

CONTROL DEL CORREO ELECTRONICO Y DE LOS MEDIOS TECNOLOGICOS POR PARTE DE LA EMPRESA

Es tema de actualidad la reciente Sentencia del Tribunal Constitucional sobre el control que puede efectuar una empresa respecto a los medios tecnológicos -correo electrónico u otros- puestos a disposición del trabajador para realizar su actividad o prestación laboral. En el presente artículo expondremos las principales conclusiones y/o extremos que, tanto el trabajador como el empresario, deben de tener en cuenta, tanto para el uso de dichos medios tecnológicos como para el control de los mismos.-

La puesta a disposición del empresario de las herramientas informáticas para desarrollar la actividad laboral puede contravenir derechos individuales constitucionales de los trabajadores -intimidad, dignidad, secreto de las comunicaciones- a la hora de efectuar un control sobre el uso de las mismas. De igual forma, dicho control, que pudiere en determinadas circunstancias ser utilizado para imponer faltas leves, graves o muy graves, e incluso el despido, amparándose en las pruebas obtenidas derivadas de dicho control e investigación, pudiere ser vulnerador de garantías constitucionales personales.

Hace tiempo, hicimos referencia, a través del artículo "*Uso Laboral del Correo Electrónico*" a determinados extremos en relación a cómo deberían conjugarse los derechos individuales del trabajador y el control del empresario respecto a la utilización de los programas de comunicación electrónica, especialmente, el correo electrónico.

Pues bien, tras la reciente Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 7 de octubre de 2013, queremos hacerles llegar un análisis de la misma, dado que es bastante clarificadora y expone de una forma sencilla, las garantías y, especialmente, las obligaciones y derechos que ambas partes de una relación laboral -empresario y trabajador- deben tener en cuenta en el uso y control de los medios tecnológicos. De igual forma, traeremos a colación la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 26 de septiembre de 2007, dado que la misma es referente o inicio de la jurisprudencia en este ámbito.

Cuando comenzamos a trabajar para una empresa, ésta puede poner a nuestra disposición para llevar a cabo la actividad laboral herramientas que son propiedad o de

las que la empresa dispone el correspondiente título. Por ejemplo, un ordenador, sea PC de sobremesa o portátil, una conexión a Internet mediante ADSL, programas informáticos de correo electrónico, móviles empresariales, etc. Ahora bien, esta puesta a disposición de las herramientas de trabajo, lleva aparejada la utilización de las mismas bajo una finalidad: laboral, aunque en la mayoría de los casos es utilizada, igualmente, para una finalidad personal, consentida o no, por parte del empresario. Es decir, dichas herramientas o medios tecnológicos tienen la doble vertiente de utilización: principal, la actividad laboral y, secundaria o accesorio: personal.

Pero, qué ocurre cuando el empresario desea efectuar un control sobre dichos medios tecnológicos o, cuando el trabajador estima que sus derechos y garantías constitucionales o laborales se han visto afectadas por dicho control. Vamos a efectuar un desglose, en base a las sentencias relacionadas y, en virtud, de la legislación laboral, normativa de referencia y, especialmente, la Constitución Española.

Aplicación del Estatuto de Trabajadores

Desde el punto de vista del Estatuto de los Trabajadores los medios tecnológicos puestos a disposición del trabajador serían considerados como herramientas de trabajo pudiendo el empresario adoptar aquellas medidas más oportunas para el control y vigilancia de la actividad laboral. Pero, éste control es semejante al establecido y con las mismas limitaciones contempladas en el artículo 18 ET o, por el contrario, entraría en juego el artículo 20.3 ET.

En múltiples ocasiones se ha intentado equiparar el registro de un ordenador y/o medio tecnológico al registro de las taquillas, en cuanto que el medio tecnológico podría estar condicionado a la existencia de efectos particulares -archivos personales, datos privados, etc.- Sin embargo, los medios tecnológicos no son considerados como bienes muebles de los que el trabajador disponga una cesión del derecho de uso sobre dicho bien, es decir, que la taquilla -artículo 18 ET *Sólo podrán realizarse registros sobre la persona del trabajador, en sus taquillas y efectos particulares, cuando sean necesarios para la protección del patrimonio empresarial y del de los demás trabajadores de la empresa, dentro del centro de trabajo y en horas de trabajo. En su realización se respetará al máximo la dignidad e intimidad del trabajador y se contará con la asistencia de un representante legal de los trabajadores o, en su ausencia del centro de trabajo, de otro trabajador de la empresa, siempre que ello fuera posible*- estaría a disposición del trabajador para su uso personal y, por

tanto, quedaría al margen del poder empresarial del artículo 20.3 ET *El empresario podrá adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales, guardando en su adopción y aplicación la consideración debida a su dignidad humana y teniendo en cuenta la capacidad real de los trabajadores disminuidos, en su caso.* Por el contrario, el medio tecnológico es un bien propiedad o titularidad del empresario, el cual se pone a disposición del trabajador para el desempeño efectivo de su trabajo, de su producción y, por tanto, sobre el mismo se podrá adoptar aquellas medidas tendentes a controlar y vigilar qué se hace con él para realizar la actividad laboral. Si bien, dicha vigilancia y control deben garantizar los derechos y garantías inherentes a la persona – trabajador: dignidad e intimidad.-

La Sentencia del Tribunal Supremo establece que *los elementos que definen las garantías y los límites del artículo 18 del Estatuto de los Trabajadores, no sean aplicables al control de los medios informáticos. En primer lugar, la necesidad del control de esos medios no tiene que justificarse por la protección del patrimonio empresarial y de los demás trabajadores de la empresa, porque la legitimidad de ese control deriva del carácter de instrumento de producción del objeto sobre el que recae. El empresario tiene que controlar el uso del ordenador, porque en él se cumple la prestación laboral y, por tanto, ha de comprobar si su uso se ajusta a las finalidades que lo justifican, ya que en otro caso estaría retribuyendo como tiempo de trabajo el dedicado a actividad extralaborales. Tiene que controlar también los contenidos y resultados de esa prestación [...] El control de los ordenadores se justifica también por la necesidad de coordinar y garantizar la continuidad de la actividad laboral en los supuestos de ausencias de los trabajadores [...] por la protección del sistema informático de la empresa, que puede verse afectado negativamente por determinados usos, y por la prevención de responsabilidades que para la empresa pudieran derivar también algunas formas ilícitas de uso frente a terceros.*

Control y Dignidad: Derecho Empresarial y Personal. Cómo Conjugarse

La delimitación y/o diferenciación de ambos artículos y de ambos bienes -taquilla y medios tecnológicos- así como la posibilidad de controlar aquellos hay que ponerlos en relación a la forma de efectuar dicho control, preservando y respetando la dignidad del trabajador, donde entraríamos en la aplicación de la obtención de la prueba -Ley de Enjuiciamiento civil y Ley de Procedimiento Laboral-, es decir, si el control y los resultados obtenidos son nulos por haberse vulnerado derechos constitucionales del

artículo 18.1 CE -intimidad: *Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen-* y artículo 18.3 CE -secreto de las comunicaciones: *Se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial.-*

La Sentencia del Tribunal Supremo considera que, en el supuesto de hecho que se enjuiciaba, la finalidad empresarial ha sido diferente a la inicial, dado que, en un primer momento, la información que obtuvo la empresa fue producto de una reparación de un ordenador infectado por un virus que durante el proceso de desinfección se descubrió que existían archivos temporales de material pornográfico y, en segundo lugar, que dicha información descubierta, a posteriori fue utilizada como medio de prueba para un procedimiento laboral. Por tanto, dicha información obtenida había sido utilizada no respetando las garantías constitucionales del trabajador, puesto que no había sido informado previamente sobre los recursos que la empresa iba a destinar a controlar la actividad empresarial.

Por tanto, la empresa qué ha de efectuar para respetar la dignidad del trabajador en el control y vigilancia de los medios tecnológicos que pone a su disposición. La propia Sentencia del Tribunal Supremo es clara y precisa, por lo que reproducimos el contenido íntegro de la misma en este aspecto: *“Por ello, lo que debe hacer la empresa de acuerdo con las exigencias de buena fe es establecer previamente las reglas de uso de esos medios -con aplicación de prohibiciones absolutas o parciales- e informar a los trabajadores de que va a existir control de los medios que han de aplicarse en orden a comprobar la corrección de los usos, así como de las medidas que han de adoptarse en su caso para garantizar la efectiva utilización laboral del medio cuando sea preciso, sin perjuicio de la posible aplicación de otras medidas de carácter preventivo, como la exclusión de determinadas conexiones. De esta forma, si el medio se utiliza para usos privados en contra de estas prohibiciones y con conocimiento de los controles y medidas aplicables, no podrá entenderse que, al realizarse el control, se ha vulnerado una expectativa razonable de intimidad.”*

El empresario, como hemos indicado en otros artículos, debe poner a disposición del trabajador qué controles va a adoptar para vigilar la actividad empresarial, qué usos se permiten y cuáles no, y la forma de proceder a dicha vigilancia y control. Así mismo, la empresa si está adaptada a la normativa de protección de datos personales tiene la obligación de disponer del documento o circulares denominados Funciones y Obligaciones del Personal.

Por tanto, recomendamos, como en todas las auditorías que llevamos a cabo, que se redacte un contrato o norma de cumplimiento interno sobre los usos y prohibiciones, sobre los controles y la forma de realizarlos de los medios tecnológicos propiedad o sobre los que el empresario disponga la titularidad de los mismos y que los mismos estén a disposición de los trabajadores para que, en todo momento, conozcan las directrices que sigue la empresa en temas de control y vigilancia.

Aplicación de la Constitución Española

A continuación, procederemos a desgranar, principalmente, qué ha de respetarse, qué ha de tenerse en cuenta, para no vulnerar los derechos constitucionales individuales de intimidad y secreto de las comunicaciones en el ámbito laboral.

La propia Carta Magna o Constitución y, más concretamente, su artículo 18, garantiza el derecho fundamental a la intimidad personal y el secreto de las comunicaciones, salvo resolución judicial. Según lo expresado, los derechos del empresario se verían restringidos cuando estos afectan a la esfera privada del trabajador, debiendo por ello mediar resolución judicial previa para que el empresario pudiese investigar qué comunicaciones se han llevado a cabo por el trabajador, ya que en el mismo momento en que el empresario quiera acceder a dichos correos electrónicos para investigar si se está haciendo un uso indebido de la herramienta, si está enviado información confidencial, etc., puede que a su vez encuentre correos electrónicos personales lo que hace que esté invadiendo la esfera personal del empleado y el despido sería considerado nulo o improcedente, aunque se verificara que el trabajador enviaba información confidencial, realizara spam, utilizase la conexión a Internet para descargarse o reproducir archivos pornográficos o de contenido que pudiese ser ofensivo, etc.

La problemática con la que nos podemos encontrar es si la empresa descubre que un trabajador está utilizando el correo electrónico o medios tecnológicos para el envío de información confidencial de la entidad, la realización de un peritaje o la revisión de los contenidos de los correos electrónicos o aplicaciones informáticas sin consentimiento del trabajador, todo ello, sin respetar las garantías constitucionales y, tras todo ello, se considera o se adopta la decisión de despedir al trabajador o imponer sanción de suspensión de empleo y sueldo por faltas graves o muy graves.

Este es el supuesto de hecho enjuiciado en la Sentencia del Tribunal Constitucional.

- **Secreto de las Comunicaciones**

El derecho constitucional a la intimidad es un concepto material, mientras que el derecho constitucional al secreto de las comunicaciones es un concepto formal. Esto significa que lo que se pretende proteger en el secreto de las comunicaciones es el proceso de comunicación en libertad y no tanto el contenido del mensaje. Lo que se defiende o lo que se pretende proteger es que terceros puedan interferir, es decir, que la comunicación sea impenetrable.

En el supuesto de hecho que se enjuicia en la sentencia, el trabajador y el empresario se regían por el Convenio regulador del sector al que pertenecía la empresa, por lo que dicho convenio era vinculante a ambos. En dicho convenio se establecía que no se podían utilizar medios informáticos para fines distintos a los relacionados con el contenido de la prestación laboral. Dicho incumplimiento estaba tipificado como infracción leve.

En base a lo precedente, la remisión de correos electrónicos al margen de la actividad laboral no podía efectuarse y, a tal efecto, el empresario podía ejercitar la inspección a través del canal abierto, pudiendo someter a la fiscalización y control de dicho medio tecnológico. Por lo tanto, dado que estaba establecido por convenio regulador que no podrían utilizarse los medios tecnológicos puestos a disposición al margen de la propia prestación laboral, el canal de comunicación se encontraba abierto y, por tanto, el control y vigilancia del correo electrónico no vulneraba el artículo 18.3 CE.

- **Intimidad**

Supone preservar nuestro espacio reservado. Lo que garantiza el artículo 18.1 CE es *el secreto de nuestra propia esfera de vida personal, excluyendo que sean los terceros, particulares o poderes públicos, los que delimiten los contornos de nuestra vida privada.*

Pero el derecho a la intimidad no es absoluto, pudiendo ver cedidas dichas garantías, en virtud de intereses constitucionalmente relevantes, siempre y cuando el límite de esa necesidad sea, como así dice la reiterada jurisprudencia, relevante. Esto significa que, en cada caso, habrá que analizar las necesidades que pudieren ver limitado esa garantía absoluta de intimidad.

Cómo conocer si una medida adoptada, en este caso por una empresa para controlar y vigilar los medios tecnológicos, es necesaria y pudiere minimizar la garantía absoluta de intimidad. El Tribunal Constitucional determina que: *"para comprobar si una medida restrictiva de un derecho fundamental supera el juicio de proporcionalidad, es necesario constatar si cumple los tres siguientes requisitos o condiciones: si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad); y, finalmente, si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto)"*. Esta doctrina jurisprudencial ha de entenderse, de igual manera que la doctrina establecida por el Tribunal Supremo, es decir, que toda medida fiscalizadora en cuanto a vigilancia y control del empresario de los medios tecnológicos ha de regirse por el principio de proporcionalidad: idoneidad, necesidad y proporcionalidad estricta.

Conclusión

Tanto el empresario como el trabajador tienen reconocidos en su esfera determinados derechos y obligaciones que han de equilibrarse. El trabajador mantiene indemnes sus derechos constitucionales, aún en la esfera laboral, su garantía de dignidad -intimidad y secreto de las comunicaciones.- Pero dichos derechos y garantías pueden verse limitados por derechos constitucionales relevantes, en este caso, por la fiscalización del empresario de los medios tecnológicos que pone a disposición del trabajador para prestar su actividad laboral. Sin embargo, para que pueda operar la disminución de derechos individuales constitucionales, el empresario ha de informar a los trabajadores de las medidas que llevará a cabo en dicho derecho fiscalizador, así como de las prohibiciones del uso de los medios tecnológicos. Todo ello, siempre, respetando la dignidad de las personas.

Teniendo en cuenta lo expuesto anteriormente, se hará necesario dejar asentadas ciertas bases entre el trabajador y la empresa, entre las que destacamos:

- Contrato de confidencialidad en caso que acceda a información sensible de la empresa, donde se expongan las responsabilidades.

- Comunicaciones internas en las que se informe al trabajador del uso de las herramientas de trabajo. Dicha comunicación interna puede tomar forma en las Funciones y Obligaciones del Personal, o a través de comunicaciones individuales, recomendando guardar los log de lectura o la firma de la comunicación si se ha hecho por escrito y, en su caso, el recibí de entrega. En dichas comunicaciones se sugiere incorporar algunas directrices: contraseñas, uso del correo electrónico, Messenger, auditorias que se realicen de las herramientas de trabajo, etc. Dichas directrices o normas pudieren estar siempre disponibles en el ordenador o en acceso del personal laboral.
- La normativa de protección de datos de obligatorio cumplimiento para todas las empresas o personas que traten datos personales fuera del ámbito doméstico, deberán así mismo tener un Documento de Seguridad donde se especifiquen las medidas de seguridad que se llevan a cabo tanto en soporte papel como automatizado, debiendo anexar a dicho documento las Funciones y Obligaciones del Personal.
- En caso de que fuera necesaria la investigación del sistema informático utilizado por un trabajador, se hará necesario preservar la dignidad del trabajador en función o acorde a las medidas preventivas e informativas que hayamos llevado a cabo, obteniendo la información de una forma proporcional, objetiva y necesaria.

Efrén Santos Pascual
Socio-Abogado
ICEF Consultores