



## **Universidad Internacional de La Rioja**

### **Máster en el ejercicio de la abogacía**

---

### **El Derecho Fundamental al secreto de las comunicaciones en el marco laboral y las nuevas tecnologías: alternativas y soluciones**

---

Trabajo fin de máster presentado por:

**Yolanda Isidro Díaz**

Titulación:

**Máster de Acceso de Acceso a la Abogacía**

Área jurídica:

**Derechos Fundamentales**

Director/a:

**María del Ángel Iglesias Vázquez**

Madrid, a 10-12-2017

Yolanda Isidro Díaz

<b>II. LISTA DE ABREVIATURAS .....</b>	<b>3</b>
<b>III. RESUMEN .....</b>	<b>4</b>
<b>IV. INTRODUCCIÓN .....</b>	<b>4</b>
<b>V. EL DERECHO FUNDAMENTAL AL SECRETO DE LAS COMUNICACIONES EN EL MARCO LABORAL A TRAVÉS DE LA JURISPRUDENCIA .....</b>	<b>5</b>
<b>V.1. Del proceso de configuración de derechos y libertades fundamentales .....</b>	<b>5</b>
V.1.1. Breve mención a los antecedentes históricos. Gestación del precepto actual .....	5
V.1.2. Los derechos de la personalidad en la Constitución Española: el artículo 18 de la Carta Magna.....	7
<b>V.2. Del Derecho Fundamental al Secreto de las Comunicaciones.....</b>	<b>11</b>
V.2.1. Titularidad del Derecho y contenido esencial .....	11
V.2.2. Configuración constitucional del derecho .....	13
<b>V.3. La influencia de las nuevas tecnologías en el derecho fundamental: el uso de emails en el centro de trabajo .....</b>	<b>17</b>
V.3.1. El impacto de las nuevas tecnologías en la relación laboral. Análisis de la problemática de intereses .....	17
V.3.2. El correo electrónico como expresión del art. 18.3 en el ámbito laboral. Consideraciones generales y regulación.....	19
V.3.3. De la facultad controladora del empleador en el ámbito laboral.....	23
V.3.3.1. <i>Valoración personal</i> .....	27
V.3.4. Consecuencias de la problemática de intereses. Convenios colectivos y de los Códigos de Buena Conducta de las empresas: una posible solución .....	28
V.3.4.1. <i>Los Convenios colectivos de empresa</i> .....	28
V.3.4.2. <i>Los Códigos de Conducta</i> .....	32
V.3.4.2.1 <i>Crítica personal</i> .....	33
<b>V.4. Tratamiento jurisprudencial y evolución .....</b>	<b>37</b>
V.4.1. Doctrina aplicada por el Tribunal Constitucional y Supremo. Algunas divergencias ..	37
V.4.1.1. <i>Critica personal</i> .....	45
V.4.2. Referencias al Derecho de la Unión Europea.....	47
V.4.3. Consideraciones y análisis tras la STEDH de 12 de enero de 2016 (caso Bărbulescu v. Rumanía). .....	49
<b>VI. CONCLUSIONES .....</b>	<b>51</b>
<b>VII. BIBLIOGRAFÍA .....</b>	<b>54</b>

## II. LISTA DE ABREVIATURAS

CE	Constitución Española
CP	Código Penal
ET	Estatuto del Trabajador
LO	Ley Orgánica
Op. cit	Obra citada
Pág.	Página
pp.	Páginas
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TIC	Tecnologías de la Información y de la Comunicación
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TFM	Trabajo de Fin de Máster
TC	Tribunal Constitucional
TS	Tribunal Supremo
TSJC	Tribunal Superior de Justicia de Cataluña
TSJM	Tribunal Superior de Justicia de Madrid
UE	Unión Europea
Vid.	<i>Videre</i> (ver)

### III. RESUMEN

Actualmente, el ordenamiento jurídico laboral en nuestro país se ha visto sometido a continuas y apresuradas reformas. Es un hecho constatado que el impacto de las nuevas tecnologías de la información no ha sido una cuestión ajena en el ámbito laboral, dando lugar a conflictos de intereses que dimanan precisamente del empleo de los recursos tecnológicos en el seno de las empresas cuando éstos se utilizan con fines no estrictamente laborales. Sumado a esto, se hallan las diferentes interpretaciones que vienen llevando a cabo tanto el Tribunal Constitucional como el Tribunal Supremo. Así, el presente trabajo examina como quedan configurados los derechos fundamentales de los trabajadores en el seno de la relación laboral, haciendo especial énfasis en los derechos que pueden colisionar, el de la privacidad, el derecho al secreto de las comunicaciones salvaguardado por la Constitución Española en virtud del artículo 18 de nuestra Carta Magna y el derecho y facultades de control y vigilancia por parte del empresario. Junto a esta problemática, nos encontramos con una imperiosa necesidad de regulación de la materia; cuestión que se antoja complicada y en la que la labor de los tribunales está dirimiendo según las circunstancias concurrentes en cada caso, la mayoría de los conflictos.

**Palabras clave:** **Facultades de control y vigilancia del empresario, Nuevas Tecnologías, Privacidad, Secreto de las comunicaciones.**

### IV. INTRODUCCIÓN

El objeto del presente trabajo es exponer los conflictos que surgen en relación con el empleo de las nuevas tecnológicas, en especial con la utilización del correo electrónico en el ámbito empresarial y las facultades de vigilancia y control por parte del empleador, a través de los diversos pronunciamientos dogmáticos y decisiones de los tribunales. Se examinará como quedan configurados los derechos fundamentales de los trabajadores en el seno de la relación laboral, haciendo hincapié en el derecho al secreto de las comunicaciones salvaguardado por la Constitución Española en virtud del art 18. 3.

Tras exponer la gestación del precepto, la titularidad y contenido actual del secreto de las comunicaciones constitucional, pasamos a estudiar la influencia de las nuevas tecnologías en el ámbito laboral y en particular el uso del correo electrónico con fines personales. Nos parece relevante al efecto la jurisprudencia que ha dirimido las colisiones entre los derechos

fundamentales al secreto de las comunicaciones y el del propio empleador respecto de la utilización de los medios técnicos que pone a disposición del trabajador para la realización de la tarea encomendada. Por ello, dedicamos un aparato especialmente dedicado al estudio de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo, poniendo de manifiesto ciertas divergencias que hemos hallado. Nos hemos permitido en este sentido realizar una crítica personal, sujeta obviamente a opiniones disidentes.

Asimismo, y dado el mandato contenido en el apartado segundo del artículo 10 de la Constitución Española (en adelante CE) traeremos a colación la jurisprudencia dimanante tanto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante TJUE) como del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH) es especial la sentencia recaída en el caso *Bărbulescu v. Rumanía* por considerar que goza de especial relevancia en este estudio.

Ante lo que consideramos vacío legal en sentido estricto nos ha parecido oportuno estudiar la regulación particular que algunas empresas han realizado a partir de la implantación de Códigos de Conducta o de Buenas Prácticas, ya que creemos constituye un método adecuado y efectivo de regular las posibles malas praxis en las empresas tanto por parte del empresario como del trabajador. Realmente aquél nos ha parecido la mayor dificultad a la hora de abordar debidamente la problemática del presente TFM.

Finalmente presentamos propuesta de solución a la que siguen las debidas Conclusiones que presentamos, no sólo a efectos de dar cumplimiento a los requerimientos formales de este tipo de trabajos, Trabajo de Fin de Máster (en adelante TFM) sino para resaltar las principales ideas extraídas tras el estudio objeto de esta problemática.

## **V. EL DERECHO FUNDAMENTAL AL SECRETO DE LAS COMUNICACIONES EN EL MARCO LABORAL A TRAVÉS DE LA JURISPRUDENCIA**

### **V.1. Del proceso de configuración de derechos y libertades fundamentales**

#### **V.1.1. Breve mención a los antecedentes históricos. Gestación del precepto actual**

Quizás nos sorprenda que el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, objeto de este TFM y su protección, sea uno de los derechos más antiguos codificados en los textos europeos de protección de los derechos fundamentales en Europa. En efecto, hallamos ya una

referencia al mismo en la época de la Revolución francesa, pues en virtud de un Decreto de la Asamblea Nacional ya comienza a establecerse la correspondencia como una cuestión de carácter inviolable<sup>1</sup>.

Con el constitucionalismo liberal español del Sigo XIX, que comienza con la Constitución de 1812 se empieza a interpretar el derecho a la correspondencia, en aras a una mayor defensa frente al poder, como un derecho oponible frente al Estado<sup>2</sup>. En relación con nuestras constituciones históricas, es transcendente comentar el art 7 de la Constitución de 1869<sup>3</sup> pues el mismo ya dispone que no existe supuesto en el que sea posible la apertura o interrupción por el propio gobierno de la correspondencia llevada a cabo mediante el correo o telégrafo. Además, establece una excepción a esta regla, posibilitando la intervención de los medios en aquellos casos en los que exista auto de juez competente y siempre que estuviera presente en el momento de revelación el propio acusado.

En esta misma línea, aunque de forma más breve, encontramos referencias a este derecho en la posterior constitución de 1876<sup>4</sup>. Su artículo 7 mucho más conciso que el anteriormente descrito establece que no será posible la interceptación ni la apertura de los mensajes transmitidos a través del correo.

Finalmente debemos remontarnos a la Constitución Republicana de 1931, en la que se recoge por primera vez el carácter inviolable de la correspondencia. En concreto en el art. 32 se disponía que la inviolabilidad de la correspondencia se constituía como merecedora de protección. No obstante, el propio precepto hacía de nuevo hincapié en que lo expuesto quedaba configurado de tal modo, siempre y cuando no existiera auto judicial que manifestara

---

<sup>1</sup> MARÍN ALONSO, I. 2004. La facultad fiscalizadora del empresario sobre el uso del correo electrónico en la empresa: su limitación en base al derecho fundamental al secreto de las comunicaciones. *Revista andaluza de trabajo y bienestar social*. N.º 75, pág. 97; ISSN 0213-0750; DANAN, Yves-Maxime, *Histoire postal et libertés publiques. Le droit de libre communication des idées et opinions pour voie de correspondance*, Reliure inconnue, París, 1965.

<sup>2</sup> Hablamos de una identificación de los derechos como “derechos de libertad” frente al Estado. Seguidamente de la Constitución de 1812 y en la misma línea de limitar el ejercicio de los poderes públicos, encontramos la constitución de 1837, 1869 y 1876. No obstante, de manera expresa tal derecho no quedó recogido hasta la Constitución de 1869, pues en virtud de su art. 7 quedaba establecido que no era posible la apertura ni la interceptación por autoridad competente de la comunicación llevada a cabo mediante el correo o telégrafo. No obstante, el propio precepto disponía una excepción a lo dispuesto, en el caso de existir auto del propio juez con competencia para ello.

<sup>3</sup> Disponible en: [http://www.congreso.es/docu/constituciones/1869/1869\\_cd.pdf](http://www.congreso.es/docu/constituciones/1869/1869_cd.pdf). Último acceso, 8 de diciembre de 2017.

<sup>4</sup> Disponible en: [http://www.congreso.es/constitucion/ficheros/historicas/cons\\_1876.pdf](http://www.congreso.es/constitucion/ficheros/historicas/cons_1876.pdf). Último acceso, 8 de diciembre de 2017.

lo contrario<sup>5</sup>. Se trata como vemos de un derecho de arraigada ordenación, y de carácter tradicional, fundamentalmente igual a nuestro actual art. 18.3, menos por el detalle de que no alude a medios de comunicación concretos y reconocidos de la época.

La Constitución Española de 1978 reconoce en su artículo 18.3 el derecho al secreto de las comunicaciones, al disponer que se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial, precepto que, iremos analizando más en profundidad a lo largo del trabajo, pero que como vemos conserva la naturaleza de las históricas constituciones.

#### V.1.2. Los derechos de la personalidad en la Constitución Española: el artículo 18 de la Carta Magna

Para una adecuada comprensión del contenido del derecho al secreto de las comunicaciones, parece necesario referirnos primero al artículo 18 en su conjunto pues engloba más de un derecho. Así, nos parece imprescindible distinguir cada uno de ellos pues aunque se refieran a los derechos de la personalidad, el primer apartado hace alusión al derecho a la intimidad, al honor y a la propia imagen, el segundo a la inviolabilidad del domicilio, mientras que su apartado tercero versa sobre el derecho al secreto de las comunicaciones dejando el cuarto la regulación por ley del uso de la informática para precisamente garantizar el derecho a la intimidad y el derecho al honor de las personas. De entre ellos, interesan por ahora especialmente el párrafo primero y tercero. Es manifiesta la relación entre ambos apartados, pues en último término el secreto al derecho de las comunicaciones persigue tutelar el intercambio de información interpersonal mediando distancia entre ellos, aproximándose en cierto modo a lo que constituiría una transmisión directa de información, salvaguardando ante todo la privacidad de la comunicación.

El primer apartado del art. 18 se caracteriza por su complejidad pues como establece el propio precepto, inicialmente tutela el derecho al honor, seguidamente el derecho a la intimidad y por último el derecho a la propia imagen.

El derecho al honor se alza como uno de los derechos tradicionales recogidos en nuestro ordenamiento. Esto ha hecho que haya sido objeto de interpretación por parte de los

---

<sup>5</sup> Disponible en: [http://www.congreso.es/docu/constituciones/1931/1931\\_cd.pdf](http://www.congreso.es/docu/constituciones/1931/1931_cd.pdf). Último acceso, 8 de diciembre de 2017.

Tribunales. En este sentido, el Tribunal Supremo (en adelante TS) diferencia entre un “ámbito estrictamente intimista”<sup>6</sup> relacionado con lo que uno opina de sí mismo y otro ámbito asociado con la estima social que de él tengan. En este sentido, también parece interesante apuntar que el propio Tribunal Constitucional (en adelante TC) ha reconocido este derecho a personas jurídicas privadas pues así lo manifiesta en su sentencia de 8 de junio de 1988<sup>7</sup>.

Por su parte, el derecho a la intimidad se relaciona con el ámbito más privado de los individuos; es en este sentido, la esfera que protegemos respecto de personas ajenas y que pretendemos de algún modo preservar oculta pues corresponde a nuestra privacidad<sup>8</sup> asociada con el propio art. 10.1 CE relativo a la dignidad y libre desarrollo de la personalidad. En este sentido el art 18 no preserva una intimidad concreta, sino la facultad de tener una “parcela” de índole privada, teniendo una capacidad de control en relación con la difusión de la información referente al mismo y a su familia<sup>9</sup>.

Este derecho a un entorno impenetrable de intimidad también se admite incluso de los individuos de carácter público. En esta línea el propio TC en su sentencia 134/1999 de 15 de julio dispone que un personaje público se constituye igualmente como un individuo susceptible de reclamar y de proteger su derecho al honor, a la intimidad o a la propia imagen respecto a juicios, críticas o informaciones de carácter perjudicial del art. 18 CE<sup>10</sup>.

Así pues, de esto se infiere que el hecho de que una persona tenga cierta transcendencia pública no es circunstancia que limite su derecho a la intimidad y al honor, disponiendo en todo momento de la misma eficacia que cualquier persona. Únicamente significa, que los personajes con notoriedad no podrán exigir el silencio respecto a cuestiones que los mismos hayan divulgado en el ejercicio de su cargo público, por ejemplo, sin perjuicio de que lo revelado no ampare la utilización de expresiones de carácter injuriosas.

Lo expuesto no nos debe hacer pensar que las únicas intromisiones a la intimidad derivan de abusos en la libertad de expresión, ya que el amparo del derecho se manifiesta como

<sup>6</sup> *Vid.* España. Tribunal Supremo Sentencia de 23 marzo 1987.

<sup>7</sup> España. Tribunal Constitucional (Sala Primera). Sentencia núm. 107/1988 de 8 junio. RTC 1988\107.

<sup>8</sup> *Vid.* España. Tribunal Constitucional. STC 151/1997 de 29 de septiembre.

<sup>9</sup> En este sentido, *vid.* España. Tribunal Constitucional Sentencia núm. 197/1991 de 15 octubre, pues como se dispone la intimidad es un derecho que alcanza también al núcleo familiar de la persona.

<sup>10</sup> *Vid.* España. Tribunal Constitucional (Sala primera) Sentencia núm. 134/1999 de 15 julio. RTC 1999\134.

indispensable en el seno de la relación laboral donde habrá que analizar las facultades de control del empresario, en aras a averiguar si se trata de una intromisión ilegítima y no justificada, o si por el contrario se trata de una actuación proporcionada e idónea para el fin perseguido.

Como puede apreciarse, estos tres derechos analizados podrán verse vulnerados de forma individual; no obstante, es muy común que también se vean afectados de manera conjunta pues como vemos están íntimamente relacionados. En relación con su desarrollo, esencialmente hay que acudir a la LO 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, la Intimidad y la Propia Imagen. Asimismo, resulta transcendente la LO 4/1997, de 4 de agosto, por la que se regula la utilización de videocámaras por las fuerzas y cuerpos de seguridad en lugares públicos<sup>11</sup>.

Es un hecho constatado que existe cierta confusión entre los derechos recogidos en el art 18 de la CE, en especial respecto del derecho al secreto de las comunicaciones y el derecho a la intimidad. Lo cierto es que el ya citado derecho a la intimidad disfruta de normativa de desarrollo<sup>12</sup>, en contraposición al derecho al secreto de las comunicaciones<sup>13</sup>. Esto, junto con el hecho de haber sido analizado por el TC en numerosas ocasiones, ha favorecido en cierto modo, que los Tribunales ordinarios hayan dirimido las controversias suscitadas en el ámbito laboral acudiendo a la doctrina ya establecida en relación con los derechos de la personalidad, y más en concreto respecto del derecho a la intimidad pues actúa también restringiendo en cierta medida el poder de dirección perteneciente al empresario.

En la línea comentada, encontramos resoluciones como la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia (en adelante. TSJ) de Andalucía de 25 de febrero de 2000, donde el propio Tribunal estima que la inspección llevada a cabo por la propia organización, asimismo como el hecho de hacer una copia de carpetas íntimas del trabajador dan lugar a una contravención de su

---

<sup>11</sup> Disponible en: [http://noticias.juridicas.com/base\\_datos/Admin/lo4-1997.html](http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/lo4-1997.html). Último acceso, 10 de diciembre de 2017.

<sup>12</sup> Cit., LO 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, la intimidad y la propia imagen.

<sup>13</sup> Respecto del cual el propio Tribunal en su sentencia de 7 de noviembre de 1997, llega a afirmar incluso con tintes de reproche que, “ha sido la Ley Orgánica 4/1998 de 25 de mayo, de reforma de la LECrim la que normativiza por primera vez las interceptaciones telefónicas, si bien lo realiza de forma incompleta, defraudando un tanto las expectativas forjadas ante el anunciado desarrollo legislativo de las previsiones contenidas en el artículo 55 de la CE (...). La orfandad reguladora de la Ley Procesal con anterioridad a la Ley Orgánica 4/1988 era casi absoluta”.

derecho a la intimidad, que se deduce del art. 4,2 e) ET y con carácter general del art. 10 de la CE<sup>14</sup>.

En relación con lo expuesto, es evidente que el derecho a la intimidad como derecho fundamental amparado constitucionalmente, abarca tanto la propia libertad inherente a la persona como la estimación de su personalidad; actuando sin lugar a dudas como garante del ejercicio de derechos y libertades.

En cualquier caso, el derecho a la intimidad y el secreto de las comunicaciones son conceptualmente distintos como ya antes apuntamos. Esta es una cuestión que parece tener clara el propio TC, pues el mismo ha manifestado el carácter autónomo del secreto de las comunicaciones. A pesar de ello, se encuentran sentencias, incluso alguna resolución puntual del TC que estima que el art 18.3 CE constituye una materia más del art 18.1 CE<sup>15</sup>.

A este respecto conviene precisar que el propio Tribunal Constitucional (en adelante, TC) se manifiesta más propenso a transigir actuaciones por terceras personas que puedan resultar invasivas en relación con los derechos dispuestos en el art 18.1, esto es, derecho a la intimidad, al honor y a la propia imagen mientras que para el derecho al secreto de las comunicaciones no tolera ningún tipo de injerencia ilegitima, ya que tal y como dispone el precepto se requiere de una previa autorización judicial<sup>16</sup>.

Es más, el derecho al secreto de las comunicaciones se caracteriza, a diferencia del derecho a la intimidad, por su carácter íntimamente formal. Así lo manifiesta el propio TC en la Sentencia 114/1984, de 29 de noviembre, cuando dispone que se observa ese carácter formal, pues el secreto se entiende de todo lo transmitido, sin tener en consideración el fondo del asunto, ni si se corresponde con su entorno más personal o profesional<sup>17</sup> encontrándonos ante una presunción *iuris et de iure* en el sentido de que es considerado como “secreto” todo lo comunicado.

---

<sup>14</sup> España. Tribunal Superior de Justicia de Andalucía [Internet]. Sentencia 25 de febrero de 2000 [consultado 15/11/2017]. Disponible en: <http://www.informatica-juridica.com/anexos/sentencia-del-tribunal-superior-de-justicia-de-andalucia-25-febrero-2000/>. Último acceso, 10 de diciembre de 2017.

<sup>15</sup> En este sentido, vid. España. Tribunal Constitucional. Sentencia 34/1996 de 11 de marzo de 1996.

<sup>16</sup> En este sentido resultan interesantes las Sentencias del Tribunal Constitucional 49/1999, del 5 de abril, en concreto en su F.J 4º y la más reciente 184/2003, del 23 de octubre, pues se las mismas se desprende que cualquier intromisión por parte del Estado relativa a los derechos fundamentales inherentes a los ciudadanos, necesita ineludiblemente de autorización legal.

<sup>17</sup> España. Tribunal Constitucional Sentencia 114/1984, de 29 de noviembre. (BOE núm. 305, de 21 de Abendua de 1984). Disponible en: <http://hj.tribunalconstitucional.es/eu/Resolucion>Show/367>. Último acceso, 8 de diciembre de 2017.

Un aspecto importante es el señalado por MARIN ALONSO respecto del uso de uno de los medios de comunicación, el del correo electrónico, considerando que en el seno de las relaciones laborales no ha gozado de la protección adecuada de conformidad con el texto constitucional, pues a su parecer en la utilización de dicho medio tecnológico en la propia empresa, se dan todos los elementos configuradores del derecho al secreto de comunicaciones<sup>18</sup>.

## V.2. Del Derecho Fundamental al Secreto de las Comunicaciones

### V.2.1. Titularidad del Derecho y contenido esencial

Cualquier estudio de un derecho fundamental ha de tener en consideración la cuestión de su titularidad, esto es, a quien o quienes se les reconoce constitucionalmente aquél.

En relación con el secreto de las comunicaciones, y considerándose éste como un derecho perteneciente al ámbito personal y más aún ligado a la propia dignidad humana, la titularidad ha de ser reconocida a todo individuo, sin poder ser limitado el mismo a los extranjeros, pues es un derecho susceptible de reconocimiento con independencia de la nacionalidad del sujeto. En este sentido, encontramos pues como titulares del derecho al secreto de las comunicaciones a los propios interviene<sup>19</sup>.

No obstante, se debe reflexionar en cuanto al hecho de si las personas jurídicas también son consideradas como titularidades de este derecho o si en su defecto no lo son. Si bien es verdad que es una cuestión que podría suscitar controversias, también es cierto que en relación con otros derechos relativos a la esfera íntima sí que se les ha considerado como titulares legítimos, caso del amparo al derecho de la inviolabilidad del domicilio. Recapacítense sobre los inconvenientes que provocaría a la propia actividad comercial la interceptación de sus comunicaciones de cualquier índole, por otra organización del mismo sector y competidora.

Pues bien, de cara a la realización de sus actividades, las empresas tienen la naturaleza requerida para poder ser titulares del derecho al secreto de las comunicaciones. Así es como lo ha entendido la jurisprudencia y doctrina al manifestar que efectivamente las personas

---

<sup>18</sup> MARÍN ALONSO, I. 2004. La facultad fiscalizadora del empresario sobre el uso del correo electrónico en la empresa: su limitación en base al derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, *op.cit.* Pág. 100. Disponible en:

<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo;jsessionid=BDBAAD4F1FC081D23CF2985925563EB0.dialnet01?codigo=1031863>. Último acceso, 8 de diciembre de 2017.

<sup>19</sup> Ello no impide que cuando nos encontremos ante circunstancias especiales (menores de edad, incapacitados) se tenga una consideración particular.

jurídicas son también merecedoras del respeto al secreto de las comunicaciones. Evidentemente, para llegar a esta conclusión ampliamente aceptada, se requiere de un análisis en sentido amplio, pues obviamente la persona jurídica como tal no es la que lleva a cabo la comunicación, sino que son las personas individualmente (físicas) las que verdaderamente ejecutan la misma<sup>20</sup>.

Como vemos, el hecho de reconocer a las personas jurídicas como titulares del derecho al secreto de las comunicaciones se consolida conforme a la aceptación de que las comunicaciones de la propia empresa llevadas a cabo por sus administradores o dirigentes son en representación de la misma. No obstante, debemos tener también presente que las personas físicas que participan en la comunicación gozan asimismo de esa titularidad y como tal tienen la posibilidad de instar el amparo del derecho vulnerado. Por ello no podemos descartar que se dé una concurrencia de titularidades.

En este sentido, si una empresa como persona jurídica se ve afectada por una interceptación de sus comunicaciones, como podría ser el caso de la apertura del correo electrónico, sin lugar a dudas está sufriendo una contravención en su derecho fundamental al secreto de las comunicaciones que podrá ser denunciado por los propios administradores aun en el caso de que no fueran los participantes de la comunicación, así como también por las personas físicas intervenientes en la comunicación aunque su contenido sea meramente profesional y por tanto vinculado con la persona jurídica.

Más problemático es, si también son titulares del derecho las personas jurídicas públicas. Hay que matizar, que no existe unanimidad al respecto y si bien es verdad que el fin último de los derechos fundamentales es la protección de las personas físicas frente al poder del Estado o frente a otras personas, también parece sensato usar el argumento empleado en el caso de las personas jurídico privadas<sup>21</sup>.

---

<sup>20</sup> En este sentido, vid España. Tribunal Constitucional. Sentencia núm. 64/1988 de 12 abril.

<sup>21</sup> DÍAZ REVORIO F.J. 2006. El derecho fundamental al secreto de las comunicaciones. Revista: *Derecho PUCP* [en línea], N.º 59. págs.161. [consulta: 11 de octubre de 2017]. ISSN: 0251-34202305-2546. Disponible en: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/3040/2887>. Último acceso, 10 de diciembre de 2017.

Relacionado con la cuestión del contenido esencial de este derecho y a fin de esclarecer las comunicaciones susceptibles de amparo, nos parece importante detenernos a analizarlo como derecho objeto de estudio. En este sentido, el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones abarca aquellas comunicaciones que reúnan una serie de características. En primer lugar, debe de tratarse de una comunicación que permita el flujo de información teniendo que haber por tanto un emisor y receptor. Esto pone de manifiesto que ha de llevarse a cabo a través de un medio de comunicación y que, además, los intervenientes han de tomar una postura activa en la misma, ya que no quedarán dentro del contenido del derecho aquellas comunicaciones sin una pertinente respuesta como puede ser el caso de la radio o televisión.

Otro inciso que conviene hacer es el de que, si bien el soporte técnico es necesario para que exista un secreto susceptible de protección y amparo, también se constituye como imprescindible el hecho de que medie una distancia entre los que realizan la comunicación ya que de no existir medio técnico alguno entre las partes nos encontramos ante una comunicación susceptible de ser escuchada o grabada por cualquier persona, no obstante persegurable de acuerdo con el derecho también protegido a la intimidad personal, familiar y a la propia imagen. A esto hay que añadir que otro requisito *sine qua non* es que la propia comunicación sea llevada a cabo a través de un canal de comunicación cerrado, esto es que no goce de divulgación, ni haya sido creado al efecto para ser publicada.

Por último, la comunicación ha de producirse de forma no pública, es decir, hablamos de comunicaciones de las que se infiere expresa o tácitamente que son privadas, y por tanto se encuentran caracterizadas por disponer de un contenido que excluye al resto de personas. Nótese, a este respecto, que este secreto que se predica de lo comunicado puede ser desvirtuado en los casos en los que los propios intervenientes así lo manifiesten y determinen, pues es el propio consentimiento de los intervenientes la circunstancia que exceptúa el secreto.

#### V.2.2. Configuración constitucional del derecho

Como derecho fundamental, el derecho al secreto de las comunicaciones viene reconocido de manera expresa en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 de diciembre de

1948 y en diversos tratados de carácter internacional como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 y el Convenio de Roma de 1950, entre otros<sup>22</sup>.

La Declaración Universal de Derechos Humanos<sup>23</sup> recoge en su art. 12 la prohibición de las intercepciones de manera inmotivada, pues el mismo dispone que ninguna persona podrá ser susceptible de intromisiones ilegítimas en su entorno familiar, íntimo, ni tampoco en lo referente a sus comunicaciones. Relativo solamente a la inviolabilidad de la correspondencia nos encontramos con el art 17 del Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos<sup>24</sup> pues el precepto dispone que ninguna persona deberá sufrir intromisiones de carácter ilegal o abusivo en su domicilio o comunicaciones.

En esta misma línea, el propio artículo 7 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión europea, recoge el derecho de toda persona al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y del secreto de las comunicaciones.

En nuestra Carta Magna, como ya se ha apuntado anteriormente, el citado derecho encuentra su reconocimiento, en el artículo 18 apartado tercero, pues el mismo dispone que quedarán salvaguardadas las comunicaciones, haciendo alusión a las que se realizan mediante postales o telefónicamente; eso sí excepto en los supuestos que exista autorización de autoridad competente que lo permita. No requiere puntualizar que la lista enumerada por esta disposición, tiene un carácter simplemente ilustrativo y no restrictivo, pues sería irracional y contradictorio con el fin de esta norma salvaguardar estos medios de comunicación, y no otros.

El propio TC viene manifestando de manera reiterada que el bien objeto de amparo es en esencia la libertad de las comunicaciones; derecho que puede verse vulnerado tanto en un sentido estricto - como puede ser en el caso de producirse una detención de los medios

---

<sup>22</sup> Es importante hacer mención que son tratados ratificados por España y por consiguiente con efectos jurídicos de acuerdo a lo dispuesto en art 10. 2 CE: “*Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España*”.

<sup>23</sup> Disponible en: <http://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/>. Último acceso, 8 de diciembre de 2017.

<sup>24</sup> Disponible en: <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CCPR.aspx>. Último acceso, 8 de diciembre de 2017.

técnicos usados- o bien por el mero conocimiento no de acuerdo a la ley de lo transmitido como puede ser el caso de abrir la correspondencia”<sup>25</sup>.

En este sentido, conviene hacer alusión a los elementos argumentados por el Tribunal: en relación con la comunicación predicada se viene sosteniendo que, además de constituir “secreto” lo comunicado entre emisor y receptor, también lo es el proceso comunicativo entendido como el mensaje llevado a cabo mediante cualquier medio tecnológico y asimismo, a distancia, a través de medios de comunicación cerrados. Nótese a este respecto, que, de no darse tales formalidades, no nos encontraríamos ante el derecho al secreto de las comunicaciones, sino que posiblemente tendríamos que irnos al art 18.1 referente al derecho a la intimidad.

Relativo al “secreto” y según lo dispuesto en el propio art 18.3 de la CE, el derecho en cuestión está revestido con un carácter íntimamente formal pues se refiere y ampara todo lo comunicado, sea cual sea la cuestión y corresponda o no a su entorno personal o familiar. Así lo predica el TC al establecer que existe una presunción *iuris et de iure* de que lo comunicado constituye secreto salvaguardando así un entorno íntimo de cara a posibles intromisiones por terceras personas.

Con esto insistimos en que la “comunicación” a la que alude el propio art 18.3 es examinada por los tribunales y por la propia doctrina de modo amplio, pues dentro de la misma queda amparado todo tipo de mecanismo por el que sea posible la transmisión de mensajes entre personas designadas a través de cualquiera herramienta tecnológica y cualquiera que sea el medio empleado para llevarlas a cabo.

Asimismo, de acuerdo con los principios derivados del art 3.1 del Código Civil <sup>26</sup> (en adelante, CC) parece que es necesario aumentar el abanico de tutela otorgado por el art. 18.3 de la CE a las comunicaciones realizadas vía correo electrónico. En este sentido, insiste el propio TC, requerido por la integración de las Tecnologías de la Información y la Comunicación (en adelante TIC) en todos los ámbitos sociales, que la revolución tecnológica

---

<sup>25</sup> España. Tribunal Constitucional (Segunda Sala) [Internet] Sentencia 114/1984, de 29 de noviembre. Disponible en: <http://hj.tribunalconstitucional.es/eu/Resolucion>Show/367>. Último acceso, 8 de diciembre de 2017.

<sup>26</sup> En este sentido el precepto estima que las disposiciones se entenderán de acuerdo con el discernimiento propio de las palabras y de conformidad con la realidad social del momento y su contexto. Esta interpretación atendiendo a la realidad social del momento obliga a entender el concepto de comunicación de manera extensiva, incorporando nuevos medios de comunicación del momento, como puede ser el correo electrónico.

que venimos experimentando en los últimos años hace que sea imprescindible concebir las “comunicaciones” de manera más amplia siendo entendible que el propio concepto alcance nuevos entornos tal y como se recoge del art. 18.3 CE<sup>27</sup>.

Actualmente queda constituido como un derecho merecedor de eficacia directa, pues además de servir frente a injerencias del propio Estado nos permite reivindicar el respeto de tal derecho frente a particulares, conformando un avance en lo que se viene denominando “ciudadanización” de la empresa<sup>28</sup>. En especial, la eficacia horizontal de la que estamos hablando en el seno de la empresa, teoría de la *drittewirkung*, pone de manifiesto la facultad que tienen los empleados de exigir frente a cualquier particular, como puede ser la figura del empresario, la salvaguarda de los derechos fundamentales que le corresponden por el mero hecho de ser ciudadano.

Esta es una cuestión que como veremos adquiere gran relevancia ya que esta eficacia de la que venimos hablando no solo se refiere a los derechos inherentes al trabajador y por consiguiente los propios de la relación laboral, sino que también alcanza a los derechos inespecíficos que como ciudadano también ostenta el trabajador, pues como bien sabemos, por el mero hecho de incorporarse a una empresa, no hay razón para verse comprometido a transigir restricciones en derechos fundamentales. En este sentido, el TC viene reiterando que si bien es verdad que las empresas no conforman una realidad aislada del resto de la sociedad, la facultad que se deriva del propio art. 38 de la CE tampoco permite que los trabajadores que se encuentran subordinados en la propia relación laboral tengan que verse afectados por restricciones o limitaciones en sus derechos fundamentales, pues tienen un valor transcendental en nuestro ordenamiento jurídico.<sup>29</sup>

Se ha venido manifestando que los principios configuradores del derecho al secreto de las comunicaciones convergen en ciertos medios de comunicación instalados y empleados a tal efecto en la empresa; cuestión que suscita el deber de salvaguardar tales sistemas

<sup>27</sup> España. Tribunal Constitucional. Sentencia 70/2002, de 3 de abril. Disponible en: <http://hj.tribunalconstitucional.es/ca/Resolucion>Show/4606>. Último acceso, 8 de diciembre de 2017.

<sup>28</sup> Entre otras, *vid* España. Tribunal Constitucional. Sentencia 2/1982, de 29 de enero, resolución que establece que no encontramos ante derechos que han de respetar no sólo los poderes públicos, sino también los ciudadanos, de acuerdo con los arts. 9 y 10 de la Norma Fundamental. Como vemos, un límite de cada derecho es respetar el derecho de los demás.

<sup>29</sup> Entre otras, *vid*, España. Tribunal Constitucional, Sentencia 88/1985, de 19 de julio (BOE núm. 194, de 14 de agosto de 1985). Disponible en: <http://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion>Show/468>. Último acceso, 8 de diciembre de 2017.

otorgándoles pues la requerida garantía en el seno de la relación laboral, siempre y cuando aseguren las exigencias dispuestas por el propio TC.

### **V.3. La influencia de las nuevas tecnologías en el derecho fundamental: el uso de emails en el centro de trabajo**

#### **V.3.1. El impacto de las nuevas tecnologías en la relación laboral. Análisis de la problemática de intereses**

El progreso de las nuevas tecnologías, en particular de los recursos informáticos está dando lugar a novedosas y trascendentales cuestiones de carácter jurídico puestas de relieve tanto por la doctrina como por la jurisprudencia y que iremos comentando a lo largo de este trabajo, en especial por la posible afectación al derecho a la intimidad y privacidad de las personas.

Es un hecho innegable la relevancia de los nuevos medios técnicos de comunicación en todos los ámbitos de la vida. Esta influencia de las nuevas tecnologías de la información y comunicación no es una cuestión ajena al ámbito del Derecho del Trabajo, habiendo revolucionado, sin lugar a dudas, el mercado laboral mediante procesos productivos mucho más eficientes e innovadores, requiriendo menos trabajadores en ciertas áreas de producción o servicios y en cualquier caso aumentando la eficacia de forma significativa.

Precisamente, como veremos, en el ámbito del derecho laboral cobra particular y peculiar importancia la entrada en escena de diferentes intereses y derechos susceptibles de reconocimiento, los del trabajador y los de la empresa. El correo electrónico, la intranet e internet son empleados por la generalidad de organizaciones pues permiten trabajar de manera más productiva y acometer las funciones laborales encomendadas de manera más eficaz, fin primordial vinculado a la eficiencia empresarial, por el cual, en ya la práctica totalidad de empresas es el propio empleador el que pone a disposición de sus empleados recursos tecnológicos e innovadores<sup>30</sup>.

---

<sup>30</sup> En este sentido, *vid* la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 4 de octubre de 2001, AS. 2001/3366. De los hechos probados (hecho probado 3º) se desprende que la propia empresa ofrece al trabajador una dirección de correo electrónico “personal”. No obstante, hay que puntualizar como se deduce de la propia resolución que “(...) el hecho de que sea una dirección personal no desquita que es un instrumento empresarial para que el trabajador desarrolle sus funciones dentro de la misma (...)”.

Pero también es una realidad constatable que los mencionados recursos también son medios de comunicación empleados para otros fines no laborales sean sociales o estrictamente personales durante la jornada laboral o como medio de comunicación de la persona con esferas distintas de las estrictamente laborales (familia o amistades). Así, la problemática se origina principalmente cuando tales medios tecnológicos son utilizados por el empleado para esos fines de carácter extra productivo, y ajenos al entorno organizacional y empresarial.

De entre ellos, como venimos apuntando, tanto el correo electrónico del centro de trabajo, como el uso de los ordenadores de la empresa para el acceso al correo electrónico (email) personal son los que han venido suscitando diferentes controversias de índole jurídico en relación con los fines para los que son utilizados teniendo en cuenta las posibles potestades de control y revisión de las que dispone el empresario a este respecto.

Parece posible argumentar en principio que no cabría considerar como ilegitimo el uso personal que hiciera el empleado siempre que no tuviera gran repercusión productiva ni económica para la empresa y siempre que fuera una actuación conforme a los principios de buena fe. De manera opuesta, en el caso de que tales conductas se tornaran en abusivas o incluso fraudulentas, nos situaríamos ante un posible incumplimiento del contrato con posibles consecuencias jurídicas. Ello requiere, como se revela de inmediato, una ponderación de las circunstancias concurrentes en cada uno de los supuestos a efectos de considerar su ajuste o no a derecho.

Precisamente y en relación a lo anterior, observamos que la mayoría de los problemas ocurren cuando el uso de los medios electrónicos excede de ese margen de credibilidad concedido por el propio empleador. A este respecto, se pronuncia el Estatuto del Trabajador (en adelante, ET), pues en su art. 54.2, considera como incumplimientos contractuales entre otros la transgresión de la buena fe contractual, así como el abuso de confianza en el desempeño del trabajo<sup>31</sup>.

---

<sup>31</sup> A este respecto, *vid* la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 19 de enero de 1999, RJ. 1989/5077, resolución que se pronuncia sobre lo que se entiende como transgresión de la buena fe contractual. En concreto alude a dicha transgresión como una acción contraria a los deberes de conducta del trabajador, debiendo guiar la relación laboral la buena fe contractual. Es más, el Tribunal entiende que para darse tal transgresión no es necesario que la empresa se vea inmersa en un menoscabo de carácter económico ni tampoco que la actuación por parte de trabajador sea de índole dolosa.

Parece pues necesario analizar en este momento la problemática de las TIC con el fin de esclarecer si los empleados disponen de potestad para el empleo de tales medios cuando consideren oportuno, o si verdaderamente el empresario está legitimado para imponer restricciones en su uso y sanciones al respecto.

Este escenario, como se puede vislumbrar, obliga a reconsiderar una cuestión que no es otra que el equilibrio entre uno de los derechos fundamentales contemplados en la Sección 1<sup>a</sup> Capítulo II, Título I de la CE y el derecho constitucional a la libertad de empresa consagrado en el art. 38 de la CE. de la que dispone el empleador, en especial la potestad de dirección y control del empresario relativo a la actividad laboral de los trabajadores.

Dicho en otros términos, nos situamos ante una problemática jurídica en la que se confrontan de alguna manera el derecho a la intimidad de los empleados con el poder de dirección y organización del empresario, todo ello de conformidad con ese principio de libertad de empresa que la CE reconoce.

Adelantemos, por ahora, que no encontramos disposiciones legislativas que regulen de manera pormenorizada esta problemática, aunque si algún convenio colectivo que ha recogido la cuestión de la utilización de las TIC<sup>32</sup>.

Por ello, como veremos más adelante, resulta fundamental recurrir a la jurisprudencia recaída al respecto y que han resuelto determinadas cuestiones jurídicas surgidas a respecto.

### V.3.2. El correo electrónico como expresión del art. 18.3 en el ámbito laboral. Consideraciones generales y regulación

---

<sup>32</sup> En este sentido, nos encontramos con el Convenio Colectivo de Telefónica España. En concreto su CAPÍTULO XVI en su art. 168, recoge la utilización del correo electrónico e internet: dispone que los trabajadores generalmente no tendrán a facultad de hacer uso del correo electrónico, ni internet para causas personales. En este sentido, la propia organización de conformidad con su poder de vigilancia y control, podrá inspeccionar los medios usados que se entregan al trabajador. No obstante, el propio convenio matiza, que tal control se llevará a cabo de acuerdo a las leyes y salvaguardando los derechos fundamentales de los empleados. *España, Ministerio de Empleo y Seguridad Social. Resolución de 28 de diciembre de 2015, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo de empresas vinculadas a Telefónica de España, SAU, Telefónica Móviles España, SAU y Telefónica Soluciones de Informática y Comunicaciones, SAU.* BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO jueves 21 de enero de 2016 Núm. 18. Disponible en: <https://www.boe.es/boe/dias/2016/01/21/pdfs/BOE-A-2016-541.pdf>. Último acceso, 8 de diciembre de 2017.

Para tratar la cuestión enunciada entendemos imprescindible delimitar conceptos, en particular el de “correo electrónico”. La Directiva 2002/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de julio de 2002 referente al Tratamiento de los Datos Personales y a la protección de la intimidad en el Sector de las Comunicaciones<sup>33</sup> establece en su art. 2.h) que el mismo comprende cualquier mensaje ya fuere a través de texto, voz o incluso mediante fotografías o ilustraciones que pudieran guardarse en la red o dispositivo del destinatario hasta que el mismo entrara a ver el contenido del propio mensaje. De esto se infiere, que el correo electrónico se caracteriza por ser un mensaje de carácter heterogéneo, pues alcanza desde mensajes de texto y de voz y sonido hasta imágenes.

En base a lo expuesto, podemos referirnos al correo electrónico como un acto de comunicación de carácter interpersonal y confidencial, pues se trata de mensajes de una persona a otra<sup>34</sup>, herramienta que resulta conflictiva en numerosas ocasiones pues además de ser un mecanismo útil para el desempeño de las tareas laborales, permite recopilar datos y servir como medio de comunicación en el ámbito personal. No en vano, el artículo 18.4 de la CE, dispone que la propia legislación regulará el empleo de los medios informáticos con el propósito de salvaguardar el honor, así como la intimidad de los propios ciudadanos.

En el desarrollo de este precepto el TC habla de un nuevo derecho fundamental que no es otro que el de la “libertad informática” como una exteriorización de las implicaciones que tiene el derecho a la intimidad personal dentro del seno de la relación laboral. Este nuevo concepto hace mención a los límites que el propio empleador tiene en relación con ese poder de dirección y control ya mencionado frente al derecho a la intimidad inherente al empleado. En este sentido resulta interesante la sentencia del TC 29/2000 de 30 de noviembre que se refiere a la libertad informática como un derecho fundamental a la protección de datos. La pertinente resolución manifiesta que el propio legislador estimó necesario asegurar un medio más específico e idóneo que el ya garantizado por el art 18.1. Como vemos, nos encontramos ante

---

<sup>33</sup> Unión Europea. Directiva 2002/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio de 2002, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas (Directiva sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas). DOUE» núm. 201, de 31 de julio de 2002, páginas 37 a 47.

<sup>34</sup> KAHALE CARRILLO, DJ. 2006. Las nuevas tecnologías en las relaciones laborales: ¿Avance o retroceso? *Revista de derecho* [en línea], Universidad del norte, nº. 25, págs. 289-307, [consulta: 10 de noviembre de 2017]. Disponible en: <http://biblioteca.unir.net/documento/las-nuevas-tecnologias-en-las-relaciones-laborales-avance-o-retroceso/FETCH-LOGICAL-d1121>

feaa25977afac8dcf5182e6ed9655ef0f6c371e7fa3a28ca16cde7d2c98269053. Último acceso, 8 de diciembre de 2017.

un derecho que tiene como fin último la protección de datos de carácter íntimo, garantizando un uso adecuado de tales datos personales e imposibilitando su tráfico de forma perjudicial y dañosa.<sup>35</sup>

En esta misma línea se pronuncia la resolución TC 202/1999 de 8 noviembre pues nos presenta la libertad informática como la facultad de disponer de los datos incluidos en el sistema informático, alcanzando entre otras cuestiones la negativa por parte del ciudadano a que concretos datos sean usados con un propósito diferente de aquel que acredito su obtención<sup>36</sup>. En el caso en concreto, la problemática jurídica surge a raíz de la realización por parte de la empresa de una carpeta informática denominada “absentismo con baja médica” sin la previa constatación del empresario.

Pues bien, se torna necesario examinar si la carpeta creada al efecto encaja dentro del art 18 CE, o si en su defecto contraviene la norma fundamental. Por su parte el Tribunal, en base a lo expuesto, estima que no puede considerarse que el fichero en cuestión haya sido creado con un interés general, lo que avalaría la autorización por ley sin ser necesario el expreso consentimiento del empleado. Como resultado considera la actuación del empleador como una decisión no adecuado ni proporcionado con su fin contraviniendo con ello el derecho a la intimidad del trabajador, así mismo como el derecho ya comentado a la libertad informática del titular de la información. (FJ °5)

En relación con lo reiterado por el TC parece que no hay duda sobre si el correo electrónico queda amparado por dicho precepto pues el mismo incorpora todos las características requeridas para entender que se da el derecho al secreto de las comunicaciones, pues a través de dicho medio de comunicación los mensajes son transmitidos a través de un soporte técnico, mediando distancia entre los intervenientes, y caracterizándose a su vez dicho canal por ser

---

<sup>35</sup> España. Tribunal Constitucional (Pleno) Sentencia núm. 292/2000 de 30 noviembre. RTC 2000/292.

Disponible en:

<http://bv.unir.net:2057/maf/app/document?tid=&docguid=Iba8e4580f54b11dba6f701000000000&base-guids=RTC\2000\292&fexid=flag-red-juris&fexid=flag-yellow-juris&fexid=flag-blue-juris&fexid=DO-ANA-25&fexid=DO-ANA-23&srguid=i0ad6adc50000015ff067ac032d302108&src=withinResuts&spos=3&epos=3>.

Último acceso, 8 de diciembre de 2017.

<sup>36</sup> España. Tribunal Constitucional (Pleno). Sentencia núm. 292/2000 de 30 noviembre. FJº: 2. En ese sentido *vid*, SSTS 254/1993: FJ 7º y 94/1998, FJ4º.

cerrado pues son necesarias actuaciones concretas para ser abierto el correo por parte del destinatario<sup>37</sup>.

No obstante, cabría preguntarse hasta qué punto se extiende el amparo otorgado por el art. 18.3 en los casos en los que se recurre al correo electrónico para comunicarse dentro de la empresa. En relación a lo expuesto, el TC viene reiterando que la comunicación practicada por los intervenientes puede quebrantarse por la percepción de manera física del soporte de la propia comunicación, así como por el mero conocimiento ilegal de la mensajería. En este sentido parece que el secreto a la comunicación entre los intervenientes no se acaba con la mera difusión del asunto, sino que asimismo se despliega a los mensajes guardados y recibidos por los interlocutores.

Esto genera una problemática, que no es otra que dilucidar si verdaderamente los mensajes que pueda guardar el propio empleado en la empresa como tales, quedan salvaguardados por el art 18. 3 de la CE, o si en su defecto pueden llegar a valorarse como efectos personales del propio trabajador, quedando por tanto encuadrado dentro de los registros permitidos por el art 18.1 y restringidos exclusivamente por la salvaguarda de la dignidad e intimidad del empleado.

A este respecto, MARIN ALONSO sostiene que, a su juicio, no habría razón por la cual se lleve a cabo una interpretación de carácter restrictiva en relación con el art 18.3 dentro de la empresa, cuestión, que nos lleva a apuntar que las comunicaciones de cualquier índole serían de carácter secreto para los no intervenientes en la misma<sup>38</sup>.

Por lo que se refiere a su regulación debemos mencionar las escasas referencias que respecto al mismo se contienen en el Código Penal (en adelante, CP), en concreto en el Título X referente a los Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, prevé una pena de prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses, para los supuestos en los que para revelar información íntima, sin la aprobación de los

---

<sup>37</sup> En relación con los requisitos necesarios para que nazca el derecho al secreto a las comunicaciones, *vid epígrafe 2.2.1* relativo a la configuración constitucional del derecho.

<sup>38</sup> MARIN ALONSO, I. 2004. La facultad fiscalizadora del empresario sobre el uso del correo electrónico en la empresa: su limitación en base al derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, *op. cit*, pág. 114.

intervinientes, el sujeto se apropiara de cualquier tipo de documento, tales como mensajes, correos electrónicos, imágenes”<sup>39</sup>.

Es así que en el ámbito laboral es donde se ha planteado el mayor número de litigios pues son numerosas las problemáticas que se plantean y sin embargo no encontramos como ya hemos comentado anteriormente disposiciones legales que de alguna manera recojan el uso del correo electrónico por parte de los trabajadores y las facultades de supervisión que tiene el empresario en relación con dicha utilización, cuestión, que como veremos no ha sido ajena a los tribunales pues son numerosas las sentencias del TC que se pronuncian en relación a ese difícil equilibrio entre los derechos fundamentales que entran en conflicto.

Sería factible creer que, al encontrarnos con derechos e intereses amparados por disposiciones de diferente rango -pues como sabemos el derecho al secreto de las comunicaciones viene dispuesto por ley orgánica y el poder de dirección del empresario por ley ordinaria - la problemática de intereses debería dirimirse dando preferencia a la disposición jerárquicamente superior.

No obstante, esta apreciación debe ser refutada seguidamente pues nos encontramos ante un complicado equilibrio de intereses, con rasgos complicados, no pudiéndose resolver a través de un método estricto. Es más, lo que se requiere es una solución equilibrada que permita ajustarse a las particularidades del caso en concreto.

#### V.3.3. De la facultad controladora del empleador en el ámbito laboral

Como ya hemos ido adelantando, el empleo de las TIC en el ámbito laboral trae consigo conflictos jurídicos entre empleados y empresarios. Las controversias que se suscitan al disponer los empresarios de un intenso poder a través de las herramientas de control ponen de manifiesto como veníamos apuntando anteriormente, la falta de ordenación *ad hoc* sobre la materia y al mismo tiempo una urgente necesidad de tratar y dar respuesta a dichas cuestiones. Ante esta situación debemos plantearnos si debe haber unos límites a esa potestad

---

<sup>39</sup> España. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Publicado en BOE núm. 281 de 24 de noviembre de 1995. Disponible en: [http://noticias.juridicas.com/base\\_datos/Penal/lo10-1995.l2t10.html#a197](http://noticias.juridicas.com/base_datos/Penal/lo10-1995.l2t10.html#a197). Último acceso, 8 de diciembre de 2017.

empresarial pues son conductas susceptibles de colisionar con derechos fundamentales, como sucede con el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones.

Mediante las nuevas tecnologías el empresario tiene la posibilidad de vigilar, no solo las tareas realizadas por el trabajador a nivel productivo sino también a nivel personal. Esto ha provocado que se llegue a hablar incluso del “trabajador transparente” en relación con esa posibilidad de vigilancia<sup>40</sup>.

Otra cuestión que nos parece indudable es la de que el ordenador se integra como un elemento perteneciente a la empresa y como tal dispuesto para el desenvolvimiento de las tareas del propio trabajador. De este modo, no se puede interpretar que el contenido de tal herramienta corresponda de manera clara y destacadamente al entorno privado del trabajador sino que se trata de un medio de marcada naturaleza profesional y que de manera ocasional puede albergar ingredientes relativos a la intimidad del trabajador<sup>41</sup>.

El poder de organización y control empresarial al que estamos haciendo alusión se deduce del principio de libertad de empresa amparado por la CE en su art. 38 en la Sección II del Capítulo II referente a los Derechos y deberes de los ciudadanos<sup>42</sup>.

El Estatuto de los Trabajadores (en adelante ET) en su art. 20.3 alude a esta capacidad de control y dirección de la actividad laboral de la que dispone el empresario. En concreto, el citado precepto dispone que el empleador tiene la facultad de practicar las decisiones que considere más convenientes para llevar a cabo la supervisión y control y algún modo constatar el adecuado cumplimiento del empleado de sus deberes profesionales, no obstante, siempre con el debido respeto a la dignidad de los propios trabajadores.

Puede, pues, el empresario, en aras al derecho constitucional que acabamos de mencionar, indagar sobre los fines para los que están siendo utilizados los medios tecnológicos, verificando los datos almacenados en el ordenador y su utilización en la red. Esto ha provocado que en los supuestos en los que el empresario observa una conducta del trabajador

---

<sup>40</sup> SEGOVIANO ASTABURUAGA, M.<sup>a</sup> L. 2004. El difícil equilibrio entre el poder de dirección del empresario y los derechos fundamentales de los trabajadores. *Revista jurídica de Castilla y León*. n.º 2. Febrero, pág. 149.

<sup>41</sup> BARROS GARCIA, M. 2004. Problemas derivados de la utilización del correo electrónico e internet en el ámbito laboral. *Actualidad Jurídica Uría & Menéndez*. N°8, pp. 53-54.

<sup>42</sup> Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación.

en el desempeño de sus funciones no acorde con los principios de buena fe, como puede ser el caso de la utilización del correo electrónico para un uso personal durante la jornada laboral, ostente la facultad de tomar decisiones al respecto e incluso despedirlo alegando abuso de la confianza, todo ello de conformidad con lo dispuesto en el art. 54.2 del ET.

En este mismo sentido se manifiesta el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (en adelante, TSJC) en la resolución 5 de julio de 2000 al entender como causa licita de despido la transgresión de la buena fe contractual e incumplimiento de órdenes tras la utilización de medios de la empresa con fines particulares durante la jornada laboral<sup>43</sup>. En concreto, en el Fundamento Jurídico (en adelante, FJ) nº5, el propio Tribunal entiende que el hecho de haber enviado correos de carácter obsceno empleando recursos que el empleador entrega al trabajador para la realización de labores meramente profesionales sí conforma una vulneración de la buena fe y un abuso de confianza, constituyendo de este modo una causa de rescisión del contrato tal y como se deriva de lo recogido en el artículo 54.2 b) y d) del ET. Además, esta resolución se ve reforzada de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 5 a) del ET, pues es un deber del empleado ejecutar los mandatos concretos de su puesto de trabajo, todo ello bajo los principios de la buena fe y la diligencia debida.

Como estamos viendo, la problemática más intensa ocurre cuando el empresario, en base a su poder de dirección, decide despedir al empleado alegando un uso inadecuado de los recursos tecnológicos. Algunos ejemplos de empresas que se han visto inmersas en procedimientos de despido son Especialidades Eléctricas, S.A., *Lucent Technologies Network Systems* España, S.A., y la Caixa<sup>44</sup>.

Pues bien, en relación con Especialidades Eléctrica, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, (en adelante TSJM) tuvo ocasión de pronunciarse considerando de improcedente el despido llevado a cabo por la empresa. Tal y como se desprende de la propia resolución, la empresa haciendo uso de su poder de control y supervisión decidió poner fin a la relación contractual estimando transgresión de la buena fe contractual y abuso de confianza pues alegaba que el trabajador había venido dedicando gran parte de su jornada de trabajo a

---

<sup>43</sup> España. Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala de lo Social). Sentencia núm. 5886/2000 de 5 julio. AS 2000\3452.

<sup>44</sup> Respectivamente Tribunal Superior de Justicia de Madrid, (Sala de lo Social, Sección2ª) Sentencia núm. 666/2003 de 23 julio; Sentencia núm. 721/1998 de 16 octubre de 16 de octubre y por último la Sentencia núm. 432/2003 de 13 mayo.

navegar de forma irregular por Internet, descargando y visualizando archivos ajenos a su cometido profesional y responsabilidades laborales.

No obstante, tal y como hemos adelantado, el propio Tribunal entendió que el mismo despido resultaba improcedente pues de las pruebas aportadas no podía deducirse tal conclusión, pues si bien era cierto que el trabajador se había estado conectando a dominios prohibidos por la empresa, era igualmente manifiesto que no figuraba que el mismo hubiese estado por un tiempo desmesurado, por lo que no podía entenderse que se tratara de una actuación de entidad suficiente como para entrañar una desobediencia grave. El propio Tribunal resuelve haciendo referencia a la doctrina del Tribunal Supremo (RJ 1991, 172) según la cual, para que la contravención dentro de la organización pueda ser catalogada como grave y consecuentemente implique despido, se torna imprescindible que constituya una desobediencia de índole trascendental y no justificada. De esto se infiere que un simple incumplimiento no puede desencadenar en la rescisión de la relación laboral<sup>45</sup>.

Esta situación descrita ha sido bastante habitual, es más, muchos juzgados de lo social estimaban estos despidos procedentes, pues en base a la teoría gradualista consideraban la conducta descrita como grave y de gran transcendencia.

No obstante, frente a estos asuntos, ya dijimos que el TC se manifiesta aparentemente en distinto sentido pues en la Sentencia 88/85 de 19 de Julio dispone que, si bien es cierto que las empresas no constituyen una realidad aislado de la sociedad, las facultades que se derivan del art. 38 CE tampoco legitiman al empresario a limitar o restringir de manera injustificada derechos fundamentales de los propios trabajadores, pues constituyen un eje fundamental en nuestro ordenamiento jurídico. De aquí se desprende que el contrato de trabajo no puede constituir un título de carácter legal a la hora de limitar derechos fundamentales que pertenecen al trabajador como mero ciudadano, no pudiendo ser despojado de tales derechos por incorporarse en el ámbito de una organización.

---

<sup>45</sup> España. Tribunal Superior de Justicia de Madrid, (Sala de lo Social, Sección 2ª) Sentencia núm. 666/2003 de 23 julio. JUR 2003\260414. FJ: 6º Disponible en: <http://bv.unir.net:2057/maf/app/document?tid=&docguid=Icf59da10fad211dbb8e701000000000&base-guids=JUR\2003\260414&fexid=flag-red-juris&fexid=flag-yellow-juris&fexid=flag-blue-juris&fexid=DO-ANA-25&fexid=DO-ANA-23&srguid=i0ad6adc60000015fd133e62692ced84b&src=withinResults&spos=7&epos=7>. Último acceso, 10 de diciembre de 2017.

### V.3.3.1. Valoración personal

Como vemos, la doctrina viene manteniendo una posición más garante entendiendo que el art 18 del ET regula una potestad de carácter extraordinaria, que nos encontramos ante un precepto que limita derechos fundamentales, no pudiendo recoger más cuestiones que las valoradas por el propio legislador<sup>46</sup>.

Desde esta visión habría que interpretar que los correos electrónicos se hallan amparados por lo dispuesto en el art 18. 3 de la CE y que por lo tanto solo sería posible acceder a los mismos con la previa autorización o motivación. En esta línea, el TC en la sentencia 86/1995 de 6 de junio entiende que el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones solo puede ser limitado mediante resolución judicial suficientemente motivada<sup>47</sup>.

De ser correcta esta postura, el empresario se vería impedido de toda facultad de supervisión al ser la única situación en la que cabe la posibilidad de intervenir las comunicaciones, siempre y cuando exista una previa autorización judicial, es en el ámbito penal. El empresario no tiene la facultad de fiscalizar las comunicaciones ya sean de carácter privado o profesional, pues el mismo no interviene como dialogador, considerándose el mismo como persona ajena cualificada para vulnerar el derecho al secreto de las comunicaciones<sup>48</sup>.

Estas observaciones confirman lo que adelantábamos arriba: que es precisamente en el seno de las relaciones laborales donde puede darse un mayor riesgo de contravención de los derechos fundamentales referentes al trabajador.

Lo que parece claro, por lo pronto, es que estos derechos que colisionan no son absolutos debiendo ser articulados en ciertos momentos y en especial en aquellas circunstancias en las que entran en conflicto con otros derechos también merecedores de protección. De ahí la afirmación antes realizada de la importancia de tener presentes todas las circunstancias presentes en el litigio determinado. Así lo ha entendido el TC disponiendo que la inclusión en el seno de la relación laboral articula tales derechos en lo exclusivamente necesario para el

<sup>46</sup> En concreto, el citado precepto dispone que únicamente será posible la ordenación de registros y supervisiones en relación con el empleado y sus efectos personales, cuando sea imprescindible para la defensa del patrimonio de la propia organización y del de los demás empleados. Para tal inspección habrá de salvaguardarse la dignidad e intimidad del empleado, y habrá de realizarse bajo la presencia de un representante legal, o en su defecto de otro trabajador de la organización, en los casos en los que fuera factible.

<sup>47</sup> España. Tribunal Constitucional (Sala Primera) Sentencia núm. 86/1995 de 6 junio. RTC 1995\86.

<sup>48</sup> MARIN ALONSO, I. 2004. La facultad fiscalizadora del empresario sobre el uso del correo electrónico en la empresa: su limitación en base al derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, *op. cit.*, pág. 91.

adecuado desarrollo de la laboral productiva; reflejo, a su vez, de derechos que han obtenido reconocimiento en la propia CE (arts. 38 y 33 CE)<sup>49</sup>. Es más, el propio Tribunal dispone, en aras a una necesaria adaptabilidad, que “manifestaciones del ejercicio de aquéllos que en otro contexto serían legítimas, no lo son cuando su ejercicio se valora en el marco de la relación laboral”<sup>50</sup>.

No nos encontramos ante un derecho fundamental absoluto ni del lado del trabajador ni del lado de la empresa, pues como bien establece el propio tribunal este puede ceder ante otros intereses, siempre y cuando, esa limitación en el derecho fundamental sea imprescindible y necesaria para obtener un fin legítimo. Como resultado, podemos apuntar que únicamente podrá restringirse la actuación de tales derechos en cuestiones precisas, y únicamente bajo los requisitos de que exista buena fe y se cumpla la premisa de la prohibición de la arbitrariedad.

Por su parte, el TC viene acudiendo al principio de proporcionalidad como parámetro para medir el nivel de constitucionalidad de las decisiones que conlleven limitación de derechos fundamentales susceptibles de protección. Pues bien, para que sea posible ese control de registro informático del empresario ante el trabajador, se requiere una triple condición, que no es otra que la idoneidad, necesidad y proporcionalidad. De esto se infiere que para que una medida sea catalogada de proporcional, ha de observarse si con dicha actuación se logra el fin por el que se aplica, si no se halla una medida menos gravosa y, por último, que de la medida en cuestión se desprendan en su generalidad beneficios para el interés colectivo.

Como se advierte, los propios Tribunales se enfrentan cada vez con mayor asiduidad a controversias en la que las propias normas son menos completas y precisas que las demandadas por el panorama social del momento.

#### V.3.4. Consecuencias de la problemática de intereses. Convenios colectivos y de los Códigos de Buena Conducta de las empresas: una posible solución

##### *V.3.4.1. Los Convenios colectivos de empresa*

El panorama social descrito provoca que exista en muchos ámbitos cierta inquietud pues es un hecho innegable que nuestro ordenamiento jurídico va a remolque de las cuestiones sociales que se procuran regular. En estos casos, en los que el propio legislador no dispone de una

---

<sup>49</sup> España. Tribunal Constitucional Sentencia 170/2013, de 7 de octubre [BOE n.º 267, de 7-XI-2013].

<sup>50</sup> En este sentido, *vid* Tribunal Constitucional Sentencia 126/2003, de 30 de junio, FJ 7.

solución concreta a una cuestión determinada, es precisamente cuando los agentes sociales han de intervenir intentando articular estas circunstancias a lo que van decretando sobre esta materia los tribunales.

Una de las formas más prácticas y útiles de regular esta cuestión del uso de los emails personales o del ordenador de la empresa en general para fines privados ha sido la que ha tenido lugar a través de los Convenios colectivos y de los Códigos de Buena Conducta de las empresas.

Como veremos, la negociación colectiva está jugando un papel característico en esta materia en base a la poca regulación existente *ad hoc*. El convenio colectivo se percibe como un medio útil de cara a la ordenación de las condiciones de la relación laboral encontrando su fundamento en la autonomía colectiva, que no es otra cosa que la capacidad que tienen los entes sociales de auto- organizarse con el fin de conseguir un equilibrio y unas condiciones laborales conformes a la realidad social del momento.

El propio art. 37.1 de la CE recoge este derecho a la negociación colectiva disponiendo que será la propia ley la que asegurará los pactos entre los representantes de los trabajadores y empresarios. De este modo, como puede vislumbrarse, el art. 37 protege cualquier negociación que tenga como fin la determinación de condiciones laborales. No obstante, la eficacia del mismo será de carácter normativo y general siempre y cuando se trate de un convenio ajustado a los términos del título III del ET. Como bien sabemos, en caso de no ajustarse a las disposiciones legales de la ET estaríamos ante un convenio extra estatutario, teniendo una eficacia limitada a los firmantes y representantes. Por lo expuesto, nosotros dedicaremos nuestros esfuerzos al convenio colectivo estatutario, pues es el que se caracteriza por su inmediatez, su carácter imperativo e indisponibilidad.

Pues bien, el progreso de las tecnologías ha dado lugar a que la propia negociación colectiva se encargue de cuestiones no vinculadas de manera directa con las condiciones laborales como podría ser la determinación de los emolumentos y pasar a abordar temas relacionados con el correcto uso que debe hacerse de los recursos tecnológicos que la empresa pone a disposición del empleado, y que sin lugar a dudas aumenta de manera notable el poder de vigilancia y sancionador del empresario.

En efecto, ciertos convenios colectivos han venido incluyendo normas en relación a las TIC en el seno de las relaciones laborales<sup>51</sup>. Así, por ejemplo, el Convenio Colectivo de Iberdrola, en concreto su art. 80, recoge como faltas graves -entre otras- llevar a cabo sin la correspondiente aprobación labores de índole personal durante la jornada de trabajo así como utilizar para sí mismo recursos de la empresa, incluso cuando esto sucediera fuera de su horario de trabajo. Además, cataloga como de falta muy grave la reincidencia dentro de un mismo trimestre<sup>52</sup>.

Otro ejemplo lo encontramos en el Convenio Colectivo de la empresa Repsol Petróleo, S. A<sup>53</sup>. Siguiendo una línea parecida, en su art. 79 relativo a las faltas, tipifica como conductas graves la realización sin la correspondiente aprobación, de labores de índole personal durante la jornada laboral, así como utilizar recursos de la propia organización para la realización de tales tareas. Igualmente, entiende que el hecho de reincidir dentro los doce meses siguientes, constituye falta muy grave.

Además, el Convenio colectivo de Repsol Butano extiende la apreciación de falta grave a los casos en los que el empleo de las herramientas tecnológicas de la empresa se lleva a cabo fuera de la jornada laboral. En este sentido, el art 54.2 d) menciona que se considerara falta grave llevar a cabo tareas de índole particular y el empleo de los recursos tecnológicos dispuestos por la empresa para alcanzar tal fin, incluso aunque ello ocurriese en horario no considerado laboral<sup>54</sup>

Como vemos, esta situación descrita hace que sea imprescindible el delimitar el papel que vienen jugando los convenios colectivos en relación con la posible limitación de derechos fundamentales inespecíficos del empleado dentro del ámbito empresarial. La ordenación de

---

<sup>51</sup> Ya citado anteriormente, el de Telefónica SAU. A este respecto también resulta trascendente el de Grandes Almacenes. No obstante, como se aprecia son ínfimos los casos en los que a través de la negociación colectiva se han abordado estas materias.

<sup>52</sup> Resolución de 26 de julio de 2017, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el VII Convenio colectivo de Iberdrola Grupo. Disponible en: <https://www.boe.es/boe/dias/2017/08/09/pdfs/BOE-A-2017-9532.pdf>. Último acceso, 8 de diciembre de 2017.

<sup>53</sup>Resolución de 26 de mayo de 2015, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el X Convenio colectivo de Repsol Petróleo, SA.

Disponible en: [https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-2015-6484](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2015-6484). Último acceso, 8 de diciembre de 2017.

<sup>54</sup> Resolución de 4 de agosto de 2016, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el XXV Convenio colectivo de Repsol Butano, SA.

Disponible en: [https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-2016-7973](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2016-7973). Último acceso, 8 de diciembre de 2017.

estas cuestiones de carácter novedoso por parte de los convenios implica, que pueda puedan verse afectados derechos del trabajador, como se da en los casos de la interceptación del correo electrónico de la empresa.

Conviene precisar a este respecto que en nuestro ordenamiento el empleado no tiene la potestad de negociación de los convenios colectivos amparados por el título III del ET, pues el mismo ostenta una posición de representado. En este sentido, la problemática reside en que nos encontramos ante “derechos de la personalidad”, que por su propia configuración corresponden al trabajador por el mero hecho de ser un ciudadano; y que por lo tanto hace que sean derechos en principio solamente renunciables por el propio titular.

Además y en relación con lo expuesto, parece acertado apuntar que si los representantes de los trabajadores tienen el deber inexcusable de respetar el contenido esencial de los derechos laborales propios del trabajador sin que el propio convenio pueda desvirtuar el derecho hasta hacerlo irreconocible, parece que con mayor motivo los derechos personalísimos deberían requerir un plus para renunciar a algún aspecto del derecho fundamental en cuestión. Precisamente, en este sentido se pronuncia MARIN ALONSO, pues a su juicio ese “plus” de exigibilidad no es otra cosa que el consentimiento por parte del trabajador, ya sea en reunión o no, y solo cuando la configuración del derecho concreto lo admite<sup>55</sup>.

Sin embargo, en relación con el derecho al secreto de las comunicaciones, como ya hemos tenido ocasión de apuntar en un epígrafe anterior, este está dotado de un carácter íntimamente formal, pues supone que todo lo comunicado es constitutivo de ser secreto estableciendo de este modo una presunción *iuris et de iure*. Esta presunción hace que, en estos casos, el propio asentimiento del empleado no sea relevante.

En base a esto, el convenio colectivo no tendría la facultad de transformar el derecho expuesto, que no es otro que el secreto a las comunicaciones, teniendo que ceñirse a reglamentar aquellas cuestiones que no vulnerasen el contenido esencial del mismo; no

---

<sup>55</sup> MARIN ALONSO, I. 2016. El papel del contrato de trabajo, el convenio colectivo y otros instrumentos de gestión empresarial en la regresión de la protección del derecho al secreto de las comunicaciones en la empresa en España. Revista Latinoamericana de Derecho Social. [en línea] Volumen 23, págs. 75.. ISSN: 1870-4670. Disponible en: [http://bv.unir.net:2091/science/article/pii/S1870467016300033?\\_rdoc=1&\\_fmt=high&\\_origin=gateway&\\_docanchor=&md5=b8429449ccfc9c30159a5f9aeaa92ffb&ccp=y](http://bv.unir.net:2091/science/article/pii/S1870467016300033?_rdoc=1&_fmt=high&_origin=gateway&_docanchor=&md5=b8429449ccfc9c30159a5f9aeaa92ffb&ccp=y). Último acceso, 5 de noviembre de 2017.

obstante, todo ello sin perjuicio de que el empresario pudiera disponer de diferentes herramientas de control y de su poder sancionador para aquellos casos en los que se apreciara un uso indebido y desproporcionado de los medios de comunicación puestos a disposición del trabajador.

A pesar de lo expuesto, una vez que analicemos de manera pormenorizada la doctrina jurisprudencial, veremos que todo esto es cuestionable pues recientes resoluciones del TC ponen en entredicho lo que venían sosteniendo hasta el momento, situando al correo electrónico fuera del amparo otorgado por el derecho al secreto de las comunicaciones. No obstante, volveremos a esta cuestión en epígrafes siguientes.

Aparte de su reglamentación a través de la negociación colectiva, es posible la confección de códigos de actuación referente al uso de las nuevas tecnologías. En otras circunstancias el empleador toma la decisión de confeccionar en provecho de sus facultades de control y supervisión, una serie de normas que deben cumplir los propios trabajadores.

El empresario como bien sabemos, dispone de una serie de facultades que se derivan del propio art 38 CE y que le otorgan un cierto poder de dirección de cara a la relación laboral. Pues bien, es importante mencionar que, junto con la facultad de supervisión a la que ya hemos hecho mención, se halla también el poder del empresario de ordenar o dar una serie de directrices de diferente índole, con el propósito de estructurar la empresa como considere oportuno. Dentro de este poder, ha obtenido importancia, especialmente, en el seno de las organizaciones de gran volumen, los llamados reglamentos internos de la empresa, los cuales, establecen directrices en relación con el apropiado empleo que se debe dar por parte de los empleados y representantes de estos, a los recursos electrónicos que se ponen a su disposición.

#### V.3.4.2. *Los Códigos de Conducta*

Los Códigos de Conducta, integradores de lo que se conoce como *soft law*, se van popularizando en las organizaciones empresariales, teniendo actualmente la generalidad de ellas manuales internos de esta índole.

Estos códigos pertenecen visiblemente a las facultades de dirección que ostenta el empresario ya que, como se desprende de lo expuesto, tienen como último término la ordenación del

adecuado empleo de los recursos patrimoniales de la propia organización, si bien es verdad que los mismos son denominados de diferentes formas ya sea reglamentos internos o protocolos; todos ellos tienen en común el hecho de ser disposiciones y directrices que se implantan en la organización sin tener en cuenta posibles acuerdos o negociaciones. Por tanto, no se corresponden en ningún caso con un concierto de voluntades entre empresario y trabajador.

En base a lo expuesto, podríamos decir que se trata de Manuales de Conducta Interna en el que las organizaciones fijan su política de la empresa dando lugar a lo que se conoce como una manifestación del ejercicio de la “autonomía de la voluntad”<sup>56</sup>. De esta forma, el empresario tiene la capacidad de establecer de manera concisa y clara las normas en relación al acceso a las nuevas tecnologías en el seno de la relación laboral disponiendo los pertinentes límites sobre el uso que pueden llevar de las TIC los trabajadores. Constituyen así, meras declaraciones derivadas de la facultad de dirección que ostenta el empresario, creando en cierto modo manifestaciones de índole discrecional.

Este carácter arbitrario hace que MARIN ALONSO considere estos manuales inapropiados para restringir o modificar el contenido esencial de los derechos expuestos<sup>57</sup>. En definitiva podríamos decir, que procurar transformar estos códigos con simples directrices en una herramienta para restringir derechos fundamentales inherentes al empleado implicaría otorgar al empresario la facultad de autorizar o no, de manera discrecional, la utilización de los derechos fundamentales en el seno de la relación laboral; cuestión que parece no resultar razonable.

#### V.3.4.2.1 Crítica personal

Muy brevemente y a modo de crítica personal digamos que, aunque lo dicho por la autora parezca evidente, la confección de este tipo de reglamentos de carácter interno supone algo efectivo para el propio empresario pues le permite, en caso de contravención de tales normas

<sup>56</sup> RUJAS GUILLERMO; VAL PABLO. Las nuevas tecnologías en el marco de las relaciones laborales. Cuadernos de energía, ISSN 1698-3009, N°. 6, 2004, pp. 37-41. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo;jsessionid=88F70C1D639CECD55AC7E7FBD73E3EE6.dialnet02?codigo=4727009>. Último acceso, 8 de diciembre de 2017.

<sup>57</sup> MARIN ALONSO, I. 2016. El papel del contrato de trabajo, el convenio colectivo y otros instrumentos de gestión empresarial en la regresión de la protección del derecho al secreto de las comunicaciones en la empresa en España, *op.cit.* pág. 72.

por parte de los trabajadores, hacer uso de sus potestades disciplinarias. Por ello, y para dar respuesta a las cuestiones que se suscitan en el seno de la compañía, parece lógico que los propios manuales, expusieran de manera expresa cuales son las herramientas tecnológicas que forman parte de los utensilios de trabajo del empleado, especificando, asimismo, el fin profesional que tienen asociadas. Ello también requeriría en aras a su efectividad y claridad respecto al empleado, una publicidad clara y manifiesta puesta a disposición del mismo.

Un claro ejemplo de lo expuesto, se halla en el Código Informático de Conducta de la empresa Cobra<sup>58</sup>. En concreto, encontramos un apartado dedicado en exclusiva al correo electrónico. El citado apartado viene a decir, que el Grupo Cobra es dueña de los recursos electrónicos, como el correo electrónico, disponiendo de la facultad de determinar el alcance de su empleo, todo ello de conformidad con lo dispuesto en el art. 5 del ET. Apunta también en la incidencia que están teniendo estas herramientas de índole tecnológica, habiéndose incrementado su uso en el propio grupo pues se estima que es un medio eficaz para la adecuada transmisión de mensajes, consiguiendo una administración más rápida. Finalmente matiza, que de acuerdo a todo lo expuesto, se debe hacer de tales recursos un uso exclusivamente profesional, inherente a los fines del Grupo Cobra.

Como vemos en primer lugar, hace hincapié en el hecho de que el correo electrónico constituye una herramienta de trabajo que, como tal, ha de ser utilizada exclusivamente con un fin profesional. Además, indica de manera precisa que se tratan de recursos tecnológicos de carácter no privativo pues se dispone que la dirección del correo electrónico que se da a cada trabajador, no es susceptible de estimarse como privativa, pues precisamente se adjudica a los mismos para la realización de tareas profesionales, siendo propiedad de la misma el Grupo Cobra. Como vemos, se trata de un código de conducta que, de manera clara especifica que los medios de la empresa son recursos de trabajo, destinados por tanto a fines exclusivamente profesionales.

Finalmente, además, y esto es importante, avisa de cara a posibles conflictos, que la organización dispone de un poder de vigilancia y control en relación con la utilización de los recursos tecnológicos, en especial del correo electrónico e internet. En concreto dispone que

---

<sup>58</sup> Disponible en: [http://www.grupocobra.com/CODIGO\\_DE\\_CONDUCTA\\_INFORMATICA\\_COBRA.pdf](http://www.grupocobra.com/CODIGO_DE_CONDUCTA_INFORMATICA_COBRA.pdf). Último acceso, 8 de diciembre de 2017.

el empleador se reserva la facultad de supervisar e interceptar a las direcciones de correo electrónico con el propósito de cerciorarse de que efectivamente se está haciendo un correcto empleo de los recursos tecnológicos y de la información facilitada.

Grupo Santander también cuenta con un Código General de conducta<sup>59</sup>. En concreto, dentro del Capítulo XII relativo a los Sistemas informáticos y tecnologías de la información, encontramos un epígrafe “normas del Manual de Conducta en el Uso de las Tecnologías de la Información y de la Comunicación” donde se hace alusión al empleo del correo electrónico dentro de la empresa. Exactamente, se dispone que, deberán ser respetadas las disposiciones referentes al empleo del correo electrónico, acceso a Internet u otros medios de índole parecido entregados al trabajador, sin ser factible un uso inapropiado de tales recursos. En este caso como podemos ver nos encontramos ante una cláusula bastante genérica, pues si bien es verdad que la misma hace referencia a la utilización de los medios tecnológicos disponiendo que ha de hacerse un uso adecuado de los mismos; por otro lado, no indica que es lo que hay que entender por uso adecuado o inadecuado; pudiendo generar a la larga problemas jurídicos.

Otro ejemplo de empresa que dispone de un código de conducta referente al uso de los medios tecnológicos es ScotiaBank. Resulta verdaderamente interesante, pues es bastante más permisiva en cuanto al uso de las herramientas de trabajo, y, además, a diferencia de Santander ofrece unas directrices más complejas y claras pues incluso pone ejemplos de lo que se entiende como un uso razonado de la tecnología. Comienza introduciendo *el Código de Conducta para el Uso de Internar y del Correo Electrónico* como un suplemento de obligado cumplimiento aplicable a todos los empleados y oficiales de la empresa a nivel global, facilitando de este modo, directrices concretas en relación con el correcto uso de las TIC.

Como empresa innovadora que es, proporciona a sus empleados multitud de recursos, si bien matiza que no tienen carácter privativo, pues dispone que sin tener en consideración el recurso tecnológico usado ni los servicios proporcionados, estos pertenecen al Grupo Scotiabank, siendo titulares de los mismos. Finalmente, incorpora una cláusula en la que matiza lo

---

<sup>59</sup> Disponible en: <https://www.santander.com/csgs/StaticBS?blobcol=urldata&blobheadername1=content-type&blobheadername2=Content-Disposition&blobheadername3=appID&blobheadervalue1=application%2Fpdf&blobheadervalue2=inline%3Bfilename%3D837%5C944%5CC%C3%B3digo+General+de+Conducta.pdf&blobheadervalue3=santander.wc.CFWCSancomQP01&blobkey=id&blobtable=MungoBlobs&blobwhere=1278708790053&ssbinary=true>. Último acceso, 9 de diciembre de 2017.

expuesto, pues dice que en supuestos prudenciales es factible la utilización de los medios tecnológicos para un uso de índole personal; no obstante, reitera de nuevo que estos medios se entregan para permitir al empleado realizar labores en nombre de la empresa.

Atendiendo a lo dispuesto, parece que en ciertas ocasiones de manera razonable sí que se permite el empleo de los medios tecnológicos con un carácter personal. Pues bien, en relación con lo que se entiende por uso personal razonable ocasional, el propio código proporciona ciertos ejemplos con el fin de dar directrices y facilitar posibles conflictos. En este sentido, dice que se incluyen como ejemplos de uso personal razonable u ocasional, entre otros: el uso, aunque sea por poco tiempo del email u otra clase de plataforma social de carácter personal, entrar de forma usual a cuentas suyas personales, como podría ser la bancaria; navegar por internet buscando cosas de su propio interés, o incluso llevar a cabo compras online<sup>60</sup>.

Como se puede vislumbrar, resulta recomendado advertir a los propios trabajadores de la potestad que ostenta el empresario en relación con la vigilancia y supervisión de los medios utilizados por los mismos. Es más, con el objeto de que sea viable un moderado control y vigilancia por parte del empresario, los trabajadores tendrían que saber con anterioridad las circunstancias y limitaciones que disponen en relación con el uso de los recursos tecnológicos.

Además, la reglamentación debería caracterizarse por su concisión y claridad, debiendo contar a su vez con un buen mecanismo de divulgación que permita el conocimiento de tales normas por parte de los trabajadores, e incluso de las posibles futuras variaciones de la normativa.

Únicamente bajo estas premisas, el incumplimiento de la reglamentación puede facultar al empresario a emplear su poder disciplinario. De esta forma puede ocurrir que el empleado que no actúe con el debido respeto a ese código de actuación se vea inmerso en represalias y consecuencias pues además de no actuar conforme a los principios de la buena fe contractual incurría en una infracción a los mandatos explícitos del empresario.

---

<sup>60</sup> Código de Conducta para el uso de internet y del Correo Electrónico. Disponible en: [http://scotiabankfiles.azureedge.net/scotiabank-uruguay/pdf/acerca\\_de/codigo\\_conducta\\_para\\_el\\_uso\\_de\\_internet\\_correo\\_electronico.pdf](http://scotiabankfiles.azureedge.net/scotiabank-uruguay/pdf/acerca_de/codigo_conducta_para_el_uso_de_internet_correo_electronico.pdf). Último acceso, 10 de diciembre de 2017.

No obstante, esta regulación de manera unilateral por parte de la organización deberá estar sujeta a los principios de buena fe contractual, pues de la misma forma que no se refuta el derecho a la libertad de empresa derivado de la constitución; tampoco el mencionado derecho puede obstaculizar el correcto ejercicio de los derechos fundamentales del empleado susceptibles de protección.

La relevancia y esta buena práctica, ha sido incluso objeto de comentario por los propios tribunales que entienden que “todo uso de la red de la compañía, y sus medios informáticos, incluidos los accesos a Internet para asuntos que no sean de negocios, debe cumplir el Código de Conducta de ética Profesional de la Compañía”<sup>61</sup>.

Ya para concluir, parece interesante poner de manifiesto que la Comisión Europea, en aras a esta compleja problemática, encomendó en el año 2003 a un conjunto de especialistas en la materia, el estudio en relación con el empleo y la supervisión del correo electrónico en el seno de las organizaciones.<sup>62</sup>

Entre sus consejos se insiste en la necesidad de suministrar a los trabajadores dos cuentas diferentes, de cara a que pueden efectuar un doble uso: profesional y personal, pudiendo ser supervisada esta última solo en casos excepcionales con la finalidad de impedir extralimitaciones. No obstante, en la actualidad esta recomendación no ha tenido mucha aceptación en España, pues son muy pocas las organizaciones que verdaderamente han llevado a cabo la misma.

#### V.4. Tratamiento jurisprudencial y evolución

##### V.4.1. Doctrina aplicada por el Tribunal Constitucional y Supremo. Algunas divergencias

El poder de control y dirección del empleador, en virtud del art. 38 de la CE, se basa en una diversidad de potestades que encuentran su reconocimiento en diferentes disposiciones del ET, ya mencionadas con anterioridad, caso del art 20. 3 del ET y el art 18 ET referente a la posibilidad del empresario de revisar taquillas y efectos del empleado.

---

<sup>61</sup> España. Tribunal Superior de Justicia de Madrid, (Sala de lo Social, Sección2<sup>a</sup>) Sentencia núm. 432/2003 de 13 mayo. AS 2003\3649, FJ: 3º.

<sup>62</sup> RUJAS GUILLERMO; VAL PABLO. OP. CIT, pág. 41. Disponible en:  
<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo;jsessionid=88F70C1D639CECD55AC7E7FBD73E3EE6.dialnet02?codigo=4727009>. Último acceso, 8 de diciembre de 2017.

Esta facultad por parte del empresario ha sido objeto de análisis por parte de los Tribunales especialmente cuando entraban en conflicto con otros derechos fundamentales, como es el caso del derecho al secreto de las comunicaciones. En el momento que el propio poder legislativo no muestra una solución concreta a una cuestión determinada, es precisamente cuando la labor de los jueces, se torna en una labor *cuasi legislativa*.

No obstante, como se irá viendo, la doctrina jurisprudencial no se ha mostrado siempre coincidente, dando lugar a diferentes resoluciones y controversias en relación con la materia.

Pues bien, constituye un hecho indiscutible la destacada discrepancia entre la doctrina del TC y TS en lo relacionado con el uso de los medios tecnológicos en el seno de la relación laboral; circunstancia que como veremos ha dado lugar a situaciones algo difusas.

En esta materia, el TC ha venido reiterándose en sus resoluciones como un verdadero interprete de la Constitución, pues como ya hemos tenido ocasión de comentar ha entendido el término “comunicación” de manera amplia, pues dispone que el mismo no se refiere únicamente a las comunicaciones postales, telegráficas o telefónicas (art 18.3 CE) sino que también abarca otro tipo de comunicaciones como las que pudieran derivarse de acuerdo con el progreso de las tecnologías del momento. Asimismo, considera que el respeto a las comunicaciones se predica de aquella información que se transmite mediante soporte técnico, a través de un canal de comunicación cerrada, y siempre que se trate de una transmisión que se produzca en la distancia. En relación con esta cuestión, reseñar que no se entiende que las ondas radiofónicas constituyan un canal cerrado de comunicación.

Respecto del “secreto” que se predica de todo lo comunicado, tiene un carácter *erga omnes*, lo que le permite constituirse como un derecho oponible frente a todo aquel que no intervenga en la propia comunicación. Además, su naturaleza inminentemente formal, le dota de una gran seguridad jurídica de cara a su práctica. No en vano, se enmarca dentro de la sección I del capítulo II del título I de la CE, lo que le otorga como bien sabemos una representativa tutela en relación con posibles intromisiones a dicho derecho.

Un ejemplo de estas exigencias puede hallarse en la Sentencia del TC 114/1984 de 29 de noviembre: respecto de las cuestiones que venimos apuntando, es especialmente importante el Fundamento Jurídico 7º, pues enmarca el derecho al secreto de las comunicaciones, señalando sus notas características y distintivas. En este sentido, entiende que el citado

derecho salvaguarda la libertad de las comunicaciones de forma implícita, y asimismo expresamente consagra su secreto, no permitiendo la interceptación de las comunicaciones de manera ilegítima.

Además, preceptúa, que si bien es verdad que el bien jurídicamente protegido es la libertad de las comunicaciones; advierte que dicho derecho puede ser vulnerado tanto por una interceptación estricta como por el simple conocimiento. Ya para finalizar, dispone que nos encontramos ante un derecho que protege además del contenido del mensaje, otra serie de características como puede ser la identidad de los intervenientes.

No obstante, los tribunales ordinarios como ya hemos advertido, han venido despuntándose de estas exigencias, y aceptando otros criterios<sup>63</sup> no expresados por el propio TC, en los supuestos en los que se encontraban con la problemática del derecho al secreto de las comunicaciones en el entorno empresarial.

En primer lugar, conviene precisar que el TS ha venido mostrándose mucho más tolerante en relación con un uso privativo de los medios puestos a disposición del empleado, pero al mismo tiempo esa realidad ha facultado al empresario a llevar a cabo un cierto control, siempre y cuando esta vigilancia se hiciera de manera proporcionada, y exclusivamente en los casos en los que el propio trabajador conociera la normativa de la empresa en relación con dicha cuestión. En esta línea se pronuncia la Sentencia del TS de 26 septiembre de 2007 pues estima que ha habido vulneración del derecho a la intimidad por no existir una prohibición absoluta y válida ni advertencia de control sobre el uso del ordenador para fines personales<sup>64</sup>. Como se observa, adquiere importancia en el fallo de la resolución, el hecho de si el trabajador había sido advertido previamente en relación con el poder de control del empresario.

Además, tal y como se advirtió cuando hablábamos de los derechos de la personalidad<sup>65</sup>, en muchas situaciones el TS cuando ha tenido que pronunciarse y dirimir cuestiones de esta índole recurrió a la doctrina del TC sobre el derecho a la intimidad, en lugar de analizar la posible contravención del derecho al secreto de las comunicaciones. Así pues, omitía la

---

<sup>63</sup> Se hace alusión a criterios como el previo aviso al empleado del control, delimitación del medio de supervisión, etc.

<sup>64</sup> España. Tribunal Supremo (Sala de lo Social, Sección 1<sup>a</sup>). Sentencia de 26 septiembre 2007. RJ 2007\7514.

<sup>65</sup>Véase epígrafe, 4.1.2 relativo a los derechos de la personalidad en la Constitución Española: el artículo 18 de la Carta Magna.

diferente configuración de ambos derechos a pesar de pertenecer junto con otros más a los denominados “derechos de la personalidad”.

Constituye un punto de inflexión en la doctrina aplicada por el TC la sentencia 241/2012 de 17 de diciembre, pues por sorprendente que parezca en base a lo expuesto hasta el momento, el Tribunal aparta del contenido de la “comunicación” amparada por el art 18.3 los mensajes electrónicos, entre los que se encuentra el correo electrónico, considerado hasta el momento como mensajes susceptibles de protección. Incluso por inverosímil que resulte, parece manifestarse como más respetuoso con la salvaguarda del derecho al secreto de las comunicaciones en la esfera laboral.

Al respecto, merece la pena detenernos en las cuestiones analizadas por el Tribunal, pues como hemos adelantado y por paradójico que resulte, resuelve en contra de lo manifestado en resoluciones precedentes. Pues bien, el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones es analizado en el seno de la relación laboral, a raíz del acceso a unos ficheros informáticos de los trabajadores por parte del empresario, donde habían quedado registradas comunicaciones de índole personal mediante un programa de mensajería que se encontraba en los ordenadores de la propia empresa. Ante este panorama, el Tribunal termina considerando que no existe contravención del derecho pues considera que las conversaciones se han llevado a cabo a través de un canal abierto, no pudiendo al efecto existir una expectativa razonable de confidencialidad pues se trataba de un programa accesible a todo el mundo del entorno organizacional<sup>66</sup>.

Para llegar a esta resolución, el Tribunal no solamente se apoya en las probabilidades o riesgos encontrados a la hora de poder ser interceptada la comunicación, sino que, además, y de manera preponderante, refuerza las potestades organizativas del empresario basándose en la presencia de reglamentación que faculte el poder de dirección y supervisión de los medios, así como que disponga represalias disciplinarias para los supuestos de uso desproporcionado y abusivo de los recursos dispuestos. Este panorama por parte del tribunal, posibilita hablar de una nueva tendencia<sup>67</sup> en la problemática descrita; tendencia que como se aprecia, supone un

---

<sup>66</sup> España. Tribunal Constitucional (Sala Primera). Sentencia núm. 241/2012 de 17 diciembre. RTC 2012\241.

<sup>67</sup> Como puede observarse, se aparta de sus anteriores resoluciones, pues el propio TC estimaba que la sencillez a la hora de interceptar la comunicación no influía de cara a su amparo por el derecho al secreto de las comunicaciones.

claro retroceso<sup>68</sup>en lo que venía siendo el abanico de protección de los mecanismos de protección amparados por el art 18.3 CE.

A fin de analizar la nueva tendencia del TC, resulta necesario acudir a la sentencia 170/2013 de 7 de octubre pues nuevamente el tribunal, califica como comunicación abierta las intervenciones habidas entre los trabajadores, no apreciando en este sentido vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones<sup>69</sup>. Estima que algunos medios de comunicación como son el correo electrónico, imperantes en nuestra sociedad y en auge, no quedan amparados por el art 18.3 CE, pues no se corresponden con el concepto de comunicación protegido constitucionalmente. Pasemos pues a analizar de manera pormenorizada la resolución en cuestión, pues resulta verdaderamente interesante

A grandes rasgos la mencionada resolución va un paso más adelante y debate acerca de si otros medios de comunicación muy en boga en el seno de las relaciones laborales, como puede ser el empleo del correo electrónico (email) quedan protegidos o no por el art. 18.3 CE. En este sentido, nuevamente estima que estos recientes recursos tecnológicos se difunden mediante un canal que califica de abierto, no quedando protegido por el concepto de comunicación que se deriva de la propia constitución. En la resolución expuesta, parece que es la negociación colectiva la herramienta empleada para soportar la restricción de un derecho fundamental perteneciente al trabajador. Cuestión, que como veremos, resulta problemática ya que parece que verdaderamente lo que se está haciendo es transformar lo que venía siendo la doctrina del TC sobre el derecho en cuestión.

En la resolución en cuestión, el actor venia proporcionando servicios concretamente desde 1976, siendo despedido en 2007 por considerarse que había actuado contraviniendo la buena fe que debía imperar en la relación contractual. Así pues, se trataba de un despido disciplinario, quedando demostrado que el trabajador venia transmitiendo información a través de medios informáticos como el correo electrónico a organizaciones del mismo sector.

Pues bien, la organización de cara a demostrar la inobservancia de las normas laborales por parte del trabajador, decidió presentarse con un notario poniendo a disposición del mismo el teléfono móvil y ordenador del trabajador con la intención de reconocer el disco duro del

---

<sup>68</sup> MARIN ALONSO, I. 2016. El papel del contrato de trabajo, el convenio colectivo y otros instrumentos de gestión empresarial en la regresión de la protección del derecho al secreto de las comunicaciones en la empresa en España, *op.cit*, Pág. 77.

<sup>69</sup> España. Tribunal Constitucional (Sala Primera). Sentencia núm. 170/2013 de 7 octubre. RTC 2013\170.

ordenador. De esta forma, y sin correr el riesgo de ser modificado, tras la oportuna supervisión se corrobora lo sospechado que no es otra cosa, que el hecho de divulgar información de carácter privada por parte del trabajador a una empresa competidora.

Tras lo acontecido, el trabajador decide interponer demanda ante el Juzgado Social de Madrid requiriendo la nulidad de la prueba llevada a cabo por el notario, pues a su juicio la pertinente prueba había sido realizada contraviniendo su derecho a la intimidad y secreto de las comunicaciones. No obstante, su pretensión es desestimada por el propio juzgado pues considera que la oportuna prueba ha sido realizada de acuerdo con el art 20.3 ET y al mismo tiempo en virtud del propio convenio colectivo de la empresa que establecía sanciones leves en los casos de usos inapropiados de los medios de comunicación dispuestos a favor de los trabajadores. A pesar de esto, el Tribunal entiende que el despido no ha sido de carácter procedente estimando que el castigo llevado al efecto es disconforme con los hechos acaecidos.

En base a esto, la empresa decide recurrir en suplicación ante el Tribunal Superior de Justicia de Madrid que, en discordancia con lo manifestado por el otro tribunal estimó el despido como procedente pues entendía que efectivamente había habido un quebrantamiento de la buena fe contractual. En esta misma instancia, el trabajador alega que las interceptaciones de mensajes llevados a cabo por el empresario habían supuesto una clara intromisión en su derecho al secreto de las comunicaciones. Asimismo, expone que en el seno de la empresa no se encontraba ningún atisbo de normas o directrices en relación con los límites y restricciones en el uso de los recursos tecnológicos. Pues bien, finalmente el tribunal resolvió entendiendo que las pruebas que se derivaban del correo electrónico eran validas, pues imperaba en el seno de la empresa disposiciones concretas dentro del convenio colectivo que permitían la supervisión del adecuado empleo de los recursos tecnológicos y de los mensajes intercambiados.

Finalmente y como consecuencia de la anterior resolución, el empleado decidió acudir ante el Tribunal Supremo, interponiendo recurso de amparo, pues el recurso de casación para la unificación de la doctrina, le fue inadmitido.

Pues bien, en tal recurso de amparo, el trabajador alega la contravención a su derecho a la intimidad y su derecho al secreto de las comunicaciones, pues entiende que la interceptación de sus mensajes y comunicaciones se ha hecho ilícitamente contraviniendo lo reiterado por el

TC. Además, y esta cuestión adquiere importancia, asimismo considera infringida la doctrina establecida por el propio TS, especialmente la resolución de 26 de septiembre de 2007; así como la sentencia 3 de abril de 2007 del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Concretamente, el empleado estima que si bien es verdad que el empresario dispone de un poder de dirección y supervisión que le viene reconocido por el propio art 20. 3 ET, el mismo poder ha de responder a determinadas restricciones. Como primer límite, dispone que tienen que haberse dispuesto normas concretas sobre el empleo que ha de darse a los recursos tecnológicos dados al trabajador, reglas que tienen que existir con anterioridad. Además del establecimiento de disposiciones, es necesario, alertar a los propios trabajadores de que va a haber cierta vigilancia de los recursos tecnológicos, y, por último, que se avise a los empleados de las concretas herramientas de vigilancia que van a ser utilizadas al efecto con el fin de fiscalizar el empleo de los recursos tecnológicos.

Además, el litigante manifiesta que el hecho de que se encuentre un convenio colectivo que regule y sancione el mal uso de los recursos tecnológicos en el seno de la relación laboral, no puede eximir al empleador de los mencionados límites, pues todo ello supondría una limitación desmesurada de los derechos expuestos ya que en cierto modo se estaría permitiendo la interceptación de las comunicaciones en general apoyándose simplemente en que el convenio colectivo dispone que podrá castigarse el uso inapropiado de los medios tecnológicos entregados al empleado. Igualmente, el recurrente en amparo pide al propio TC que fije doctrina en relación con la salvaguarda de los derechos fundamentales expuestos, teniendo en consideración los límites y principios constitucionales.

Por su parte, la empresa en cuestión estima que el derecho al secreto de las comunicaciones no ha sido quebrantado pues considera que el citado precepto protege únicamente el proceso de la comunicación y no el propio mensaje. Asimismo, manifiesta que las comunicaciones amparadas por el art 18. 3 CE son únicamente las que se lleven a cabo a través de lo que se viene denominando canal cerrado, no quedando, por tanto, dentro de ese concepto las comunicaciones llevadas a cabo a través del correo electrónico y *Short Message Service* popularmente conocido como SMS.

A su juicio, no había una expectativa racional que permitiera entender que aquellos medios de comunicación eran de carácter privado, en el sentido de que las disposiciones contenidas en el

convenio colectivo alertaban al empleado, de que las herramientas electrónicas, pertenecientes a la empresa eran susceptibles de control.

Además, en última instancia entiende que no se ha restringido el derecho a un proceso con todas las garantías, pues afirma que el fin último de la empresa es precisamente salvaguardar los secretos profesionales, actuando bajo los criterios de proporcionalidad y razonabilidad.

Pues bien, una vez analizadas las alegaciones de ambas partes el Tribunal en cuestión consideró que la problemática a dirimir radicaba en la indispensable delimitación de los derechos fundamentales expuestos hasta el momento, esto es, el derecho de los empleados al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE) y la facultad que tiene el empresario relativo a la dirección y organización (art. 33 y 38 CE, y art. 20.3 ET).

Por su parte, el TC recuerda conforme a lo ya manifestado en la Sentencia 19 de julio de 1985, que el contrato de trabajo no constituye un título que legitime la restricción y limitación de los derechos fundamentales que corresponden al propio empleado por el hecho de ser ciudadano.

No obstante, como ya se apuntó en epígrafes anteriores el propio el propio Tribunal, como es el caso de la sentencia de 11 de abril de 1994, también advierte que la inclusión en el seno de la relación laboral articula tales derechos fundamentales en lo rigurosamente necesario para el adecuado y cuidadoso desarrollo de la labor productiva. Tal es así, que el Tribunal reitera que “manifestaciones del ejercicio de aquéllos que en otro contexto serían legítimas, no lo son cuando su ejercicio se valora en el marco de la relación laboral”<sup>70</sup>

Ante este conflicto de intereses se hace necesario por parte de los órganos jurisdiccionales proteger el imprescindible equilibrio entre los derechos que se derivan del entorno empresarial y aquellos del art 18 CE que le corresponden como ciudadano.

En relación con el derecho al secreto de las comunicaciones, comienza apuntando de acuerdo a su doctrina precedente, que se trata de un derecho íntimamente formal ya que el secreto se refiere a “todo lo comunicado, sea cual sea su contenido”<sup>71</sup>. Con ello recalca que lo que se

---

<sup>70</sup> España. Tribunal Constitucional. Sentencia de 30 de junio de 2003.

<sup>71</sup> España. Tribunal constitucional. La ya citada sentencia 29 de noviembre de 1984. Asimismo, y en esta misma línea se pronuncia la sentencia 11 de marzo de 1996.

persigue es que cualquier tipo de comunicación, inclusive las relativas a las TIC, como es el caso por ejemplo del correo electrónico, queden salvaguardadas por el citado derecho<sup>72</sup>.

No obstante, es a partir de lo expuesto cuando el Tribunal discrepa respecto a sus anteriores resoluciones, apartándose de su ya consolidada doctrina. En este sentido, considera que el objeto de protección del derecho al secreto de las comunicaciones es ensimismo el proceso de comunicación, adquiriendo una posición secundaria el propio mensaje<sup>73</sup>. Todo esto, parece que supone, que cuando se halle un convenio colectivo que prevea sanciones para el uso inadecuado de los recursos tecnológicos, significará a fin de cuentas una suerte de carta blanca para limitar la intimidad de los propios empleados.<sup>74</sup>

#### *V.4.1.1. Critica personal*

La doctrina del TC venía disponiendo una lista de condiciones para que en el art 18.3 CE quedaran amparadas las nuevas comunicaciones. Es más, parecía que había conformidad en cuanto a que nos encontrábamos ante un término que había de ser analizado de forma amplia, quedando comprendidas las comunicaciones actuales como es el caso del correo electrónico, comunicaciones que, en su día no fueron contempladas en la constitución de 1978 ciñéndose a las comunicaciones postales, telegráficas y telefónicas.

Todo esto venía a significar, en principio, que las nuevas comunicaciones resultado del desarrollo tecnológico también eran susceptibles de amparo. En esta misma línea se manifestaba el TEDH a la hora de analizar el propio art 8º del Convenio Europeo de Derechos Humanos, así como el art 12 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre.

En relación con las condiciones que venía manifestando el TC para considerar susceptible de amparo a las nuevas comunicaciones nos encontramos con tres claramente diferencias. Como ya se ha hecho mención a lo largo del trabajo, uno de esos requisitos es el de que la propia comunicación había de efectuarse a través de un soporte técnico, lo que implicaba que la propia comunicación se realizara a través de alguna herramienta creando al respecto una expectativa de secreto sobre el mensaje transmitido. Además, debía existir distancia entre los

<sup>72</sup> En este sentido, véase Sentencia Tribunal constitucional 142/2012.

<sup>73</sup> Nótese, que en anteriores resoluciones el TC extendía su protección a los mensajes recibidos y guardados por los intervinientes.

<sup>74</sup> MARIN ALONSO, I. 2016. El papel del contrato de trabajo, el convenio colectivo y otros instrumentos de gestión empresarial en la regresión de la protección del derecho al secreto de las comunicaciones en la empresa en España, *op.cit*, pág. 84.

intervinientes y realizarse mediante lo que denominaba canal cerrado, cuestión que provocaba que la interceptación de las comunicaciones debía de hacerse de manera consciente.

Como se ha visto en el epígrafe anterior, es precisamente este último requisito relativo al canal el que más controversia ha creado y el que utiliza el TC en su nueva doctrina para dejar fuera del art. 18.3 CE a las nuevas comunicaciones. Es más, el propio Tribunal consideraba que la protección otorgada no quedaba vinculada a la facilidad con la que pudiera ser interceptado el mensaje. Así, las mencionadas comunicaciones que reunían las condiciones expuestas gozaban de la presunción *iuris et de iure* de que el mensaje transmitido era secreto y como tal oponible frente a todo el mundo.

Sin embargo y sorprendentemente, a raíz de la sentencia 170/2013, parece que el Tribunal interpreta las nuevas comunicaciones, tales como el SMS y correo electrónico, como no merecedoras de la protección otorgada por el art 18.3 pues a su juicio estima que no pueden ser concebidos como canales de comunicación cerrados dada la facilidad de interceptación de las mismas que tendría el propio empleador. Tal es así que el carácter secreto se desvanecería en el marco de las relaciones laborales. Esto resulta cuestionable pues nos llevaría a la consecuencia de que, aunque se tenga conocimiento de las comunicaciones por medio de acciones determinadas y realizadas de manera consciente, como podría ser el caso de abrir<sup>75</sup> un email o ficheros del trabajador, ello no significa que se contravenga el derecho al secreto de las comunicaciones del trabajador.

Como vemos, el entorno laboral introduce particularidades de tal transcendencia que llega a suponer una transformación en la configuración del derecho, cuestión que suscita problemática y que hace que cualquier persona tenga la facultad de reclamar frente a tales injerencias. No en vano MARIN ALONSO<sup>76</sup> habla del empleador como un “tercero cualificado” para la interceptación de las comunicaciones del trabajador haciendo uso de sus poderes de supervisión y organización derivado del ya citado art. 20.3 ET o de que un convenio colectivo así lo prevea. Parece pues, que la balanza se muestra más a favor de los intereses de la empresa lo que en cierto modo provoca inseguridad jurídica.

---

<sup>75</sup> Recuérdese la ya citada STC 241/2012 en el que el empleador decide interceptar hasta 7 carpetas distintas del trabajador.

<sup>76</sup> MARIN ALONSO, I. 2016. El papel del contrato de trabajo, el convenio colectivo y otros instrumentos de gestión empresarial en la regresión de la protección del derecho al secreto de las comunicaciones en la empresa en España. *op.cit*, pág. 87.

#### V.4.2. Referencias al Derecho de la Unión Europea

En el ámbito de la Unión Europea (en adelante UE) nos encontramos con una cierta preocupación en relación con la falta de normativización, que se vislumbra en la generalidad de los países miembros, en relación con la supervisión por parte del empleador de los correos electrónicos de los trabajadores.

La Comisión considera que por la mera circunstancia de que los empleadores sean los propietarios de los recursos tecnológicos que se ponen a disposición de los trabajadores no están facultados para interceptar los mensajes de los correos electrónicos que se corresponden y quedan amparados por el derecho a la protección de la vida privada y esencialmente con el derecho al secreto de las comunicaciones o correspondencia, ambos reconocidos en los Tratados internacionales y en especial por la Carta Europea de Derechos fundamentales<sup>77</sup>.

En este sentido, la Comisión sugiere que la supervisión se lleve a cabo inicialmente de manera transparente, con las particularidades perfectamente determinadas y habiendo habido consultas con los sindicatos. Considera que los propios empleadores no ostentan la facultad de abrir el contenido de los correos electrónicos de sus empleados incluso en los casos en los que no se hubiera capacitado el empleo de tales medios de comunicación para un fin personal.

Por lo que se refiere en particular a los Estados Miembros, parece conveniente apuntar que en Francia el propio TS en una transcendente resolución, de fecha 2 de octubre de 2001, consideró que el correo electrónico como medio de comunicación reciente, es también susceptible de amparo como si se tratara de la correspondencia clásica. En concreto la sentencia en cuestión dispone que “nadie puede imponer a los derechos de las personas y a las libertades individuales y colectivas restricciones que no estarían justificadas por la naturaleza de la tarea a desarrollar, ni proporcionadas al fin perseguido”. Es más, el propio tribunal ha retirado que el empleado incluso cuando se halla en el seno de la organización, tiene el derecho a que se salvaguarde su intimidad. Es por ello que el empleador no está facultado para vulnerar esa libertad fundamental interceptando los mensajes de carácter privado del

---

<sup>77</sup> SEGOVIANO ASTABURUAGA, M.<sup>a</sup> L. 2004. El difícil equilibrio entre el poder de dirección del empresario y los derechos fundamentales de los trabajadores. *Revista jurídica de Castilla y León*. [en línea] n.<sup>o</sup> 2. Febrero, pág. 170-171 [consulta: 1 de noviembre] ISSN: 1696-6759. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=833113>. Último acceso, 10 de diciembre de 2017.

trabajador, incluso alude a que lo expuesto será de aplicación en los casos en los que el propio empleado haya imposibilitado al trabajador la utilización de los medios tecnológicos de manera profesional.

Esto pone de manifiesto que los Tribunales franceses parten de la premisa de que el correo electrónico (email) está dotado de la misma protección que los medios de comunicación clásicos, quedando por tanto incluidos dentro del amparo del secreto de las comunicaciones.

En esta misma línea se ha pronunciado el Tribunal de Trabajo de Bruselas en la sentencia de 2 de mayo de 2000. La controversia a resolver surge a raíz de un despido por parte de la empresa de uno de sus trabajadores. En concreto, la organización, con el propósito de indagar acerca de las razones de la bajada de productividad del empresario, decide abrir su email, hallando que tenía una relación “caliente” vía electrónica con una compañera de la misma organización. Pues bien, finalmente la empresa decidió rescindir la relación laboral al constatar que el panorama descrito había influido de manera negativa en su rendimiento, haciendo que este disminuyera. El Tribunal, atendiendo al art. 8 del CEDH, sostiene que la situación descrita, en relación con el envío de emails correspondía al ámbito privado del empleado. Es más, considera que el gran número de correos, tanto por su reiteración como por su extensión, no constitúan motivos trascendentales para proceder a la rescisión del contrato, estimando, por tanto, que no era necesaria ni proporcionada la interceptación y lectura de los emails.

De forma opuesta nos encontramos con lo preceptuado por el Reino Unido donde concretamente, en el año 2000 se promulgo una disposición “Regulation of Investigatory Powers (R.I.P)” que faculta al propio empleador a interceptar los emails de los empleados<sup>78</sup>.

Ya para concluir, aludiremos a la normativización holandesa que mantiene una postura más intermedia permitiendo el acceso a los correos electrónicos de los empleados, teniendo que mediar al respecto los representantes de los trabajadores y advirtiendo a los mismos de la existencia de tal control.

---

<sup>78</sup> El acceso ha de deberse a alguna de las siguientes circunstancias: supervisar el adecuamiento a los códigos de conducta interna, comprobar si los mensajes son de índole profesional o privado, prevenir delitos, asegurar la seguridad nacional y corroborar si se ha llevado a cabo un uso inadecuado de los medios de comunicación.

#### V.4.3. Consideraciones y análisis tras la STEDH de 12 de enero de 2016 (caso *Bărbulescu v. Rumanía*<sup>79</sup>).

Parece conveniente y teniendo en consideración la reciente Sentencia de la Sección Cuarta del TEDH de enero de 2016 procurar arrojar un poco de luz sobre la problemática que venimos analizando a lo largo de todo el trabajo y que tan presente está en nuestros días.

La controversia que da lugar a la mencionada resolución judicial tenía como punto de partida el despido del Sr. Bogdan Mihai, empleado de origen rumano por parte de la empresa donde venía prestando servicios. El empleado en cuestión impugna tal decisión por contravención del derecho a la salvaguarda de su correspondencia y de su vida privada; pues se había llevado a cabo por parte de la empresa un control pormenorizado de las cuentas de correo electrónico de carácter privado del trabajador.

Conviene precisar que el mismo demandante aduce intereses diferentes, pues en primera instancia expone como derecho vulnerado la salvaguarda de su correspondencia y ulteriormente en apelación hace alusión a la contravención del art 8 del CEDH. Esta situación hace que los propios tribunales a la hora de dictar sentencia, aludieran a consideraciones distintas. Por su parte, el Tribunal de Primera Instancia estima que el empresario no ha actuado vulnerando el derecho que se deriva de la constitución en relación con la salvaguarda de las comunicaciones pues el propio trabajador había sido alertado previamente de la prohibición de emplear los recursos tecnológicos con un objetivo personal y por otro lado, el Tribunal de Apelación estima que las acciones llevadas a cabo por el empresario eran proporcionadas y adecuadas, pues eran la única manera de cerciorarse si efectivamente se había llevado a cabo un incumplimiento de las normas.

En este sentido, los tribunales nacionales consideran el despido de carácter procedente, no admitiendo, por tanto, las alegaciones esgrimidas por el trabajador. En base a esto, el mismo decide interponer demanda ante el TEDH pues considera en base a lo expuesto que no ha recibido la adecuada protección de acuerdo con lo preceptuado por el ya citado art. 8 CEDH.

---

<sup>79</sup> Caso *Bărbulescu v. Rumanía*. (Application 61496/08) Sentencia de 12 de enero de 2016. Disponible en [http://www.echr.coe.int/Documents/Press\\_Q\\_A\\_Barbulescu\\_ENG.PDF](http://www.echr.coe.int/Documents/Press_Q_A_Barbulescu_ENG.PDF). Último acceso, 10 de diciembre de 2017.

Como veremos, este caso adquiere verdadera importancia, pues del examen del mismo se sacarán relevantes conclusiones en relación a la adecuada ponderación de los intereses confrontados, así como vislumbrar los aspectos que para el TEDH resultan decisivos a la hora de enjuiciar si la monitorización de las cuentas de mensajería del trabajador constituye o no una contravención de los derechos a la intimidad y a la correspondencia.

Merece la pena detenernos sobre la valoración del TEDH relativa al fondo de la cuestión. El TEDH examina si dada la presencia de una normativa relativa al empleo de los medios tecnológicos en el seno de la relación - la cual disponía de manera expresa la prohibición del empleo de tales recursos para cuestiones particulares- si el trabajador podía tener una expectativa de privacidad en lo que a la supervisión de sus comunicaciones se refiere.

Pues bien, el Tribunal analiza los derechos e intereses que pudieran verse en conflicto. En este sentido, por un lado, examina el derecho al respeto a la vida privada y correspondencia del trabajador; y por otro lado los bienes organizacionales y el poder de supervisión de las tareas del trabajador de conformidad con la reglamentación interna de la empresa.

Como consecuencia de dicho análisis, el Tribunal concluye que la vigilancia realizada por el empresario se caracterizó por su alcance limitado y proporcionado, pues parece razonable que el empresario tenga cierta inquietud en observar si verdaderamente sus empleados están cumpliendo con sus deberes durante sus horas de trabajo.

En el supuesto en cuestión, el Tribunal confiere importancia a una serie de elementos que se dan en el caso y que hacen que se incline a favor de los intereses del empresario. Pues bien, afecta decisivamente en el fallo del Tribunal el hecho de existir reglamentación referente al empleo de los medios tecnológicos; cuestión que permite manifestar que no existía por parte del trabajador ningún tipo de expectativa de privacidad. Además, la monitorización llevada a cabo por el empleador se hizo pensando que no iba tener repercusión en la vida del trabajador, pues éste había manifestado no haber empleado nunca tales recursos para fines privados. Por último, se entiende que la supervisión y la interceptación de las comunicaciones se hicieron exclusivamente con el propósito de verificar si verdaderamente se estaban incumpliendo las normas laborales.

En base a lo expuesto, el Tribunal falla por 6 votos a favor y 1 en contra, que no ha habido contravención del art. 8 del CEDH. Como vemos la resolución del TEDH excluye que los

derechos alegados por el trabajador- derecho a la intimidad y a la correspondencia- ostenten un carácter absoluto, disponiendo que estos pueden transigir frente a otros, como es el caso de la facultad de supervisión de la que dispone el empresario, no obstante, únicamente en los casos en los que se actúe siguiendo las garantías pertinentes. No en vano, el propio tribunal reitera que se muestra transcendental probar la no posibilidad de expectativa de privacidad de los mensajes transmitidos, como sucede en el caso expuesto, pues el propio trabajador estaba informado de que los recursos tecnológicos puestos a su disposición eran únicamente para las tareas laborales.

Por último, parece conveniente apuntar que los fundamentos esgrimidos por el tribunal no se alejan de los recientes planteamientos de nuestro TC, en la ya mencionada sentencia de 7 de octubre de 2013, alejándose, eso sí, de resoluciones más conservadoras.

Tras el estudio contenido en los apartados anteriores, procedemos a resaltar las principales ideas que extraemos tras el mismo en forma de Conclusiones.

## VI. CONCLUSIONES

**PRIMERA:** Como hemos podido observar a lo largo del trabajo existe cierta inquietud en el panorama social relativo a la inclusión de los nuevos medios tecnológicos en el mundo empresarial, pues nuestra legislación va a remolque de las cuestiones que procura regular, pero de una forma lenta. Ello nos recuerda a lo que sostenía Marín Castán, magistrado del TS, cuando afirmó que al legislador le es difícil promulgar un precepto mínimamente estable, debido a la rápida evolución de los acontecimientos sociales, en el caso que hemos venido estudiando, a los que llevan aparejadas las nuevas tecnologías.

**SEGUNDA:** El derecho al secreto de las comunicaciones, como derecho fundamental que se desprende del art 18. 3 CE ha alcanzado gran importancia en el seno del Derecho laboral ya que el desarrollo y empleo de los recursos tecnológicos en la organización empresarial puede dar lugar, a través de la instauración de decisiones de supervisión del empresario, a la contravención del citado derecho. Esto pone de manifiesto el complicado equilibrio entre el poder del empresario relativo al control y supervisión de las tareas del trabajador, y los derechos fundamentales del propio empleado, que le corresponden por el mero hecho de ser ciudadano.

TERCERA: Todo este panorama hace que la función jurisprudencial adquiera un papel transcendental. En este sentido, los tribunales parecen arrojar un poco de luz a las controversias que se suscitan en el seno de las relaciones laborales, problemáticas que se generan primordialmente por el masivo empleo de las TIC en todos los ámbitos sociales, inclusive el laboral.

CUARTA: La diferencia entre las resoluciones del TC y TS ha sido notable, tal y como se ha venido apuntando. Así, la doctrina del TC, como verdadero interprete de la constitución, ha considerado el concepto de comunicación de manera amplia e íntimamente formal, siendo susceptibles de amparo las nuevas comunicaciones resultantes de las novedosas tecnologías. Por su parte el TS se mostraba más proclive a permitir una cierta supervisión de la utilización que de los recursos tecnológicos hacían los trabajadores, siempre y cuando se realizara tal control de forma razonada y proporcionada, y siempre que se entendiera que el propio trabajador conocía el funcionamiento y la normativa de supervisión relativos a los medios de comunicación dentro de la empresa. No obstante, aunque resulte paradójico, a la vista de las recientes resoluciones del TC (STC 170/2013, del 7 de octubre) parece apreciarse una notable diferencia en sus consideraciones, encaminada hacia un retroceso en lo que venía siendo el amparo de los nuevos medios de comunicación.

QUINTA: Asimismo, la falta de normativa hace que la negociación colectiva esté adquiriendo un papel revelador en este tipo de cuestiones, pues como hemos visto se trata de una herramienta que permite resolver de manera sectorial las controversias que surjan sobre la materia en cuestión; exponiendo las condiciones y restricciones sobre el correcto empleo que debe darse a las nuevas tecnologías por parte de los empleados, como por parte de sus representantes; así como el empleo de los poderes de control y supervisión del empresario.

SEXTA: En otras ocasiones, son los propios empleadores los que tomando la iniciativa confeccionando, en base a sus facultades de control y supervisión, manuales de conducta de carácter interno con el propósito de ofrecer directrices del adecuado uso que ha de darse a los medios de comunicación en la empresa. Se trata a fin de cuentas, de normas que han de obedecer los trabajadores, y que descansan en la autonomía de la voluntad.

Todo ello, pone de manifiesto la imperiosa necesidad de una normativa que de manera pormenorizada regule el empleo que puede hacer el trabajador en la empresa de los recursos y medios informáticos que se le entregan de cara a la realización de sus labores profesionales.

SÉPTIMA: Por último, parece que debe asumirse el que mientras no se cuente con una normativa de carácter legal o convencional, lo más juicioso es que el control y supervisión derivado del poder del empresario se lleve a cabo de forma restrictiva de acuerdo con los principios de proporcionalidad y necesidad y siempre y cuando se haya advertido previamente a los trabajadores de que se ha optado por incorporar herramientas de control y supervisión. En esta misma línea parece que se muestra el TEDH en la reciente y ya analizada sentencia de 12 de enero de 2016 (caso *Bărbulescu v. Rumanía*)

En Madrid, a 10 de diciembre de 2017.

## VII. BIBLIOGRAFÍA

BARROS GARCÍA, M. 2004. Problemas derivados de la utilización del correo electrónico e internet en el ámbito laboral. *Actualidad Jurídica Uría & Menéndez*. [en línea] N°8, pág. 53-54. [consulta: 10 de octubre de 2017] Disponible en: <http://www.uria.com/documentos/publicaciones/1235/documento/trib04.pdf?id=2029>

BELDA PÉREZ-PEDRERO, E. 1998. El derecho al secreto de las comunicaciones. *Revista: Parlamento y Constitución. Anuario*. [en línea] N°2, págs. 169- 194. [consulta: 3de noviembre de 2017]. ISSN: 1139-0026. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo;jsessionid=FE0C6A8E0347511E960442CE2836F79A.dialnet02?codigo=197133>

BERMEJO BOSCH, R; BOTELLA VIVÓ, S. 2016. La sentencia del TEDH sobre el control por el empleador del uso del correo electrónico (mensajería instantánea) por sus empleados (caso Barbulescu v. Rumanía n.º 61496/08 de 12 de enero de 2016). *Actualidad Jurídica Uría Menéndez* [en línea] nº43, págs. 90-94 [consulta: 9 de noviembre de 2017]. Disponible en: <http://www.uria.com/documentos/publicaciones/5096/documento/foro02.pdf?id=6757>

CASTELLANO BURGUILLO, E; FERNÁNDEZ VILLARINO, R. 2005. Últimas tendencias en el derecho laboral e influencia de las nuevas tecnologías en el ámbito de las relaciones laborales. *Derecho y conocimiento: anuario jurídico sobre la sociedad de la información y del conocimiento*, [en línea] N.º. 3, págs. 1-10 [consulta:1 de noviembre de 2017] ISSN 1578-8202. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2043456>

DÍAZ REVORIO F.J. 2006. El derecho fundamental al secreto de las comunicaciones. *Revista: Derecho PUCP* [en línea], N.º 59. págs.159-175. [consulta: 11 de octubre de 2017]. ISSN: 0251-34202305-2546. Disponible en: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/3040/2887>

ELVIRA PERALES, A. 2003 (actualizado 2011). Sinopsis artículo 18. Disponible en: [http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/imprimir/sinopsis\\_pr.jsp?art=18&tipo=2](http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/imprimir/sinopsis_pr.jsp?art=18&tipo=2)

FLOREZ RONCANCIO, JD. 2006. Derecho fundamental a la comunicación privada por correo electrónico *Revista Provincia* [en línea] nº16, págs. 255-264 [consulta 21 de octubre de 2017]. ISSN: 1317-9535. Disponible en:

<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=55509813>

GARCÍA, R; FERNÁNDEZ-FONTECHA, M. 2016. Sentencia del Tribunal Europeo de Derecho Humanos, de 12 de enero de 2016. Asunto N.º 61496/08 Caso Bărbulescu contra Rumanía. *Alerta Informativa EY Abogados* [en línea]. págs. 1-5. [consulta 12 de noviembre]. Disponible en:

[http://www.ey.com/Publication/vwLUAssets/EY-alerta-informativa-sentencia-del-tribunal-europeo-de-derecho-humanos-de-12-de-enero-de-2016/\\$FILE/EY-alerta-informativa-sentencia-del-tribunal-europeo-de-derecho-humanos-de-12-de-enero-de-2016.pdf](http://www.ey.com/Publication/vwLUAssets/EY-alerta-informativa-sentencia-del-tribunal-europeo-de-derecho-humanos-de-12-de-enero-de-2016/$FILE/EY-alerta-informativa-sentencia-del-tribunal-europeo-de-derecho-humanos-de-12-de-enero-de-2016.pdf)

KAHALE CARRILLO, DT . 2006. Las nuevas tecnologías en las relaciones laborales ¿Avance o retroceso? *Revista de derecho: División de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Norte*,[en línea] N.º. 25, 2006, págs. 289-307. [consulta: 15 de noviembre]. ISSN: 0121-86972145-9355. Disponible en:

<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=85102508>.

LLAMOSAS TRAPAGA, A. 2015. *Relaciones laborales y nuevas tecnologías de la información y de la comunicación: una relación fructífera no exenta de dificultades*. Dykinson.

MARÍN ALONSO, I. 2004. La facultad fiscalizadora del empresario sobre el uso del correo electrónico en la empresa: su limitación en base al derecho fundamental al secreto de las comunicaciones. *Revista andaluza de trabajo y bienestar social*. [en línea] N.º 75, págs. 95-122. [consulta: 9 de noviembre de 2017]. ISSN: 0213-0750. Disponible en:

<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1031863>.

MARIN ALONSO, I. 2016. El papel del contrato de trabajo, el convenio colectivo y otros instrumentos de gestión empresarial en la regresión de la protección del derecho al secreto de las comunicaciones en la empresa en España. *Revista Latinoamericana de Derecho Social*. [en línea] Volumen 23, págs. 57-88. [consulta: 5 de noviembre de 2017]. ISSN: 1870-4670. Disponible en:

[http://bv.unir.net:2091/science/article/pii/S1870467016300033?\\_rdoc=1&\\_fmt=high&\\_origin=gateway&\\_docanchor=&md5=b8429449ccfc9c30159a5f9aeaa92ffb&ccp=y](http://bv.unir.net:2091/science/article/pii/S1870467016300033?_rdoc=1&_fmt=high&_origin=gateway&_docanchor=&md5=b8429449ccfc9c30159a5f9aeaa92ffb&ccp=y).

MORALES VÁLLEZ, CE. 2016. El control de los medios tecnológicos por el empresario a la luz de la sentencia del TEDH de 12 de enero de 2016, CEF Gestión: Revista de actualización empresarial, ISSN 1139-4986, N.º. 211, 2016, págs. 111-120. Disponible en:  
<http://www.laboral-social.com/control-medios-tecnologicos-sentencia-tedh-12-enero-2016-barbulescu.html>.

ROIG, A. 2009. *Derechos fundamentales y tecnologías de la información y de las comunicaciones (Tics)* Barcelona: J.M. Bosch Editor.

RUJAS, G; VAL, P. 2004. Las nuevas tecnologías en el marco de las relaciones laborales. Cuadernos de energía. [en línea] Nº6, págs. 37-41 [consulta: 1 de noviembre de 2017]. ISSN 1698-3009. Disponible en:  
<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4727009>.

SARGADOY DE SIMÓN, I. 2000. La mutación de las relaciones laborales en el marco de las nuevas tecnologías. Revista: Cuenta y razón del pensamiento actual [en línea]. N.º. 116, págs. 52- 56 [consulta: 28 de octubre de 2017]. ISSN: 0211-1381. Disponible en:  
<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo;jsessionid=29218A37629C0F6543EAA359621BEC0A.dialnet02?codigo=71371>.

SEGOVIANO ASTABURUAGA, M.<sup>a</sup> L. 2004. El difícil equilibrio entre el poder de dirección del empresario y los derechos fundamentales de los trabajadores. *Revista jurídica de castilla y león*. [en línea] n.º 2. Febrero, págs. 147-190 [consulta: 1 de noviembre] ISSN: 1696-6759. Disponible en:  
<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=833113>.

SEPÚLVEDA GÓMEZ, M. 2013. Los derechos fundamentales inespecíficos a la intimidad y al secreto de las comunicaciones y el uso del correo electrónico en la relación laboral. Límites y contra límites. *Revista andaluza de trabajo y bienestar social*. [en línea] nº122, págs. 197-213. [consulta: 15 de octubre de 2017]. ISSN: 0213-0750. Disponible en:  
<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4595486>.

## VIII. FUENTES JURÍDICAS

### LEGISLACIÓN

#### 1. Legislación comunitaria

Unión Europea. Directiva 2002/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio de 2002, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas (Directiva sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas). DOUE» núm. 201, de 31 de julio de 2002, pp. 37- 47.

#### 2. Legislación estatal

España. Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, la intimidad y la propia imagen. [internet], *Boletín Oficial del Estado*, de 14 de mayo de 1982, núm. 115, pp. 12546- 12548 [consultado: 1 de diciembre de 2017]. Disponible en:

<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1982-11196>

España. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. [internet] *Boletín Oficial del Estado*, 24 de noviembre de 1995 núm. 281. PP. 33987- 34058 [consultado: 27 de noviembre de 2017]. Disponible en: [http://noticias.juridicas.com/base\\_datos/Penal/Io10-1995.l2t10.html#a197](http://noticias.juridicas.com/base_datos/Penal/Io10-1995.l2t10.html#a197).

España. Ley Orgánica 4/1998 de 25 de mayo, de Reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. [internet] Boletín Oficial del Estado, 26 de mayo de 1998, núm. 126, pp. 16159 a 16160 [consultado: 1 de diciembre de 2017]. Disponible en:

<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1988-12909>

España, Ministerio de Empleo y Seguridad Social. Resolución de 28 de diciembre de 2015, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo de empresas vinculadas a Telefónica de España, SAU, Telefónica Móviles España, SAU y Telefónica Soluciones de Informática y Comunicaciones, SAU. Boletín Oficial del Estado, jueves 21 de enero de 2016 Núm. 18. Disponible en:

<https://www.boe.es/boe/dias/2016/01/21/pdfs/BOE-A-2016-541.pdf>

Resolución de 26 de julio de 2017, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el VII Convenio colectivo de Iberdrola Grupo. Disponible en: <https://www.boe.es/boe/dias/2017/08/09/pdfs/BOE-A-2017-9532.pdf>.

Resolución de 26 de mayo de 2015, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el X Convenio colectivo de Repsol Petróleo, SA.

Disponible en: [https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-2015-6484](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2015-6484)

Resolución de 4 de agosto de 2016, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el XXV Convenio colectivo de Repsol Butano, SA.

Disponible en: [https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-2016-7973](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2016-7973).

## **JURISPRUDENCIA**

### **1. Tribunal Europeo de Derechos Humanos:**

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Caso Bărbulescu v. Rumanía*. (application 61496/08) Sentencia de 12 de enero de 2016. Disponible en [http://www.echr.coe.int/Documents/Press\\_Q\\_A\\_Barbulescu\\_ENG.PDF](http://www.echr.coe.int/Documents/Press_Q_A_Barbulescu_ENG.PDF). Último acceso, 10 de diciembre de 2017.

### **2. Tribunales españoles**

#### **Tribunal Constitucional**

España. Tribunal Constitucional [versión electrónica- base de datos Aranzadi] Sentencia 114/1984 de 29 noviembre de 1984 [consultado: 2 de noviembre de 2017]

España. Tribunal Constitucional [versión electrónica- base de datos Aranzadi] Sentencia núm. 64/1988 de 12 abril de 1988 [consultado: 2 de diciembre de 2017]

España Tribunal Constitucional (Sala Primera) [versión electrónica- base de datos Aranzadi] Sentencia 107/1988 de 8 junio de 1988 [consultado: 2 de noviembre de 2017]

España Tribunal Constitucional [versión electrónica- base de datos Aranzadi] Sentencia. 185/1989 de 13 noviembre de 1989 [consultado: 2 de noviembre de 2017]

España. Tribunal Constitucional (Sala Primera) [versión electrónica- base de datos Aranzadi].

Sentencia. 86/1995 de 6 junio de 1995 [consultado: 4 de noviembre de 2017]

España. Tribunal Constitucional [versión electrónica- base de datos Aranzadi]. Sentencia

34/1996 de 11 de marzo de 1996 [consultado: 1 de diciembre de 2017]

España. Tribunal constitucional (Sala Primera) [versión electrónica- base de datos Aranzadi]

Sentencia. 134/1999 de 15 julio de 1999 [consultado: 4 de noviembre de 2017]

España. Tribunal Constitucional (Pleno) [versión electrónica- base de datos Aranzadi].

Sentencia 49/1999 de 5 abril de 1999 [consultado: 5 de noviembre de 2017]

España. Tribunal Constitucional [versión electrónica- base de datos Aranzadi] Sentencia núm.

202/1999 de 8 noviembre de 1999 [consultado: 6 de noviembre de 2017]

España. Tribunal Constitucional (Pleno) [versión electrónica- base de datos Aranzadi]

Sentencia. 292/2000 de 30 noviembre de 2000 [consultado: 26 de noviembre de 2017]

España. Tribunal Constitucional (Pleno) [versión electrónica- base de datos Aranzadi].

Sentencia 184/2003 de 23 de octubre de 2003 [consultado 1 de diciembre de 2017]

España. Tribunal Constitucional (Sala Primera) [versión electrónica- base de datos Aranzadi]

Sentencia. 241/2012 de 17 diciembre de 2012 [consultado: 15 de noviembre de 2017]

España. Tribunal Constitucional (Sala Primera) [versión electrónica- base de datos Aranzadi]

Sentencia. 170/2013 de 7 octubre de 2013 [consultado: 18 de noviembre de 2017]

## **Tribunal Supremo**

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) [versión electrónica- base de datos Aranzadi].

Sentencia. 1716/1987 de 23 marzo de 1987 [consultado: 1 de diciembre de 2017]

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Social, Sección1<sup>a</sup>) [versión electrónica- base de datos Aranzadi]. Sentencia. 7514/2007 de 26 septiembre de 2007 [consultado: 1 de diciembre de 2017]

### **Tribunales Superiores de Justicia**

España. Tribunal Superior de Justicia de Madrid, (Sala de lo Social, Sección2<sup>a</sup>) [versión electrónica- base de datos de Aranzadi]. Sentencia 721/1998 de 16 octubre de 1998 [consultado 27 de noviembre]

España. Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, (Sala de lo Social) [versión electrónica- base de datos Aranzadi]. Sentencia. 5886/2000 de 5 julio de 2000 [consultado: 20 de noviembre de 2017]

España. Tribunal Superior de Justicia de Madrid, (Sala de lo Social, Sección2<sup>a</sup>) [versión electrónica- base de datos Aranzadi]. Sentencia. 432/2003 de 13 mayo de 2003 [consultado: 20 de noviembre de 2017]

España. Tribunal Superior de Justicia de Madrid, (Sala de lo Social, Sección2<sup>a</sup>) [versión electrónica- base de datos Aranzadi]. Sentencia. 666/2003 de 23 julio de 2003 [consultado 20 de noviembre de 2017]