio general consagrado en el artículo 18.1 de la Constitución Española, donde instaura una tutela de carácter general de la vida privada, garantizando el “derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen”, desarrollado posteriormente por la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, sobre protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Asimismo, el artículo 18.3 y 18.4 del mismo cuerpo legal establecen el derecho al secreto de las comunicaciones y el derecho a la libertad informática respectivamente.

De forma análoga el artículo 18 ET impone el genérico deber de no injerencia en el ámbito reservado a otra persona y respetando al máximo “la dignidad e intimidad del trabajador”. Por lo tanto, es claro que el derecho a la intimidad se introduce también, en la relación de trabajo, suponiendo un límite a la potestad facultativa del empresario, y al mismo tiempo garantizando el ejercicio de otros derechos fundamentales como la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad. La importancia de la intimidad resulta también indirectamente y de forma mucho más liviana del artículo 20.3 ET, bajo una rúbrica muy general de “consideración debida a su dignidad humana”, concediendo así un gran margen de disponibilidad al empresario a la hora de ejercer el poder de control.

El Estatuto de los Trabajadores también establece en el precepto 4.2 e) el “respeto de su intimidad y a la consideración debida a su dignidad” y en el artículo 17 del mismo cuerpo legal la “no discriminación en las relaciones laborales”. Según argumentan algunos autores, en principio, no hubiese sido necesaria la proclamación en el artículo 4.2 e) del derecho a la intimidad en la relación de trabajo, pues de la tutela general de la intimidad cabe deducir el principio de respeto a la vida privada del trabajador en el interior de la empresa⁹.

Vista de forma breve la referencia que los textos legales hacen al derecho a la intimidad y a la dignidad lo que nos ocupa ahora es estudiar y detallar el concepto de vida privada y lo que los tribunales entienden por dicho concepto. Por definición se entiende que la vida privada o vida íntima de las personas es un campo completamente distinto al ámbito profesional de las mismas sin que sea posible que

⁹ GOÑI SEÍN, J. L., *El respeto a la esfera privada del trabajador*, Civitas, Madrid, 1988, pág. 22.

coexistan ambos ámbitos en un mismo espacio, pero desde otro punto de vista mucho más permisible la esfera privada del individuo se considera como un objeto específico inherente a la personalidad, manifestándose en todos los ámbitos de la vida de éste, con independencia del entorno donde se inserte la persona. Este segundo punto de vista relaciona de forma clara el derecho a la intimidad con el derecho al libre desarrollo de la personalidad¹⁰.

A modo de ejemplo observamos a través de la lectura de algunas de las sentencias de los tribunales, como es la importante STC 98/2000, que la intimidad en el trabajo puede llegar a entenderse implicada, aunque no es lo general, en zonas aisladas de los ámbitos considerados tradicionalmente como privativos del individuo (lavabos, vestuarios, zonas de descanso...)¹¹.

En contraposición al caso anterior podemos mencionar la STC de 17 de diciembre de 2012¹², donde una trabajadora instala en un ordenador del centro de trabajo un programa de mensajería instantánea y mediante él mantiene comunicaciones con otra empleada del centro, vertiendo comentarios desafortunados acerca de compañeros de trabajo, superiores y clientes. El Tribunal Constitucional no considera que exista una vulneración del derecho a la intimidad, justificando que el ordenador utilizado por las trabajadoras era de uso común y no contaba con clave de acceso, además la propia empresa había prohibido la instalación de programas diferentes a los existentes en el ordenador y dichas conversaciones fueron descubiertas de casualidad por otro empleado al utilizar el ordenador.

En suma, debemos destacar que existe una diferencia muy clara entre tener derecho a la protección de las exteriorizaciones involuntarias de la vida privada que

¹⁰ “La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social” (art. 10.1 CE).

¹¹ STC 98/2000 de 10 de abril (RTC 2000, 98) (BOE 18 de mayo). En esta sentencia se considera ilegítima la implantación de un sistema de audio y video en las zonas de caja de un casino, pues dicha implantación permite captar comentarios privados e indiferentes por completo al interés empresarial. Se considera una vulneración del derecho a la intimidad regulado en el artículo 18.1 CE, pues no se cuenta con una justificación que autorice a la empresa a escuchar comentarios privados de los trabajadores a pesar de encontrarse estos en una zona pública dentro del propio centro.

¹² RTC 241/2012.

tengan lugar en el ámbito profesional –como pueden ser las pequeñas pausas no reguladas- y llevar a cabo la vida privada dentro del propio centro de trabajo. Esta cuestión se ha planteado continuamente con el novedoso caso de la introducción en la empresa de las nuevas tecnologías de la información y comunicación (NTIC), donde en muchas ocasiones el trabajador ha “invadido” de forma desmesurada el ordenador con el que llevaba a cabo la prestación laboral traspasando la delgada línea entre la mencionada exteriorización involuntaria y el ejercicio de la vida privada dentro de la propia empresa.

El ámbito de reserva de la vida privada del que goza el trabajador no sólo se debe ceñir a proteger las circunstancias y espacios donde el trabajador lleva a cabo sus necesidades más íntimas (vestuarios, servicios...) sino que también debe salvaguardar en el interior de la propia empresa la intimidad de las relaciones con los compañeros, las conversaciones llevadas a cabo con los mismos o incluso con clientes, además de las comunicaciones llevadas a cabo por medio de los sistemas informáticos, las cuales analizaremos en el último capítulo.

Después de haber expuesto los derechos fundamentales que deben ser protegidos en todo momento y la interpretación del concepto de vida privada, nos planteamos cual debe ser el punto de equilibrio entre el derecho del empresario recogido en el artículo 20.3 ET y los derechos fundamentales con los que cuenta el trabajador. Para ello nos surge la siguiente cuestión: ¿Qué acceso puede tener el empresario a lo que hacen sus empleados?, o de forma contraria, ¿Cuánta libertad conceden los trabajadores en función del poder de control empresarial? En este punto es importante aclarar que los derechos de la persona del trabajador no son totalmente absolutos ni opacos, pues puede ocurrir que los derechos fundamentales del empresario se enfrenten con los derechos del trabajador y provoquen que los derechos del empleado varíen en función de las exigencias de la propia relación de trabajo entre ambos sujetos. Además una serie de condiciones como son la proporcionalidad y el conocimiento previo por parte de los trabajadores causan también límites a los derechos fundamentales que hemos mencionado y será de estos dos requisitos de los cuales nos ocuparemos en el epígrafe siguiente.

B. Las condiciones de ejercicio del control: proporcionalidad y conocimiento previo por parte de los trabajadores

Al igual que hemos visto como los derechos fundamentales suponen un límite para el ejercicio del control empresarial, veremos ahora las condiciones o requisitos bajo los que dicho ejercicio debe quedar sometido.

Como se ha explicado anteriormente el artículo 20.3 ET supone un amplio abanico para el empresario de posibilidades de control, por lo tanto para que la medida de vigilancia y control aplicada sea considerada legítima es necesario el conocimiento de una serie de condiciones.

Una de estas condiciones es el principio de proporcionalidad, el cual opera en nuestro ordenamiento jurídico de una forma bastante frecuente. Dicho principio es importado de la doctrina alemana y constituye un mecanismo para evitar las intromisiones abusivas en la esfera de los derechos fundamentales del trabajador, convirtiéndose así en un elemento determinante para los tribunales, especialmente para el TC a la hora de valorar las intrusiones en los derechos fundamentales¹³.

El principio de proporcionalidad puede entenderse como una prohibición a la intromisión en los derechos de los individuos, pero dicha intromisión cuenta con una excepción en el caso de que se trate de medidas de control que sean necesarias para garantizar determinados intereses públicos. Esto viene a significar que quedará justificada la restricción de los derechos fundamentales de un sujeto particular, en este caso el trabajador, en los casos en que concurran determinadas circunstancias que afecten al interés público. Por lo tanto, podemos concluir en que el principio de proporcionalidad determina el “grado de restricción” que puede imponerse al ejercicio de los derechos fundamentales de los trabajadores.

El contenido de este principio consiste en tres “test” sucesivos para conocer si tal medida, en este caso de control, es desproporcionada o no. Lo primero es conocer “si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto” (juicio de idoneidad); lo

¹³ FERNANDEZ VILLAZON, L. A., *Las facultades empresariales de control de la actividad laboral*, Aranzadi, Navarra, 2003, pág. 44.

segundo es conocer “si la medida es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia” (juicio de necesidad); y finalmente “si la medida es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto” (juicio de proporcionalidad en sentido estricto).

Este principio de proporcionalidad ha sido acuñado también por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional -como ya se ha señalado- pues dicho Tribunal se ha pronunciado en varias ocasiones acerca de este tema, un ejemplo claro es el caso de la STC 186/2000 donde una empresa ante la sospecha de que se estaban cometiendo irregularidades debido a un desequilibrio en las cuentas decidió instalar una serie de cámaras para controlar la actividad de tres de sus cajeros. Estas grabaciones desvelaron que uno de ellos hurtaba dinero de la caja, por lo tanto fue despedido. El trabajador presentó un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional por vulneración de su intimidad y el Tribunal denegó dicho recurso por entender que la intimidad de la recurrente no resultaba vulnerada ya que con el sistema de grabación se trataba únicamente de verificar las fundadas sospechas de la empresa sobre la desviada conducta del trabajador, sospechas que resultaron corroboradas con las grabaciones. En el supuesto enjuiciado se ha apreciado por el Tribunal Constitucional la existencia de proporcionalidad en la medida de control efectuada por la empresa y por tanto la inexistencia de vulneración del derecho a la intimidad¹⁴. Además, contamos con sentencias más recientes del TC donde se tiene en cuenta también el tema de la proporcionalidad¹⁵.

En síntesis y como en alguna ocasión ya ha señalado ROIG, el principio de proporcionalidad ha servido para crear una escala donde se determine el “grado de restricción” que puede imponerse al ejercicio de los derechos fundamentales de los ciudadanos, proporcionando a los jueces un amplio margen apreciativo.

Otro requisito al que está sujeta la facultad controladora del empresario es una

¹⁴ STC 186/2000 de 10 de julio (RTC 2000, 186) (BOE 11 de agosto).

¹⁵ Así mismo, la STC 96/2012 de 7 de mayo (RTC 2012, 96) (BOE 5 de junio) señala que “la medida limitativa del derecho fundamental esté prevista por Ley, que sea adoptada mediante resolución judicial especialmente motivada, y que sea idónea, necesaria y proporcionada”.

condición de procedimiento derivada de principios generales de nuestro ordenamiento: la información previa a los trabajadores de la adopción de medidas de control en su relación laboral¹⁶.

Sobre este tema la jurisprudencia no es exacta ni precisa. De forma general se debe entender la prohibición de controles ocultos sobre los trabajadores y la necesidad en todo momento de informar previamente a los empleados de que se instalará un sistema de control, salvo concretas excepciones, donde -según la STC 186/2000- la información previa constituye “una cuestión de mera legalidad ordinaria”. En esta sentencia ya comentada, el Tribunal consideró que no se habían vulnerado los derechos fundamentales a pesar de que las cámaras de grabación se habían instalado sin conocimiento previo de los trabajadores, debido a que tal control oculto era necesario para la persecución de la irregularidad laboral en cuestión, pues de haber conocido el trabajador sancionado la instalación de los sistemas de control, su conducta podría haber sido diferente, perdiéndose por completo la esencia del control empresarial.

En oposición a esto, existen otras resoluciones del TC donde sí se ha considerado vulnerado el derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal por no existir conocimiento previo de la grabación de imágenes ni tampoco consentimiento para la utilización de las mismas¹⁷.

De una forma muy general se puede afirmar que a pesar de la incertidumbre y de las resoluciones contradictorias en nuestro ordenamiento ante esta materia, la regla general es la comunicación a los trabajadores de la instalación de mecanismos de control pero exceptuando aquellos casos en los que la legitimidad del sistema del control oculto derive de su carácter protector ante fundadas sospechas de delitos en la empresa, conductas graves e irregulares... etc.

Una vez hemos reconocido y estudiado los límites y las condiciones a las que se encuentran expuestos los derechos fundamentales de los trabajadores, debemos plantearnos la cuestión de si las herramientas utilizadas trabajo y las nuevas

¹⁶ FERNANDEZ VILLAZON, L. A., *Las facultades empresariales de control...*, *op. cit.*, pág. 46.

¹⁷ STC 29/2013 de 11 de febrero (RTC 2013, 29) (BOE 12 de marzo).

tecnologías, ambas como instrumentos de control, replantean el estudio que hemos llevado a cabo hasta ahora modificando los límites establecidos. Esta cuestión la trataremos gradualmente a lo largo de los siguientes capítulos.

Capítulo II

Control y vigilancia sobre el propio centro de trabajo

1. CENTRO DE TRABAJO COMO PUNTO DE REFERENCIA: COMO ÁMBITO DE ACTUACIÓN Y COMO LÍMITE

Vistas ya las reglas generales sobre la materia que nos ocupa, procede abordar un análisis detallado acerca de los distintos medios y medidas de control y vigilancia de los trabajadores. Resulta evidente comenzar el análisis con el concepto de centro de trabajo como medio de control empresarial por excelencia pues es en el, generalmente, donde se despliega la mayor parte del control.

Cuando hablamos de control y de vigilancia sobre el propio centro de trabajo nos encontramos ante un dualismo, pues el centro de trabajo ejerce como ámbito de actuación en el que el empresario puede hacer valer las medidas de vigilancia y también como límite “geográfico” a esas medidas, pues muchas de esas medidas que el empresario lleva a cabo no pueden ser accionadas fuera del mismo.

Es a tenor del artículo 18 ET y ante la alusión de “centro de trabajo” cuando se ha planteado el alcance que se le debe asignar a dicho concepto. La cuestión ha sido abordada por algunos autores y finalmente se ha llegado a la conclusión que la mención de “centro de trabajo” integra también el espacio geográfico que sin pertenecer al centro de trabajo esencialmente forma un todo con éste, como puede ser por ejemplo, la salida del recinto en el que se ubica el centro¹⁸. Como ya hemos visto anteriormente las medidas de control y vigilancia han de mantenerse dentro del ámbito de organización y dirección del empresario, no pudiendo extenderse a los aspectos privados de la vida del trabajador, ello implica por tanto que fuera del centro de trabajo y por añadidura, fuera de la jornada laboral, el empleador no tendrá más facultades de

¹⁸ MARTINEZ FONS, D., *El poder de control del empresario...*, op. cit., pág. 311.

control de las que dispone cualquier otro sujeto privado, exceptuando por supuesto los casos en que existan relaciones laborales que por las características inherentes a dicha relación no se desarrollen dentro de los centros de trabajo, sino en el exterior de los mismos, como es el caso de los comerciales o el caso de los trabajadores con una relación de trabajo especial al servicio del hogar familiar, la cual analizaremos posteriormente.

Debería llegarse a la conclusión de que el “rastreo” del trabajador fuera del ámbito organizativo del empresario no corresponde a las facultades empresariales de control, pues en el caso de que así fuera denotaría superar el fundamento de los poderes del empresario, atribuyendo al mismo competencias de policía.

Además, el centro de trabajo, aparte de ser un punto de referencia de la prestación laboral es donde se encuentran guardados bienes o también documentos confidenciales de los que la empresa es titular y sobre los que ésta tiene un razonable derecho para evitar agresiones o robos sobre dichos bienes empresariales.

Esto nos lleva a distinguir que una cosa son las medidas de control cuya finalidad es simplemente salvaguardar y proteger la seguridad de tales elementos patrimonio de la empresa y otra cosa son las medidas de control de la actividad laboral, destinadas a supervisar la conducta de los trabajadores.

La medida más típica de control de la actividad laboral en el centro de trabajo es la supervisión por el propio empresario o por personas delegadas, pero este control no siempre es suficiente y el empresario recurre a diferentes y a innovadores sistemas de control. Actualmente las nuevas tecnologías se han ido adentrando de forma paulatina en casi todos los ámbitos de la vida, y por extensión, también en el ámbito profesional, en el cual ha permitido la implantación de sistemas de control y donde no es necesaria la presencia del empresario ni la contratación de un supervisor. Estos sistemas -que examinaremos a continuación- son por ejemplo los sistemas de videovigilancia o los distintos dispositivos de control de acceso a la empresa o de incorporación al trabajo que van desde el elemental fichaje a los novísimos sistemas de lectura de huellas, pasando por los métodos con tarjeta de banda magnética.

2. EL CONTROL A TRAVÉS DE LAS VIDEOCÁMARAS

Como ya hemos mencionado, los sistemas tradicionales de vigilancia sobre la actividad laboral experimentan de forma progresiva un proceso de transformación debido a los efectos de las nuevas tecnologías. Las actividades desarrolladas por los supervisores o vigilantes de empresa resultan facilitadas por la automatización. Además un incentivo clave a la utilización de estos medios automáticos es el coste relativamente bajo que tienen en relación al coste que supone para el empresario tener uno o más trabajadores destinados únicamente a ejercer la vigilancia de los demás. Aunque de forma estricta no se encuentren englobados dentro de lo que se conoce como nuevas tecnologías, los aparatos más utilizados en las empresas para ejercer la vigilancia laboral son las videocámaras, que sirven básicamente para captar la imagen.

Para un análisis global del tema resulta necesario la delimitación de dos situaciones principales: por un lado, el caso de la utilización de medios de videovigilancia para el control técnico de la producción y seguridad en el trabajo, y por otro lado, el caso de la instalación y el empleo de tales medios con el fin únicamente de controlar el comportamiento y la conducta laboral de los trabajadores.

El primer caso se basa en la instalación, por razones objetivas, de medios de videovigilancia consentidos por nuestro ordenamiento, pues de la ausencia de dicha instalación podría derivar perjuicios graves a la empresa y por tanto en este caso los derechos del trabajador pueden ser legítimamente sacrificados. Un ejemplo puede ser la instalación en bancos o en joyerías, donde la misma es necesaria para garantizar la seguridad en el trabajo. Ahora bien, la justificación del establecimiento de un aparato de control por estos motivos no significa la aprobación de cualquier uso capaz de lesionar la dignidad e intimidad del trabajador. A modo de ejemplo podemos mencionar el caso de un trabajador que demanda a la empresa en la cual prestaba servicios por vulneración de la intimidad, ante la instalación de cámaras de video con conocimiento previo por los trabajadores y únicamente con la finalidad de mantener la seguridad y vigilancia en la empresa debido a la ausencia de contratación de vigilancia exterior. Dicho trabajador alega que “la verdadera motivación de la colocación de las cámaras

es el enfoque de una de ellas hacia la máquina de café que, dice, los operarios usan como lugar de descanso, y además, el concreto enfoque al puesto de trabajo en el que más tiempo labora el actor”, en el fallo emitido por el tribunal se considera legítima la instalación de cámaras, pues según argumenta “ninguna de las cámaras está enfocada directa e inmediatamente para captar todo lo sucedido en la ubicación bien de la máquina de café, bien del referido puesto de trabajo”, y continua “la inexistencia de zoom, la gran altura a la que están colocadas y la no grabación del sonido, resulta palmario que las imágenes residuales del entorno de la máquina de café y del, tan repetido, puesto de trabajo del actor ocupa habitualmente, carecen de valor identificativos alguno. Es evidente que la finalidad de las cámaras no es sino mantener cierta vigilancia sobre las zonas de acceso a las naves y las vías de comunicación entre ellas”, y por lo tanto no existe vulneración del derecho a la intimidad¹⁹.

En el caso de la instalación de videocámaras con el fin de controlar la conducta y la actividad laboral del trabajador el panorama se presenta mucho más complejo e incierto. En primer lugar nos vamos a centrar en el artículo 20.3 ET pues dicho artículo no hace ninguna referencia acerca de la instalación de estos sistemas pero en base a la alusión “podrá adoptar las medidas más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales” entendemos que también el empleador puede instalar sistemas de captación de imágenes para ejercer su actividad de control. Como podemos observar la legislación laboral no es nada clara al respecto y por adición los tribunales tampoco cuentan con un criterio claro y uniforme, pero ello no significa que pueda efectuarse dicha labor de vigilancia sin sujeción a límite alguno. Por lo tanto, la cuestión que nos concierne ahora es analizar detalladamente la licitud y los límites de la videovigilancia en el caso de que ésta se instale para analizar los comportamientos y las conductas de los trabajadores.

Así pues, la interpretación conjunta del artículo 4.2 e) ET y el artículo 20.3 ET junto con el artículo 18 CE plasman claramente el “respeto a la intimidad y a la consideración debida de su dignidad”, la “consideración debida a su dignidad humana” y “el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen”,

¹⁹ STSJ Aragón (Zaragoza) 3-6-2008 (AS 2008, 482)

respectivamente.

Este artículo 18 CE nos remite de forma clara al artículo 7.1 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, el cual establece que tendrá la consideración de intromisión ilegítima 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.

Estos mencionados preceptos han dado lugar a diversas y variadas interpretaciones, a veces enfrentadas entre sí, que demuestran las discrepancias que han surgido tanto en la doctrina como en los tribunales.

La doctrina no cuenta con una posición homogénea sobre este tema, una parte de la misma considera que de los artículos antes citados, y sobre todo los artículos 7.1 y 7.2 de la Ley Orgánica 1/82 se desprende una prohibición genérica de la instalación de los sistemas de captación de imagen y sonido, debido a que la vigilancia llevada a cabo por medios audiovisuales es deshumanizante por el carácter impersonal del medio de control. Otra parte de la doctrina estima que nuestro ordenamiento no es suficientemente claro en cuanto establece una prohibición genérica del uso de los sistemas audiovisuales, pero, dentro de esta posición que puede parecer unánime también hay posiciones contrariadas, pues hay quien ha considerado que los artículos 7.1 y 7.2 de la Ley Orgánica 1/82 son aplicables únicamente a la “vida íntima” de las personas y que ello excluiría por tanto el ámbito profesional de las mismas y en cambio hay que piensa que dichos preceptos deberían ser interpretados en el sentido de que no incluyen una prohibición general de estos medios, sino que prohíben únicamente un uso desmesurado y abusivo de los mismos, señalando que son las conductas y no tanto los medios de control los que pueden suponer una invasión a la vida privada de los trabajadores. En este sentido algunos autores como MARTÍNEZ FONS se han hecho eco de esta posición doctrinal señalando que la adopción de instrumentos audiovisuales se justifica por las circunstancias concurrentes que contextualizan la decisión de la instalación.

Antes de analizar el panorama jurisprudencial es necesario aclarar que los derechos que en este caso pueden resultar afectados por la adopción de sistemas de

video-vigilancia son el derecho a la intimidad, a la dignidad y por supuesto el derecho a la propia imagen, ya que las imágenes captadas es información personal y datos personales que permiten la identificación de las personas físicas que se recogen en dichas imágenes.

Por lo tanto y en este sentido, la legislación laboral y la Ley Orgánica 1/82 no es la única normativa al respecto que ampara el uso de los aparatos de videovigilancia. Las imágenes captadas a través de estos sistemas son objeto de protección por la Ley Orgánica 15/1999 de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (LOPD). Ante el carácter genérico de esta Ley ha sido necesaria la creación de la AEPD que trata temas más específicos, como es el caso concreto de la videovigilancia, estableciendo para su regulación requisitos de importante cumplimiento dirigidos a los responsables de los sistemas de captación de imagen. Uno de los requisitos es la información previa a los trabajadores de la instalación de dichos sistemas, sin ser obligatoria la especificación del lugar donde estos sistemas se encuentran instalados, pues en este caso se perdería la finalidad y el objetivo de la instalación de los mismos. A pesar de ello, contamos con algunas sentencias que aunque los trabajadores no tenían conocimiento previo, los tribunales han considerado legítimo el uso de cámaras de video para realizar controles ocultos. Otro requisito necesario es tener en cuenta los límites “geográficos” de la instalación, pues las grabaciones no pueden realizarse en cualquier lugar de la empresa ya que existen espacios, donde la intimidad es entendida en su sentido más básico y en los cuales la grabación queda prohibida, aunque en algún caso también se ha admitido la colocación de cámaras orientadas hacia las puertas de los lavabos o hacia los lugares de descanso²⁰. Tampoco podrán instalarse las videocámaras en lugares donde no se realice la prestación laboral (locales sindicales, lugares de descanso...). El último requisito del que hablaremos es que el objetivo de dicha instalación no pueda ser cumplido mediante otros medios de control menos agresivos para los individuos, y además el objetivo debe ser totalmente proporcional con el modo de llevar a cabo la instalación²¹.

²⁰ STSJ Galicia 28-9-1999 (AS 1999, 2952)

²¹ Por ejemplo, resultaría desproporcionado instalar una videocámara en una joyería con la finalidad de mantener la seguridad vigilando básicamente la entrada al mismo y utilizar sus características -movilidad, zoom, orientación...- para observar de una forma más precisa como realizan los empleados sus labores.

Con todo ello, podemos señalar que la intrusión en la propia imagen de los trabajadores no es ilegítima si el empleador ha cumplido los requisitos señalados anteriormente o en todo caso ha justificado un pertinente, lícito y significativo interés en el control, como muestran las sentencias de nuestros tribunales que veremos a continuación.

Tradicionalmente los tribunales expresaban en sus sentencias una mayor permisividad y una mayor tolerancia a la instalación de estos dispositivos de control, quedando demostrado en algunas resoluciones como la mencionada anteriormente, donde las cámaras estaban orientadas hacia la puerta de los aseos.

En el año 2000 hay un punto de inflexión a partir de dos importantes sentencias, ya mencionadas, del Tribunal Constitucional. En las dos sentencias se muestra el mismo tipo de problema: resolver sobre la legitimidad de la instalación de videocámaras en el centro de trabajo para observar la conducta de los empleados en cuestión, siendo las resoluciones de ambas sentencias contrapuestas. Por una banda, la STC de 10 de julio del 2000²², donde el Tribunal Constitucional rechaza el amparo solicitado por un empleado de un economato que había sido despedido de la empresa donde prestaba sus servicios, apoyándose la empresa para realizar el despido en pruebas de su conducta obtenidas mediante un circuito cerrado de televisión instalado sin conocimiento de los trabajadores. A pesar de no haber comunicado la medida de control previamente, la instalación, ceñida a determinados puestos laborales se encontraba justificada y era proporcionada, por lo que respetaba el derecho a la intimidad del empleado afectado y el derecho a la propia imagen, pues ninguno de sus derechos resultaban agredidos ya que esa medida no era arbitraria ni caprichosa, pues con la misma se trataba de obtener únicamente el conocimiento de cuál era su conducta habitual tras haberse detectado irregularidades en la actuación profesional del trabajador, constitutivas de transgresión a la buena fe contractual. En este caso podemos observar como el centro de trabajo y la vida profesional no resultan totalmente opacos al derecho a la intimidad y a la propia imagen.

Por otra banda y de forma contraria, la STC de 10 de abril del 2000²³, sobre la

²² RTC 186/2000.

²³ RTC 98/2000.

decisión de una empresa de instalar un sistema de grabación y de audición que permitía grabar las conversaciones en determinadas zonas con el objetivo de reforzar la seguridad del casino. El Tribunal considera la medida desproporcionada pues “la implantación del sistema de audición y grabación no ha sido en este caso conforme a los principios de proporcionalidad e intervención mínima que rigen la modulación de los derechos fundamentales por los requerimientos propios del interés de la organización empresarial, pues la finalidad que se persigue (dar un plus de seguridad, especialmente ante eventuales reclamaciones de los clientes) resulta desproporcionada para el sacrificio que implica del derecho a la intimidad de los trabajadores (e incluso de los clientes del casino). Este sistema permite captar comentarios privados, tanto de los clientes como de los trabajadores del casino, comentarios ajenos por completo al interés empresarial y por tanto irrelevantes desde la perspectiva de control de las obligaciones laborales, pudiendo, sin embargo, tener consecuencias negativas para los trabajadores que, en todo caso, se van a sentir constreñidos de realizar cualquier tipo de comentario personal ante el convencimiento de que van a ser escuchados y grabados por la empresa. Se trata, en suma, de una intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad consagrado en el art. 18.1 CE, pues no existe argumento definitivo que autorice a la empresa a escuchar y grabar conversaciones privadas que los trabajadores del casino mantengan entre sí o con los clientes” (FJ 9).

Estas dos sentencias ponen de manifiesto que los tribunales optarán por considerar la grabación de imágenes sin captación de sonidos como un método menos gravoso en comparación con la grabación de sonidos, pues éste es un método potencialmente más dañino al afectar a conversaciones totalmente ajenas a la prestación laboral y además la instalación de aparatos de grabación de sonidos en las empresas raramente puede justificarse por motivos técnicos o de seguridad. Además estas sentencias reflejan, de nuevo, que la idea clave es que la instauración de este tipo de medio de control tiene que estar fundado en todo momento en razones objetivas y bajo justificaciones razonables, siguiendo en todo momento el principio de proporcionalidad.

Existe una reciente sentencia bastante novedosa del TC de 11 de febrero de

2013²⁴, ya citada anteriormente, que se “alimenta” de la doctrina ya existente con respecto a este tema. En esta sentencia se le otorga amparo a un trabajador que había incumplido su deber de asistencia al trabajo, probado mediante las imágenes grabadas por unas cámaras de video vigilancia. La citada sentencia establece que las empresas, con anterioridad a realizar cualquier tipo de grabación de imágenes, deberán informar a los trabajadores de su existencia y finalidad de las mismas, pues de lo contrario se vulnerará el derecho a la propia imagen, recogido en el artículo 18.4 CE y el incumplimiento del deber de consulta contemplado en el artículo 64.5 ET. Indistintamente de que todos los casos y las sentencias citadas sean diferentes, en la doctrina establecida en las primeras sentencias del TC sobre este tema parecía no ser relevante el hecho de que las grabaciones fueran secretas, sin que se considerase de objeto de estudio el tema de las grabaciones ocultas en este Tribunal. No obstante no puede deducirse tampoco que se afirme en dichas sentencias la permisividad general de los controles ocultos.

Los tribunales ordinarios a lo largo de los años también se han ido haciendo eco de estas sentencias clave, así en algunos casos se ha dado validez al uso de cámaras y en otras ocasiones se ha considerado vulnerado el derecho a la intimidad²⁵.

Hasta ahora hemos visto que no es propio de los sistemas de grabación de imágenes la intromisión en el ámbito de los derechos fundamentales de las personas, ya que estos derechos aparecerán comprometidos de acuerdo con la naturaleza de las imágenes registradas, así como de la concreta utilización de las mismas, pero este tema no se encuentra estrictamente relacionado con la materia que nos ocupa.

²⁴ RTC 29/2013.

²⁵ Así, a modo de ejemplo y con referencia expresa a la doctrina del Tribunal Constitucional, la STSJ Cataluña 23-2-2011 (AS 2011, 1443) considera legítima la implantación de un sistema de videovigilancia debido a que la grabación que ha efectuado la empresa ha quedado probado que era necesaria y proporcionada, debido a la existencia de anomalías previas. La STSJ Castilla y León 18-9-2006 (AS 2006, 1479) ante una instalación de cámaras en relación a la vigilancia del cumplimiento por los trabajadores de sus obligaciones laborales y del mantenimiento de la necesaria seguridad y con previo aviso a los trabajadores, considera que “la mera toma de imágenes sin grabación de los trabajadores entre sí y con clientes, puede considerarse como una actuación de control normal que no vulnera el derecho de los trabajadores a la intimidad” (FJ 2).

3. EL CONTROL DE LA ENTRADA Y SALIDA AL CENTRO DE TRABAJO

Quizá uno de los métodos más tradicionales de control sea el control de entrada y salida a las instalaciones de la empresa y por lo tanto el control del tiempo de trabajo. Es un método muy simple de control pero debemos hacer una distinción -como hemos venido haciendo hasta ahora- entre el control de acceso e identificación de personas principalmente por motivos de seguridad, dada la naturaleza de la actividad desarrollada o el valor de los elementos que están en el interior del propio centro y el control estrictamente laboral de la incorporación y abandono por parte de los trabajadores de sus puestos de trabajo. Además, los medios de control de los que se puede valer el empleador dependen en parte de la finalidad y del propósito de dicho control. Estos medios son muy diversos y van desde la tradicional "ficha" propia de los sistemas productivos con turnos de trabajo o las tarjetas con banda magnética que sirven para identificar al empleado y sus movimientos cada vez que se incorpora y que abandona su puesto de trabajo, así como los innovadores y controvertidos lectores de huella digital de los trabajadores.

Las encargadas de realizar los controles de identidad de personas a las instalaciones de la empresa únicamente por motivos de seguridad son las empresas de seguridad y su personal al servicio. Las empresas de seguridad bajo el ejercicio de control podrán recoger los datos estrictamente necesarios para cumplir el objetivo de controlar el acceso a las instalaciones, pero los datos recogidos no podrán utilizarse con otra finalidad que no sea la de control, ni tampoco ser cedidos²⁶.

En cambio, en lo que se refiere a la vigilancia estrictamente laboral de la incorporación y abandono de los trabajadores al centro de trabajo, es el artículo 20.3 ET bajo la mención de "el empresario podrá adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control" el que permite al empleador una enorme libertad a la hora de elegir la técnica de control a aplicar, como ya hemos visto anteriormente²⁷.

²⁶ Instrucción 1/1996, de 1 de marzo, de la Agencia Española de Protección de Datos, sobre ficheros automatizados establecidos con la finalidad de controlar el acceso a los edificios (norma tercera y cuarta).

²⁷ Así, la STS 5200/2007 de 2 de julio (RJ 2007, 5200) ha dado validez al establecimiento de un sistema de control que descansa en la lectura biométrica de la mano por un escáner mediante rayos infrarrojos

Es importante aclarar que la ausencia de existencia de una norma que regule las técnicas de control que el empleador puede aplicar no quiere decir que sea lícito que el empleador instale un sistema de control de tiempos excesivamente inflexible y rígido ante las pequeñas pausas y cortas ausencias, el cual dañe la dignidad del trabajador llegándole a provocar algún tipo de angustia o desasosiego, exceptuando en todo momento los casos en los que ese control tan estricto es consecuencia de la naturaleza del propio proceso productivo.

4. CENTRO DE TRABAJO ESPECIAL: EL HOGAR FAMILIAR

Hasta ahora, los medios de control que hemos analizado -tanto la videovigilancia a través de cámaras como el control de tiempos de entrada y salida- actúan sobre el propio centro de trabajo, pero como ya hemos anunciado en el primer punto de este capítulo hay determinados casos en los que debido a la relación especial o singular de trabajo los medios de control pueden ser desplegados de forma diferente.

El artículo 2.1 b) ET considera la relación laboral de carácter especial la del servicio del hogar familiar y es el RD 1620/2011, de 14 de noviembre (BOE 17 de noviembre de 2011) quien regula dicha relación. Previamente hemos afirmado que es en el centro de trabajo donde fundamentalmente se despliegan las medidas de control, pero en este caso el centro de trabajo presenta unas características muy peculiares al coincidir con el hogar familiar. En el artículo 1.5 ET se considera centro de trabajo “la unidad productiva con organización específica, que sea dada de alta, como tal, ante la autoridad laboral” y ante esta definición legal podemos observar como claramente el hogar familiar no se ajusta a la misma, pues el empleado no se inserta en ningún momento en una unidad productiva, sino en el ámbito familiar e íntimo de otra persona.

que permite la asociación con la identidad de los empleados y hace posible efectuar el control horario en cuestión. Según este tribunal “no hay norma que prohíba el recurso a la tecnología escogida para realizar el control del cumplimiento del horario de trabajo” (FJ 8). Del mismo modo, la STSJ Murcia 25-1-2010 (AS 2010, 165).

Es frecuente que el empleado del hogar realice las tareas domésticas para las que está contratado durante la ausencia de los miembros de la familia y en continua relación de familiaridad con los bienes y valores que se posean y guarden en el domicilio, lo que fomenta que de algún modo que sea inevitable el despliegue de medidas de control. Como regla general el despliegue de estas medidas deberá ajustarse a los criterios que hemos visto hasta ahora, en especial al principio de proporcionalidad, pero el carácter tan singular del lugar donde se realiza la prestación laboral hace que la aplicación de dicho principio sea mucho menos rígida y más flexible para el empleador. Por ejemplo, se le permitirá al empleador supervisar mediante medios audiovisuales al trabajador sin necesidad de alegar justificación alguna, meramente con carácter preventivo y de seguridad respecto a los bienes y valores del propio hogar, aunque sí se le exigirá que informe previamente al trabajador sobre la existencia de los dispositivos de control.

Como en todo, en este tema también hay que matizar, pues en el caso de que el empleador tuviera sospechas fundadas y razonadas de que él o la trabajadora comete infracciones en su puesto de trabajo podrá optar por un medio de control clandestino, aunque por el momento la videovigilancia en el hogar familiar está sujeta a una limitada jurisprudencia.

Capítulo III

Doble función de la herramienta de trabajo: como tal y como sistema de control

1. DETERMINACIÓN DE LOS ÚTILES Y HERRAMIENTAS A EFECTOS DE CONTROL

Hasta ahora hemos visto detenidamente que el centro de trabajo es el medio por excelencia sobre el que se despliega la facultad de control empresarial, pero esto no quiere decir que sea el medio único y principal bajo el que se ejerce la vigilancia. A continuación, de forma breve y transitoria veremos cómo los instrumentos y herramientas necesarias para desarrollar el trabajo se encuentran altamente relacionados con la cuestión del control empresarial, pues la posibilidad de que éstos además de ser utilizados para el desarrollo de la actividad laboral sean también utilizados para usos propios y personales es demasiado alta.

Los útiles e instrumentos de trabajo sobre los que el empresario puede ejercer una actividad de control son múltiples y variados. Entre ellos se encuentra el ordenador, el cual ha adquirido una gran importancia durante los últimos años, pero por ser un tema muy extenso y rico en detalles dedicaremos el próximo capítulo al análisis del mismo.

Por lo tanto, en este capítulo ocuparemos buena parte de nuestra atención a dos instrumentos de trabajo más tradicionales pero no menos importantes: el teléfono y los vehículos empleados para la prestación laboral.

2. USO Y CONTROL DEL TELÉFONO DE EMPRESA

Actualmente no se cuenta con una norma legal específica sobre el uso del teléfono por parte de los trabajadores en las empresas, pero no cabe duda de que tanto el

Estatuto de los Trabajadores a través de su artículo 20.3, como nuestro ordenamiento jurídico a través de un amplio conjunto de sentencias se han acercado a precisar la admisión del control del uso del teléfono.

Como regla general el empresario debe establecer instrucciones claras sobre el uso del teléfono en el trabajo, incluso, llegando a prohibir su uso cuando éste sea para fines meramente personales. Por lo tanto una desobediencia de esas instrucciones, fijadas previamente por el empresario, podría justificar el despido del trabajador. En cambio, cuando estas instrucciones están ausentes los tribunales suelen tender hacia una cierta transigencia y flexibilidad del uso personal del teléfono, siempre y cuando dicho uso no es exageradamente abusivo y dentro de unos límites lógicos y razonables²⁸.

Por tanto, no es nada sorprendente que en algún caso los tribunales, ante el despido de un trabajador acusado de un uso abusivo, excesivo y proporcionalmente largo del teléfono, hayan considerado improcedente dicho despido debido a la ausencia de instrucciones por parte del empleador sobre el uso del teléfono²⁹.

Por el contrario, en muchos otros casos la justicia ha respaldado el despido de trabajadores que usaban el teléfono de empresa para fines personales y de forma abusiva. Es curioso el reciente caso donde se ha considerado procedente y no nulo el despido de una trabajadora embarazada, a la cual se le imputaba el uso abusivo del teléfono de empresa para usos personales, así como del correo electrónico y de realizar descargas y suscripciones por internet no relacionadas con la actividad laboral³⁰.

Con la finalidad de averiguar que el uso del teléfono no es excesivo ni desproporcionado y que las normas e instrucciones fijadas por el empresario se cumplen es necesario llevar a cabo algún tipo de control. ¿Qué tipo de control puede llevarse a cabo a través del teléfono de empresa?, ¿un control de los datos almacenados en el mismo (fotos, mensajes, llamadas...)?, ¿un control de las personas

²⁸ FERNANDEZ VILLAZON, L. A., *Las facultades empresariales de control...*, *op. cit.*, pág. 94.

²⁹ STSJ Cataluña 26-11-2012 (AS 2012, 8000).

³⁰ STSJ Cataluña 10-2-2014 (AS 2014, 1382).

con las que mantenemos conversaciones?, ¿un control de la ubicación en la que nos encontramos exactamente?

VILLAZÓN señala que generalmente el control empresarial suele realizarse sobre las llamadas llevadas a cabo por los trabajadores mediante dos opciones clave. La primera alternativa sería un control a través de mecanismos de grabación de las conversaciones, mecanismos que atentan de forma clara con el derecho a la intimidad del trabajador y que no cumplen en la mayoría de los casos los tres principios de los que hemos hablado en capítulos anteriores (idoneidad, necesidad y proporcionalidad). La segunda alternativa posible sería un sistema de control llevado a cabo de forma directa y automática por el propio sistema telefónico, quedando la información de las llamadas realizadas y la duración de las mismas en una factura. Como vemos, una cosa, totalmente lícita, es controlar el número y la persistencia de las llamadas que se realicen desde el teléfono de empresa y otra muy distinta es el conocimiento ilegítimo del contenido de esas llamadas telefónicas.

Además, el control empresarial realizado con el fin de obtener una vigilancia acerca de la ubicación y localización del trabajador puede también ser realizado a través del teléfono móvil, siempre y cuando éste sea de propiedad de la empresa, pues en el caso de que el teléfono sea de titularidad privada del propio trabajador se considerará una intromisión en la vida privada del mismo, siempre y cuando el empresario lleve a cabo un control de localización en contra de la voluntad del trabajador.

3. CONTROL Y VIGILANCIA SOBRE LOS VEHICULOS EMPLEADOS EN LA RELACIÓN LABORAL

Las conclusiones extraídas del breve análisis del control ejercido sobre el teléfono de empresa por parte del empresario podrían extrapolarse al caso del control sobre los vehículos empleados durante la prestación de trabajo. Pues de la misma manera que el control ejercido sobre el teléfono tiene como única y principal finalidad averiguar que el uso que hace el trabajador del mismo no es ilícito, el control sobre los vehículos conlleva el propósito empresarial de controlar un uso adecuado por parte del

trabajador.

Siempre y cuando la vigilancia se lleve a cabo sobre un vehículo empleado exclusivamente para la prestación laboral, los sistemas de control empleados podrán ir desde un registro de las lecturas del cuenta kilómetros, pasando por los habituales tacógrafos hasta sistemas más emergentes como pueden ser los sistemas de posicionamiento global destinados a determinar la posición exacta del vehículo. Este control es completamente lícito, pues en base al artículo 20.3 ET el empresario puede, de forma legítima, conocer el uso dado al vehículo por parte del trabajador, conocer dónde se encuentra geográficamente el trabajador, dónde ha estado y por cuánto tiempo, así como el grado de productividad en el puesto de trabajo que éste desempeña³¹.

Pero esto no siempre es así, pues en algunas ocasiones la vigilancia puede ser desplegada sobre vehículos que no solo se utilizan para la prestación laboral, sino que además también son utilizados de forma personal por el trabajador. En este caso la conducta llevada a cabo por el empresario a la hora de ejercer un control sobre el vehículo sería desproporcionada a la vez que ilícita, pues la vida privada del trabajador –como ya se ha dicho- debe quedar, en la medida de lo posible, fuera del ámbito de actuación de los poderes empresariales³².

³¹ Así, la STSJ Cataluña 5-3-2012 (AS 2012, 1706) considera procedente el despido de un trabajador fundado en la utilización del vehículo de empresa para fines privados e incumplimiento de la jornada laboral, en base a la información recogida en un sistema de control instalado por la empresa sobre el vehículo (GPS), a pesar de que dicha instalación no contaba con el conocimiento previo por parte del trabajador.

³² Así, la STS 870/2012 de 21 de junio (RJ 2012, 870) considera que la instalación, a través de un detective privado, de un GPS en el vehículo particular del trabajador con la finalidad de vigilar al trabajador durante un proceso de incapacidad temporal vulnera claramente el derecho fundamental de la intimidad.

Capítulo IV

Informática y control de los trabajadores

1. PLANTEAMIENTO GENERAL DE LA INFORMÁTICA Y LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS DE INFORMACIÓN Y COMUNICACIÓN EN LA EMPRESA

La introducción en el ámbito laboral de las nuevas tecnologías de la información y comunicación (NTIC) a través de un instrumento clave como lo es el ordenador está permitiendo de forma progresiva una mayor flexibilidad en la relación laboral, además de una mayor conciliación entre la vida personal y laboral de los trabajadores, convirtiéndose así en un referente de nuestra cultura y de nuestra forma de vida³³.

El uso de cuantiosos y mejores medios informáticos en la empresa (cuentas de correo, acceso a internet, redes sociales corporativas...etc.), beneficia, por lo general, a los trabajadores a la hora de desarrollar la prestación laboral, pero a su vez ha afectado de forma significativa a los mecanismos de control empresarial, provocando un choque con los límites de control y vigilancia que puede realizar el empresario sobre el uso de estos medios. Pues, además de que el uso de las nuevas tecnologías aloje una gran flexibilidad en la relación laboral y una mayor productividad, éste uso también provoca de forma simultánea un aumento del control empresarial sobre la prestación de trabajo y sobre el propio trabajador, ya que el control próximo e intermitente realizado tradicionalmente por la clase humana es sustituido por un control mucho más centralizado y objetivo, el cual se encuentra incorporado al sistema informático. Esto nos indica que son los instrumentos informáticos que el trabajador utiliza para llevar a cabo su trabajo, los que controlan la prestación del mismo³⁴.

³³ FERNANDEZ VILLAZON, L. A., *Las facultades empresariales de control...*, op. cit., pág. 107.

³⁴ PEREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F., *Nuevas tecnologías y relación de trabajo*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1990, págs. 72 y 73.

Ante el impacto de las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación el legislador escasamente ha tratado de regular el modo en que las empresas pueden fiscalizar y controlar el contenido de los ordenadores a través de programas de gestión de correo electrónico, de revisión de ordenadores, programas espía...etc. Debido a ello los criterios que ha sentado la doctrina judicial alojan un particular interés que veremos posteriormente.

En el presente capítulo analizaremos las formas y los límites a los que se encuentra sujeto el poder de control empresarial cuando éste se despliega sobre el uso que hacen los trabajadores de la informática en el mundo del trabajo. En primer lugar de forma autónoma y específica estudiaremos la figura básica del ordenador en sus dos vertientes, la primera de ellas es “el ordenador como objeto de control” y la segunda de ellas es “el ordenador como instrumento de control”. Seguidamente nos centraremos en el uso de las nuevas tecnologías de la información y comunicación (NTIC) con fines personales y la extensión del poder de vigilancia y control empresarial del referido uso.

2. EL ORDENADOR COMO OBJETO DE CONTROL Y COMO INSTRUMENTO DE CONTROL

A. El registro del ordenador o del servidor de empresa

El uso del ordenador para llevar a cabo la prestación laboral ha acentuado enormemente el problema de los usos desmedidos por parte de los trabajadores y la aplicación, por parte de las empresas, de técnicas para controlar las comunicaciones de los empleados.

Son muy heterogéneas las formas en que los empresarios pueden utilizar el ordenador para controlar el trabajo. La forma más simple para llevar a cabo este control es a través del registro directo del ordenador o del servidor de empresa, explorando los registros y las carpetas que se encuentran almacenadas en el mismo,

pero junto a esta forma, en alguna ocasión, la actividad de control se lleva a cabo mediante otros medios alternativos como es la instalación de programas espía, actuando así el ordenador como instrumento de control.

En este epígrafe analizaremos el registro del ordenador y para ello partimos de la premisa recogida en el artículo 20 ET. Según una interpretación muy general de este precepto algunos autores entienden que es totalmente lícito llevar a cabo un registro sin mayores impedimentos ya que el ordenador es un instrumento de trabajo cuya titularidad corresponde al empresario y por lo tanto el uso personal del mismo por parte del trabajador estaría terminantemente prohibido sin la necesidad de que exista una prohibición expresa, al ser dicho uso contrario al artículo 5.1 a) ET³⁵.

Otra perspectiva, a nuestro juicio más razonable, podría ser que si se pretende ejercer un control amparándose en el registro del ordenador, deberían respetarse los principios generales que limitan las facultades de control empresarial. El registro, por tanto, deberá ajustarse a los límites derivados de “la consideración debida a su dignidad humana”, impuestos por el artículo 20.3 ET y deberá superar las exigencias exigidas en el “juicio de proporcionalidad”, siguiendo las sentencias del Tribunal Constitucional ya comentadas en el capítulo I. Según esta perspectiva deberá informarse también a los representantes de los trabajadores al ser el registro un “sistema de control”³⁶. Además suponemos que la información obtenida de dicho registro debería sujetarse a la normativa sobre protección de datos de carácter personal, ya que los datos obtenidos a través del registro son de carácter personal.

La observación de estas dos alternativas plantea la gran duda de si es posible una interpretación semejante del artículo 18 ET según el cual “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”.

³⁵ “Cumplir con las obligaciones concretas de su puesto de trabajo, de conformidad a las reglas de la buena fe y diligencia” (art. 5.1 a. Estatuto de los Trabajadores).

³⁶ “El comité de empresa tendrá derecho a ser informado y consultado por el empresario sobre aquellas cuestiones que puedan afectar a los trabajadores, así como sobre la situación de la empresa y la evolución del empleo en la misma, en los términos previstos en este artículo” (art. 64.1 Estatuto de los Trabajadores).

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”. MARTÍNEZ FONS señala que se trata de determinar si el artículo 18 ET de corte claramente industrialista puede aplicarse a las nuevas realidades tecnológicas.

Algunos autores han sostenido que no es posible bajo ningún concepto llevar a cabo una interpretación analógica del artículo 18 ET ya que el ordenador, a diferencia de las taquillas y efectos personales, no tiene como propósito contener elementos que pertenecen al ámbito privado de los empleados, es decir, el ordenador debe ser considerado únicamente como medio de producción y no como efecto personal³⁷. En contraste, otros autores han señalado que la figura del ordenador debe protegerse exactamente con las mismas garantías establecidas en el señalado precepto³⁸.

De la misma manera la doctrina judicial también se ha pronunciado sobre este tema y se muestra dividida. En algunos casos los tribunales ordinarios afirman que “el útil de trabajo no puede considerarse como un efecto personal”³⁹. En otros casos los tribunales realizan una interpretación amplia de lo que puede entenderse como “de propiedad empresarial”⁴⁰.

A nuestro parecer, esta última opción es la más adecuada. Es cierto que los ordenadores no pueden equipararse completamente a las taquillas y a los efectos personales del trabajador pero es indudable que en ellos se puedan contener demostraciones de la vida privada y de la intimidad del trabajador, pues como ya hemos señalado anteriormente, toda persona de forma involuntaria y natural extiende su personalidad sobre los instrumentos con los que tiene contacto de forma habitual y

³⁷ SEMPERE NAVARRO, A. V., SAN MARTÍN MAZZUCONI, C., *Nuevas tecnologías y relaciones laborales*, Aranzadi, Pamplona, 2002, pág. 88.

³⁸ FERNANDEZ VILLAZON, L. A., *Las facultades empresariales de control...*, *op. cit.*, pág. 112.

³⁹ STSJ Madrid 13-11-2002 (AS 2002, 471).

⁴⁰ Así, la STSJ Cantabria 20-2-2004 (AS 2003, 443) fundamenta que a pesar de que “no sean identificables perfectamente las taquillas y los ordenadores, deben seguirse las prescripciones del artículo 18 ET en los registros que se realicen en los ordenadores que utilizan los trabajadores aunque no sean de su propiedad”.

con los que además lleva a cabo la prestación laboral.

Llegados a este punto, no debemos pasar por alto que en el caso de la inexistencia de una “expectativa razonable de intimidad” las garantías previstas en el artículo 18 ET no serán de aplicación. Por ejemplo, si existe una prohibición absoluta que impide el uso personal del ordenador o si el uso de los ordenadores se lleva a cabo indistintamente por diferentes trabajadores, no existirá una expectativa razonable de intimidad que la empresa pueda vulnerar cuando ejerce el control. Aún así, aunque no exista dicha expectativa, el control ejercido a través de los registros por parte del empresario no es infinito y deberá sujetarse al artículo 20.3 ET y al principio de proporcionalidad⁴¹. El caso contrario es cuando sí existe la “expectativa razonable de intimidad” y sí serán aplicadas las garantías para los registros establecidas en el artículo 18 ET. Por ejemplo, cuando se lleve a cabo el uso del terminal por parte del trabajador y éste uso justifique el convencimiento de que constituye un ámbito con ciertas garantías de privacidad (un ordenador asignado en concreto a cada trabajador, existencia de claves de acceso...).

B. La instalación de programas espía para controlar la actividad del trabajador

Cada vez son más empresas las que recurren, mediante programas espía, a controlar el uso y el destino del PC del trabajador además de la vida informática de sus

⁴¹ Para esclarecer este tema, por ejemplo, la STSJ Madrid 13-5-2003 (AS 2003, 3649) muestra el caso de una empresa que realiza una copia del disco duro del ordenador del trabajador para verificar el contenido del mismo. La empresa advirtió, con anterioridad, al trabajador la posibilidad de control empresarial, lo que provoca por tanto la inexistencia de una expectativa razonable de privacidad. El trabajador decidió ignorar dicha advertencia y usar el ordenador de forma desmesurada. La medida de registro del disco duro del ordenador en este caso es necesaria, equilibrada y proporcional, pues el control realizado, a pesar de no ceñirse a las garantías recogidas en el art. 18 ET, tenía como finalidad obtener el conocimiento de cuál era el verdadero comportamiento laboral del trabajador sobre el ordenador. Del mismo modo la STC 241/2012 de 17 de diciembre (RTC 2012, 241) (BOE 22 de enero), ya mencionada en el capítulo I, afronta el caso de una trabajadora que instala un programa de chat en un ordenador de uso general e intercambia a través de dicho programa comentarios con otra trabajadora, existiendo en la empresa una prohibición expresa de instalación de programas distintos a los necesarios para la ejecución del trabajo. En este caso el TC señala que no es posible reclamar el derecho a la intimidad cuando dicho derecho deriva de una conducta prohibida por la empresa, ya que ello anula cualquier expectativa razonable de privacidad.

empleados⁴². Antes de adentrarnos en el estudio del ordenador como instrumento de control debemos hacer una clara distinción. Por una parte, se encuentra el control mediante los programas espía cuya finalidad es supervisar el mero uso que hace el trabajador del ordenador a través de la captura de los programas que son empleados, de los movimientos del teclado, de los movimientos del ratón, además de las horas y del tiempo de visita a cada programa sin que el usuario se dé cuenta... y por otra parte, se encuentra el control de las conexiones a Internet y del uso del correo electrónico, en el que nos detendremos posteriormente.

Primeramente al tratarse los programas espía de un método de control persistente y continuo de la actividad, el cual analiza la conducta laboral hasta el último detalle y con mucha profundidad, se puede suponer que dicho control es, en muchos casos, innecesario y desproporcionado, llegando a afectar al derecho a la intimidad del trabajador controlado.

En esta ocasión el legislador tampoco ha optado por pronunciarse expresamente y han sido los tribunales, haciéndose eco de la doctrina constitucional contenida en las Sentencias 98/2000 de 10 de abril y 186/2000 de 10 de julio, los que a base de diferentes casos han ido articulando poco a poco esta materia. Las sentencias mencionadas señalan que el control clandestino y oculto únicamente podrá llevarse a cabo en los casos en los que la inexistencia de comunicación sea trascendental para asegurar el resultado perseguido.

Un buen ejemplo de ello es la STSJ de la Comunidad Valenciana de 19 de julio de 2005⁴³, que resuelve el caso de una trabajadora que es despedida tras comprobar la empresa, mediante la instalación de un programa espía sin conocimiento de la trabajadora, que la misma vertía descalificaciones contra la empresa a través del ordenador. El Tribunal señala que las medidas de control empresarial deberán respetar una serie requisitos como es informar a los trabajadores de los sistemas de control establecidos e informar a los representantes de los trabajadores en función del

⁴² Un estudio del año 2003 de la escuela de negocios de la Universidad de Navarra (IESE) mostró como los programas informáticos para espiar a los trabajadores se habían duplicado en solamente dos años. http://elpais.com/diario/2003/10/16/ciberpais/1066271726_850215.html [Consulta: 28 de mayo 2014].

⁴³ AS 3205/2005.

artículo 64 ET. Además el Tribunal razona que es contrario a la buena fe utilizar mecanismos de control ocultos siempre y cuando no exista una sospecha previa de actuación irregular por parte del trabajador. Para concluir, el Tribunal resuelve este caso considerando que no hay justificación alguna de las medidas adoptadas de control empresarial, pues en ningún momento se ha acreditado la existencia de indicios reveladores de una actuación fraudulenta o irregular por parte del trabajador ni ningún resultado a perseguir, lo que no hace necesario llevar a cabo un control oculto a través de un programa espía.

Un caso totalmente contrario es el resuelto por la reciente y significativa STSJ de Andalucía (Granada) de 14 de noviembre de 2013⁴⁴. En este caso la empresa descubre, gracias a la instalación de un programa espía, como tres trabajadoras llevaban a cabo un uso inadecuado del ordenador y decide despedirlas. A pesar de que la empresa no informó sobre la instalación de dicho medio de control, sí advirtió en todo momento que estaba prohibido el uso de los sistemas de información para cualquier finalidad diferente de las estrictamente laborales. Como hemos estudiado en el epígrafe anterior, al existir una prohibición expresa no puede surgir una expectativa de intimidad por parte del trabajador, pues “si no hay derecho a utilizar el ordenador para usos personales, no habrá tampoco derecho para hacerlo en unas condiciones que impongan respeto a la intimidad o al secreto a las comunicaciones, porque, al no existir una situación de tolerancia del uso personal, tampoco existe ya una expectativa razonable de intimidad y porque, si el uso personal es ilícito, no puede exigirse al empresario que lo soporte y además se abstenga de controlarlo”⁴⁵. Finalmente, el Tribunal considera la fiscalización sobre el terminal, a través de un programa espía, como lícito y el despido disciplinario de las tres trabajadoras como procedente⁴⁶.

⁴⁴ AS 2074/2013.

⁴⁵ STS 8876/2011 de 6 de octubre (RJ 2011, 8876).

⁴⁶ En algún caso ha llamado la atención que en este supuesto no se ha aplicado la ponderación del ya conocido “juicio de proporcionalidad”, aportado nuevamente por una sentencia poco anterior a la del supuesto enjuiciado y una de las más importantes hasta la fecha en esta materia (STC del 7 de octubre de 2013), pues a pesar de que exista una prohibición absoluta que destruya por completo la mencionada “expectativa razonable de intimidad” dicha prohibición no “libera” de entrar a valorar si el programa espía utilizado limita de una forma desmedida y opresiva los derechos fundamentales de los trabajadores.

3. EL FENÓMENO DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS, SU USO Y CONTROL

A. Internet y el correo electrónico en la empresa

El concepto de “Nuevas Tecnologías de la Información y Comunicación” encierra básicamente dos figuras clave: la navegación por internet y el uso del correo electrónico, las cuales han provocado un gran cambio en los medios de comunicación existentes en la empresa.

Por una parte, el impacto que ha tenido la navegación por internet y el uso del correo electrónico en la empresa ha entrañado el principal problema de determinar si a pesar de que el ordenador es un instrumento de producción facilitado a los trabajadores para la ejecución de su trabajo existe un derecho a utilizar estos medios de forma personal y en condiciones de privacidad. Algunos autores sí han señalado que las nuevas tecnologías puestas a disposición del trabajador no son únicamente herramientas de trabajo, pues en muchos casos puede existir una fuerte relación entre la comunicación laboral y la comunicación personal que facilitan y hacen más llevaderos los tiempos de descanso del trabajador⁴⁷.

Por otra parte, es importante destacar que las nuevas tecnologías utilizadas en la empresa también han acrecentado la polémica sobre los límites que deben acompañar al ejercicio de las facultades de control, teniendo siempre presente dos importantes derechos de los trabajadores: el derecho a la intimidad y el derecho a las comunicaciones. Por lo tanto y ante la ausencia de una legislación clara sobre este tema, han sido, de nuevo, los tribunales los encargados de resolver cada acontecimiento concreto ateniéndose a las circunstancias precisas de cada caso en cuestión.

⁴⁷ ROIG BATALLA, A., GALA DURAN, C., MARTÍNEZ FONTS, D., MUÑOZ LORENTE, J., *El uso laboral y sindical del correo electrónico e internet en la empresa*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2007, pág. 179.

B. El control del uso indebido a Internet

Como hemos dicho anteriormente, la inserción de internet en las empresas ha supuesto un gran número de ventajas relacionadas generalmente con la productividad, pero a la vez ha planteado la cuestión sobre los límites a los que tiene que estar sujeto el empleador a la hora de controlar el uso por parte de sus trabajadores.

¿Puede prohibir el empleador de forma total el uso personal de internet en la empresa, o debe únicamente limitar el acceso a una serie de páginas determinadas? Asimismo y dependiendo del tipo de tolerancia que el empresario muestre acerca del uso personal de internet que efectúe el empleado, el control y la vigilancia empresarial sobre las visitas a los lugares web podrá estar o no justificada. De nuevo, este caso no se encuentra sujeto a ninguna legislación específica, aparte de la ya vista con anterioridad, por lo que los tribunales se han manifestado en diversas ocasiones acerca de esta cuestión.

Antes de profundizar en los pronunciamientos judiciales que han aceptado o no el control de las páginas de internet visitadas por el trabajador debemos tener en cuenta, como señala FONS, que en muchos casos la medida de control llevada a cabo por el empresario puede ser considerada previamente por los Tribunales como “prueba ilícita por vulneración de derechos fundamentales del trabajador”, la cual queda privada de efectos y no puede ser aceptada en ningún momento por los jueces y tribunales⁴⁸.

Son cuantiosas las sentencias de los tribunales que se han ido manifestando de forma sucesiva acerca de este tema a lo largo de los años, pero será posteriormente cuando dediquemos un epígrafe en exclusiva a la doctrina judicial más importante sobre el uso de las NTIC en la empresa.

A modo de ejemplo es explicativa y reciente la STS de 14 de enero de 2014⁴⁹, que

⁴⁸ Con la STC 114/1984 de 29 de noviembre (RTC 1984, 114), la cual resolvía acerca de las consecuencias de una grabación de una conversación telefónica, entró en el ordenamiento jurídico la prohibición de utilizar pruebas obtenidas vulnerando los derechos fundamentales del trabajador, lo que hoy se conoce como prueba ilícita.

⁴⁹ RJ 863/2014.

resuelve el caso de una trabajadora que fue despedida de la empresa donde trabajaba por hacer un uso indebido de los medios informáticos puestos a su disposición y en contra de las prohibiciones empresariales establecidas en un código de conducta. Dice la sentencia que “advirtiendo que la utilización del ordenador era para usos laborales y no personales, así como de la obligación legal de la empresa de registrar y almacenar un histórico de dos años de todas las sesiones de internet mantenidas por los usuarios, con toda la información de la sesión”. Dicha advertencia de control se les recordó a los trabajadores en diferentes ocasiones y como consecuencia de una auditoria se emitió un informe sobre las irregularidades detectadas en el uso de los ordenadores, el cual probaba que la trabajadora realizó durante la jornada de trabajo conexiones personales y privadas a internet. El Tribunal resuelve considerando el despido de la trabajadora como procedente.

De forma opuesta existe algún que otro caso donde al examinar la situación de un trabajador despedido por quedar justificado, mediante una auditoría, un número elevado de visitas desde el ordenador del empleado despedido durante la jornada de trabajo a páginas web (vídeos, anuncios, televisión, páginas lúdicas...) se ha considerado el despido como improcedente, razonando el tribunal que “no consta que, de acuerdo con las exigencias de la buena fe, la empresa hubiera establecido previamente algún tipo de reglas para el uso de dichos medios –con aplicación de prohibiciones absolutas o parciales- ni tampoco que se hubiera informado a los trabajadores de que se iba a proceder al control y de los medios a aplicar en orden a comprobar su correcto uso, así como las medidas a adoptar para garantizar la efectiva laboral del medio informático cuando fuere preciso” (FJ 4)⁵⁰.

Las dos sentencias evidencian que las diferencias en las resoluciones establecidas por los tribunales responden claramente a una diferencia en los hechos, a pesar de que ambos controles fueron realizados a través de una auditoría sobre todos los ordenadores de los empleados de la empresa y no sobre un único ordenador proporcionado a un trabajador. En el primer caso existía un manual de acogida para los empleados con información suficiente de las reglas de uso de los medios telemáticos puestos a disposición por la empresa, además el control realizado no era

⁵⁰ STS 932/2011 de 8 de marzo (RJ 2011, 932).

un control subrepticio, pues los trabajadores fueron advertidos de la posibilidad de que se llevara a cabo la vigilancia. Por el contrario, en el segundo caso no existía una guía que estableciese el uso del ordenador y de sus aplicaciones, ni tampoco una advertencia de control.

Por último, es importante destacar que –como ya se ha dicho en capítulos anteriores- los controles ocultos llevados a cabo sobre el uso de internet en la empresa únicamente podrán ser aceptados en aquellos casos en los que el carácter clandestino sea condición necesaria para lograr la efectividad de dicho control, además la medida de control oculto deberá estar plenamente justificada, tener una extensión temporal limitada y registrar únicamente la información estrictamente imprescindible⁵¹.

C. El control del correo electrónico

Las observaciones hechas con anterioridad sobre el uso y el control de la navegación por internet, son igualmente de aplicación en este caso, pues como ya sabemos corresponde a la empresa determinar en todo momento hasta qué punto pueden los trabajadores utilizar con fines particulares el acceso al correo electrónico que la organización pone a su disposición para el desarrollo de la actividad laboral. Además, lo que ahora debemos plantearnos es si al ser la cuenta de correo electrónico que utiliza el trabajador “propiedad empresarial” tal condición habilita al empresario para que pueda acceder cuando y como él quiera a los contenidos de los mensajes que emite o recibe el trabajador.

En primer lugar debemos establecer una clara distinción entre el correo personal y el correo profesional. ROIG argumenta que generalmente las fiscalizaciones deben ser realizadas sobre el correo profesional de los trabajadores, teniendo siempre en cuenta que dicha medida de control es proporcional y justificada. A pesar de que la fiscalización sobre el correo profesional sea la “regla general”, también pueden

⁵¹ ROIG BATALLA, A., GALA DURAN, C., MARTÍNEZ FONS, D., MUÑOZ LORENTE, J., *El uso laboral y sindical...*, op. cit., pág. 219.

llevarse a cabo, en algunos casos muy excepcionales, controles sobre el correo personal del trabajador (cuando hay sospechas de que existe competencia desleal, actividades inapropiadas...), siempre y cuando no exista una medida menos gravosa para cumplir la finalidad requerida y al margen de los efectos penales que puedan resultar de la aplicación de dicha medida de control⁵².

Como vemos, a pesar de que el correo profesional sea titularidad del empresario, esto no faculta al mismo para realizar una vigilancia absoluta e indiscriminada sobre el uso que hace el trabajador del correo, ya que, si así fuese, se entenderían vulnerados un conjunto de derechos fundamentales. Hasta ahora hemos visto que cuando el control es realizado de forma ilegítima se vulnera básicamente el derecho a la intimidad del trabajador (como es el caso de la vigilancia de la navegación por internet, o el caso de la implantación de sistemas de videovigilancia), pero en este caso se encuentra implicado principalmente el derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE), además del derecho a la libre comunicación entre personas y libertad de expresión (art. 20.1 d. CE). Será en el epígrafe siguiente donde estableceremos brevemente las diferencias básicas entre el derecho a la intimidad y el derecho al secreto de las comunicaciones afectadas por el uso de las nuevas tecnologías.

Tanto la doctrina científica como la doctrina judicial se muestran claramente discordantes sobre este tema. En la doctrina científica hay una enorme diversidad de posiciones, pues algunos autores consideran que el control del correo profesional está limitado por el derecho a las comunicaciones que únicamente permite realizar controles externos y bajo ningún concepto acceder al contenido de los mismos⁵³. Estos autores son los mismos que los que consideran totalmente inaccesible un control sobre el uso del correo personal. Otra parte de la doctrina se muestra un poco más tolerante, aceptando controles sobre el uso del correo profesional, siempre y

⁵² El que, para descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de otro, sin su consentimiento, se apodere de sus papeles, cartas, mensajes de correo electrónico o cualesquiera otros documentos o efectos personales o intercepte sus telecomunicaciones o utilice artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido o de la imagen, o de cualquier otra señal de comunicación, será castigado con las penas de prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses (art. 196.1 Código Penal).

⁵³ Se permite, por ejemplo, conocer el número de correos enviados o los destinatarios de los mismos pero no investigar acerca del contenido de las comunicaciones mantenidas en tales correos.

cuando dichos controles sean posteriores a una prohibición total por parte de la empresa del uso personal del correo, al no existir una “expectativa razonable de confidencialidad”. Estos autores también aprueban el control del correo personal siempre y cuando se tenga en cuenta el derecho al secreto de las comunicaciones⁵⁴.

En la doctrina judicial existe también una gran pluralidad de opiniones, aunque la mayor parte de las veces los tribunales se han guiado por la previa existencia o no de prohibición empresarial del uso personal del correo electrónico. Es de destacar que en algunos casos también se ha considerado que al tratarse el correo de un medio de comunicación de propiedad empresarial no será lógico mantener al empresario ajeno e indiferente a dichas comunicaciones, pues éste puede resultar perjudicado por la conducta del trabajador, entendiéndose en todo momento lícito llevar a cabo un control empresarial y exceptuando el caso en el que el empresario, tras fundadas sospechas de conductas irregulares, necesite una autorización judicial para acceder al correo por haber aceptado un uso personal del mismo⁵⁵.

Junto con el tema del acceso al correo electrónico por parte del empresario está también de actualidad el tema de las conexiones a múltiples “redes sociales” y “chats” desde el propio ordenador de empresa y dentro de la propia jornada de trabajo que realiza el trabajador. A modo de ejemplo, es ilustrativa la STSJ de La Rioja de 23 de mayo de 2011⁵⁶, donde se considera procedente el despido de una trabajadora la cual dedicaba una gran parte de su jornada a visitar páginas como “facebook”, llegándose a contabilizar al día más de 72 visitas que nada tenían que ver con su actividad laboral. Tras ser advertida en varias ocasiones para que cesara en su comportamiento, dado que dicho comportamiento suponía una lentitud en el acceso a aplicaciones corporativas, y haciendo caso omiso de las advertencias empresariales, fue despedida. Además el control y la prueba de estas visitas han sido obtenidas por la empresa a partir de un informe de navegación de la estación de trabajo perteneciente a la actora, siendo la medida de control justificada y proporcionada, sin vulnerar ningún

⁵⁴ DESDENTADO BONETE, A., MUÑOZ RUIZ, A. B., *Control informático, videovigilancia y protección de datos en el trabajo*, Lex Nova, Valladolid, 2012, pág. 186.

⁵⁵ STSJ Andalucía (Sevilla) 9-5-2003 (AS 2003, 2840).

⁵⁶ AS 175/2011.

derecho fundamental. Razona el Tribunal que “tal actuación de utilización indebida y abusiva de los medios tecnológicos de información y comunicación de la empresa para asuntos que nada tienen que ver con el desarrollo de sus funciones laborales, desarrollada por la actora de forma continuada dentro de su jornada laboral, constituye un incumplimiento grave y culpable de sus actividades laborales, que infringe las reglas de buena fe e incurre en un abuso de confianza” (FJ 8).

D. El derecho a la intimidad en la navegación por internet y el derecho a las comunicaciones en el correo electrónico

En este epígrafe veremos de forma breve y concisa la principal diferencia entre el derecho a la intimidad que ha regido en todos los medios de control explicados hasta ahora y el derecho a las comunicaciones que surge con la implantación de esta nueva tecnología que es el correo electrónico.

El control de la visita a determinadas páginas web realizada por el trabajador durante la jornada de trabajo o incluso la instalación de videocámaras sobre el centro de trabajo permite, en algunos casos, conocer de forma muy precisa todos los detalles relacionados con la vida íntima y privada del trabajador, vinculada claramente con el derecho a la intimidad.

Por el contrario, los correos electrónicos a pesar de que en algunos casos les sea aplicado el derecho a la intimidad, son comunicaciones que quedan incluidas la mayor parte de las veces dentro del precepto constitucional 18.3 CE⁵⁷. No obstante a lo contradictorio que resulta este tema destacaremos que de forma general el derecho a las comunicaciones se vulnera cuando se produce la intrusión de un tercero (en este caso el empresario) que accede al contenido del mensaje. El receptor del correo electrónico aunque publique el contenido del mensaje no vulnerará en ningún caso el

⁵⁷ A pesar de que este precepto garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial, se entiende que los avances tecnológicos de los últimos tiempos hacen necesario una comprensión más abierta y general del concepto de comunicación.

derecho al secreto de las comunicaciones, exceptuando el caso en que el contenido que difunda el receptor sea contenido privado e íntimo del emisor del correo, afectando así al derecho a la intimidad.

En el caso de que el empresario no acceda al contenido del mensaje y solamente realice un control externo y superficial (destinatarios, número de correos, extensión de los mismos, horas, fechas...) no vulnerará en ningún momento el derecho al secreto de las comunicaciones y además dicho control externo podrá permitir al empleador una adecuada fiscalización del uso de las nuevas tecnologías sin necesidad de adoptar la medida extrema y excepcional de controlar el contenido de la comunicación, que en muy pocos casos es lícita⁵⁸.

A pesar de lo expuesto, el derecho a las comunicaciones no es un derecho completamente estable y asegurado, pues existen comunicaciones que pueden quedar fuera o dentro del control empresarial dependiendo de diversos motivos, pero principalmente por la existencia de tolerancia o prohibición del uso personal. Así, en los casos donde exista una prohibición de uso personal del correo no habrá expectativa de confidencialidad –como ya hemos visto con anterioridad- y por lo tanto tampoco existirá una vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones. En los casos donde exista una aprobación de uso personal sí existirá una expectativa de confidencialidad y por tanto puede existir una vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones en el caso de que el empresario inspeccione el correo del trabajador, aunque en estos casos el empresario a pesar de aceptar un uso personal también puede marcar una serie de fronteras o límites para que dicho uso no sea excesivo o inapropiado. Existen, por último, casos donde no existe una prohibición absoluta ni un permiso absoluto acerca del uso que el empleado debe hacer del correo electrónico. Ante esta situación existirá una expectativa de confidencialidad, la cual no será tan extensa como en el caso de que el empresario otorgue permiso para llevar a cabo un uso personal del correo. En este caso si se quiere controlar el correo del trabajador (por irregularidades laborales, conductas ilícitas...) deberá necesitarse previamente una autorización judicial⁵⁹.

⁵⁸ FERNANDEZ VILLAZON, L. A., *Las facultades empresariales de control...*, op. cit., pág. 142.

⁵⁹ DESDENTADO BONETE, A., MUÑOZ RUIZ, A. B., *Control informático, videovigilancia...*, op.cit., pág.195.

E. Doctrina judicial más importante sobre el uso de las NTIC en la empresa

Los pronunciamientos judiciales sobre el tema de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación son, hasta la fecha, muy numerosos y variados. Como hemos podido ver a lo largo del último capítulo las manifestaciones hechas por los tribunales ordinarios han ido variando dependiendo de cada caso concreto, pero en estos últimos años, un cúmulo de recientes sentencias dictadas por el Tribunal Supremo han sentado un conjunto de criterios y pautas acerca de un tema tan controvertido como el que estamos tratando. A continuación nos centraremos en tres importantes sentencias de unificación de doctrina dictadas por el Tribunal Supremo.

La primera de ellas es la STS de 26 de septiembre de 2007⁶⁰, la cual trata el caso de una comprobación realizada en el ordenador de un directivo, debido a una serie de fallos del propio sistema informático, que pone de manifiesto que dichos fallos son consecuencia de la navegación por páginas poco seguras y comprometedoras de internet que nada tenían que ver con su actividad laboral. Asimismo, en la empresa existía una cierta tolerancia que permitía un uso personal del ordenador, siempre dentro de ciertos límites. No obstante, en primer lugar el Tribunal señala que “el control del uso del ordenador facilitado al trabajador por el empresario no se regula por el artículo 18 del Estatuto de los Trabajadores, sino por el artículo 20.3 del Estatuto de los Trabajadores”, pues según el Tribunal en ningún caso para practicar registros informáticos es necesario respetar las garantías que se establecen en el artículo 18 ET (protección del patrimonio empresarial, realizar el registro en tiempo y lugar...), ya que “con el ordenador se ejecuta la prestación de trabajo y, en consecuencia, el empresario puede verificar en él su correcto cumplimiento”. A continuación la resolución señala que es necesario establecer una prohibición expresa del uso personal, pues “de esta manera, si el medio se utiliza para usos privados en contra de estas prohibiciones y con conocimiento de los controles y medidas aplicables, no podrá entenderse que, al realizarse el control, se ha vulnerado una expectativa razonable de intimidad en los términos que establecen las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 25 de junio de 1997 (caso Halford) y 3 de abril de

⁶⁰ RJ 7514/2007.

2007 (caso Copland) para valorar la existencia de una lesión del artículo 8 del Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos”. Finalmente, debemos destacar que el Tribunal Supremo concede una especial importancia al establecimiento por parte de la empresa de una serie de pautas de uso y a un conjunto de advertencias de control y desestima así la prueba obtenida por la empresa a través de la auditoría ya que la medida adoptada por la empresa, sin advertencia explícita sobre el uso y el control del ordenador vulnera su derecho a la intimidad, además dice la sentencia “la actuación empresarial no se detiene en las tareas de detección y reparación (...) se siguió con el examen del ordenador para entrar y apoderarse de un archivo cuyo examen o control no puede considerarse que fuera necesario para realizar la reparación interesada”.

En un sentido muy semejante se ha pronunciado la STS de 8 de marzo de 2011⁶¹, sobre una auditoría realizada para revisar principalmente la seguridad de los sistemas y detectar posibles irregularidades en la utilización de los ordenadores por parte de los trabajadores, la cual pone de manifiesto que un determinado trabajador de la empresa invertía gran parte de su tiempo de trabajo en efectuar múltiples visitas a internet (vídeos, páginas de piratería informática, páginas de anuncios...). Asimismo, no consta que la empresa hubiese establecido ninguna pauta para el uso de los ordenadores ni tampoco ninguna advertencia de vigilancia para comprobar dicho uso. El Tribunal señala que a pesar de que el control haya sido realizado a través de una auditoría sobre los ordenadores de todos los empleados y no sobre un ordenador en particular (como en la STS de 26 de septiembre de 2007), en ningún momento “se hace referencia genéricamente a tiempos y páginas visitadas por el trabajador, sino también al dominio y contenido de las mismas” lo que supone una clara vulneración del derecho a la intimidad del trabajador despedido.

Como vemos, salvando las diferencias entre los dos casos, los razonamientos aplicados por ambas sentencias son muy similares, otorgando gran importancia a la existencia o no de reglas de uso y de advertencias de control.

Ulteriormente, en la STS de 6 de octubre de 2011⁶² se ha vuelto a unificar doctrina,

⁶¹ RJ 932/2011.

⁶² RJ 8876/2011.

amplificando así los criterios sentados por las sentencias mencionadas anteriormente. En este caso el Tribunal Supremo admite claramente las prohibiciones absolutas acerca del uso personal del ordenador en el trabajo, desechando así cualquier opción de tolerancia y acabando con toda expectativa razonable de intimidad, pues una vez aceptada la validez de la prohibición empresarial, dicha prohibición “lleva implícita la advertencia sobre la posible instalación de sistemas de control del uso del ordenador”.

Para finalizar, analizaremos una de las más importantes sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional en esta materia, la cual ha supuesto una gran controversia y ha generado múltiples debates. Se trata de la STC de 7 de octubre de 2013⁶³, donde una empresa de la industria química, tras razonadas sospechas de la existencia de anomalías y conductas irregulares por parte de un trabajador, entrega el ordenador de dicho trabajador ante notario para que se examine el contenido del mismo. La búsqueda en el ordenador del empleado hizo público que el trabajador había enviado de forma consciente información confidencial de su empresa a otra entidad mercantil y por tanto fue despedido por “transgresión de la buena fe”. A continuación el empleado despedido alegó una vulneración de su derecho fundamental a la intimidad y de su derecho al secreto de las comunicaciones, además declaró la inexistencia en la empresa de pautas o códigos de conducta acerca del uso personal que debía hacerse del correo electrónico. Si bien dichas pautas no existían, en el convenio colectivo de la industria química se recogía que “el correo electrónico es de uso exclusivamente profesional” llevando implícita la prohibición del uso del ordenador para fines personales. La existencia de una regulación de uso personal del correo en el convenio colectivo de aplicación y el deber del trabajador de conocer dicha regulación provoca una ausencia de cualquier “expectativa razonable de intimidad”. Además de la carencia de una expectativa de intimidad, el TC considera que “la conducta empresarial de fiscalización ha sido conforme a las exigencias del principio de proporcionalidad” y por lo tanto rechaza la existencia de una vulneración de los derechos fundamentales a la intimidad y al secreto de las comunicaciones, pues la medida de control aplicada fue indispensable para lograr despejar las fundadas sospechas.

⁶³ RTC 170/2013.

Conclusiones

Primera. El artículo 20.3 ET es una norma de la que se desprende mucha indeterminación y confusión a la hora de establecer el alcance del que dicho precepto dispone. En algunos casos se ha admitido que las facultades de control y vigilancia son absolutas, imponiéndose los intereses del empresario sobre los derechos de los trabajadores, pero por lo general esta perspectiva resulta inaceptable, pues el poder de control del que disfruta el empresario debe estar sujeto a dos límites totalmente firmes como son los derechos fundamentales de los trabajadores y las fortuitas expresiones de vida privada en el entorno organizacional.

Segunda. Las soluciones que se han logrado a lo largo de los años acerca de los casos planteados sobre los límites a los que debe estar sujeto el poder de control empresarial han sido claramente discordantes y contradictorias, dependiendo tal discordancia de las pequeñas e insignificantes variaciones en los hechos que han motivado los litigios. Estas variaciones en los hechos han sido sustanciales a la hora de explicar las resoluciones contrapuestas entre casos que a primera vista aparentaban ser idénticos.

Tercera. El conocido “principio de proporcionalidad” ha sido la pieza clave a la hora de razonar la decisión de legitimidad o ilegitimidad de un sistema de control. El referido principio será una condición necesaria aplicar para resolver un caso concreto, pues muestra como una determinada medida de control utilizada por el empresario cumple o no una serie de requisitos exigidos para ser considerada como lícita o ilícita.

Cuarta. Los controles ocultos deberán ser evitados en la medida de lo posible. Generalmente el empresario deberá informar y advertir al trabajador acerca de la realización del control y de la implantación de sistemas de vigilancia. Esta regla general cuenta con una clara excepción en el caso de que el control clandestino sea un requisito necesario para lograr la finalidad y la meta prevista, sobre todo en aquellos casos donde el trabajador sea conocedor de que está siendo controlado por el empresario y varíe significativamente su comportamiento y su conducta irregular.

Quinta. Los instrumentos de propiedad empresarial con los que se lleva a cabo la

prestación laboral pueden actuar en muchos casos como sistemas de control. Los teléfonos y los vehículos de empresa o incluso el ordenador en sí mismo han supuesto una asequible vía al empresario para controlar a sus empleados de una forma más disimulada. Asimismo, la aparición de las nuevas tecnologías de la información y comunicación han mejorado las formas de control a la vez que han posibilitado mayores exteriorizaciones de la vida privada en el lugar de trabajo, que en los casos en los que no son abusivas ni exageradas deberán ser respetadas.

Sexta. La fiscalización y el control de la navegación que realiza el trabajador por internet y la visita a determinados lugares web pueden afectar al derecho a la intimidad si se llevan a cabo de forma ilegítima. Deben prevalecer los controles externos (número de páginas visitadas, horas de las visitas, tiempos...) sobre los controles directos y de contenido, pues en el caso de que estos últimos tipos de controles sean realizados deberán quedar plenamente motivados.

Séptima. La fiscalización e intromisión en el correo electrónico profesional del trabajador puede dañar el derecho del secreto a las comunicaciones si se accede al contenido del mensaje por parte de un tercero ajeno al comunicado. La gravedad del acceso al contenido del correo dependerá claramente de la tolerancia mostrada por el empresario sobre el uso personal del correo electrónico que el empleado puede hacer. Sobre el correo electrónico personal del trabajador rige una prohibición parcial, pues en el caso de que el control sea justificado mediante una cuestión de proporcionalidad sí podrá permitirse.

Bibliografía

ALONSO OLEA, M., BARREIRO GONZÁLEZ, G., *El Estatuto de los Trabajadores. Texto, comentarios, jurisprudencia*, Civitas, Madrid, 1995 (4ª ed.).

DESDENTADO BONETE, A., MUÑOZ RUIZ, A. B., *Control informático, videovigilancia y protección de datos en el trabajo*, Lex Nova, Valladolid, 2012.

FERNANDEZ LOPEZ, M. F., “Nuevas tecnologías y control del empresario”, *Revista Chilena de Derecho Informático*, nº 7, 2005.

FERNANDEZ VILLAZÓN, L. A., *Las facultades empresariales de control de la actividad laboral*, Aranzadi, Navarra, 2003.

GARCÍA VIÑA, J., “Relaciones Laborales e Internet”, *Estudios Financieros. Revista de trabajo y Seguridad Social*, nº 23, 2001.

GOÑI SEÍN, J. L., *El respeto a la esfera privada del trabajador*, Civitas, Madrid, 1988.

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

MONTOYA MELGAR, A., “El poder de dirección del empresario en las estructuras empresariales complejas”, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, nº 84, 2004.

PEREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F., *Nuevas tecnologías y relación de trabajo*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1990.

REY GUANTER, S. “Relaciones laborales y nuevas tecnologías: reflexiones introductorias”, *Cuadernos de derecho judicial (Ejemplar dedicado a: Derecho social y nuevas tecnologías)*, nº 15, 2004.

ROIG BATALLA, A., GALA DURAN, C., MARTÍNEZ FONS, D., MUÑOZ LORENTE, J., *El uso laboral y sindical del correo electrónico e internet en la empresa*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2007.

SEMPERE NAVARRO, A.V., SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C., *Nuevas tecnologías y relaciones laborales*, Aranzadi, Pamplona, 2002.

- “El uso sindical del correo electrónico a la luz de la Sentencia 281/2005, de 7 de noviembre” *Aranzadi Social*, nº 17, 2006.
- “Control empresarial del correo electrónico y ordenadores”, *Revista Capital Humano*, nº 282, 2013.

Documentación en Internet

[1] AEPD. *Videovigilancia en el lugar de trabajo* [en línea]. [Consulta: 3 de mayo 2014]. Disponible en:

https://www.agpd.es/portalwebAGPD/canaldocumentacion/informes_juridicos/videovigilancia/common/pdfs/2001-0000_Videovigilancia-en-el-lugar-de-trabajo.pdf.

[2] GOMEZ CALLEJA, L., “El convenio colectivo puede amparar que la empresa revise el correo electrónico de los trabajadores”. *Descargas legales* [blog]. [Consulta: 3 de junio 2014]. Disponible en:

<http://descargalegal.blogs.lexnova.es/2013/10/09/el-convenio-colectivo-puede-amparar-que-la-empresa-revise-el-correo-electronico-de-los-trabajadores/>.

[3] EL PAÍS. *El 40% de las empresas monitorizan de alguna forma a sus trabajadores* [en línea]. [Consulta: 28 de mayo 2014]. Disponible en:

http://elpais.com/diario/2003/10/16/ciberpais/1066271726_850215.html

[4] Real Decreto 1620/2011, de 14 de noviembre, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar. [Internet] *Boletín Oficial del Estado*, 17 de noviembre de 2011, núm. 277, pp. 119046-119057 [Consulta: 26 de abril 2014]. Disponible en:

<http://www.boe.es/boe/dias/2011/11/17/pdfs/BOE-A-2011-17975.pdf>.

