

La vigilancia por parte de la empresa del uso que hace el trabajador de internet y del correo electrónico durante la jornada laboral

Daniel Toscani Giménez

Profesor Titular de la Universidad de Valencia. Of Counsel de Alentta Abogados

Diario LA LEY, Nº 10229, Sección Tribuna, 15 de Febrero de 2023, LA LEY

Normativa comentada

Constitución Española de 27 Dic. 1978

TÍTULO PRIMERO. De los Derechos y Deberes Fundamentales

CAPÍTULO II. DERECHOS Y LIBERTADES

SECCIÓN 1.ª. De los derechos fundamentales y de las libertades públicas

Artículo 18

LO 15/1999 de 13 Dic. (protección de datos de carácter personal)

L 36/2011 de 10 Oct. (jurisdicción social)

LIBRO SEGUNDO. Del proceso ordinario y de las modalidades procesales

TÍTULO I. Del proceso ordinario

CAPÍTULO II. Del proceso ordinario

SECCIÓN 3.ª. De las pruebas

Artículo 90. *Admisibilidad de los medios de prueba.*

RDLeg. 2/2015 de 23 Oct. (texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores)

TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY DEL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES

TÍTULO I. De la relación individual de trabajo

CAPÍTULO I. Disposiciones generales

SECCIÓN 2.ª. Derechos y deberes laborales básicos

Artículo 4. *Derechos laborales.*

CAPÍTULO III. Modificación, suspensión y extinción del contrato de trabajo

SECCIÓN 4.ª. Extinción del contrato

Artículo 54. *Despido disciplinario.*

Jurisprudencia comentada

TC, Sala Primera, S 170/2013, 7 Oct. 2013 (Rec. 2907/2011)

TC, Sala Primera, S 241/2012, 17 Dic. 2012 (Rec. 7304/2007)

TS, Sala Cuarta, de lo Social, S 661/2017, 24 Jul. 2017 (Rec. 245/2016)

TS, Sala Cuarta, de lo Social, S, 6 Oct. 2011 (Rec. 4053/2010)

Comentarios

Resumen

La vigilancia, por parte de la empresa, del uso del ordenador, los archivos informáticos y el correo electrónico, de acuerdo con la jurisprudencia, constituyen excepciones al sistema de control por registros de la empresa y por ende, no sería de aplicación el art. 18 del ET, sino el art. 20, ET por tratarse de medios que son propiedad de la empresa y, en consecuencia, su vigilancia entra dentro de las facultades normales de control del empresario. De este modo, puede decirse que no se trata de objetos de carácter personal, sino herramientas de trabajo cuyo destino es facilitar la labor profesional. Ahora bien, a tales efectos, es necesario que la empresa haya establecido previamente las reglas de uso del correo electrónico y de Internet durante la Jornada Laboral.

Palabras clave

Uso de Internet en el trabajo, Vigilancia del correo electrónico del trabajador, Redes Sociales.

Para que la empresa pueda vigilar el uso de Internet que hace el trabajador durante la jornada laboral y muy especialmente el correo electrónico y el contenido de los mismos, es necesario que haya establecido previamente, y de forma meritoria, la prohibición total y absoluta del correo electrónico de la empresa para uso personal de los trabajadores (1), de tal modo que no exista una expectativa razonable de confidencialidad, sino que el trabajador tenga conciencia que se le puede vigilar el uso que haga de los medios informáticos y sancionar un uso incorrecto del mismo, para así superar el juicio de proporcionalidad (2). En consecuencia, no se puede considerar una comunicación confidencial a través de un canal cerrado (3). Tal prohibición puede fijarse directamente con el trabajador, bien verbalmente (en cuyo caso pueda haber un problema de prueba, que se puede solucionar a través de testigos, etc.), por escrito, contractualmente o, conforme al TC, también indirectamente a través de cláusulas del convenio colectivo aplicable, siempre que sea expresa y clara (4).



Sin embargo, en el supuesto de hecho de esta última sentencia del TC, la fundamentación de la facultad de vigilancia de la empresa estriba en la consideración del convenio colectivo como infracción leve el uso indebido del correo para razones extralaborales. Así, se mantiene la sanción por el uso indebido del correo electrónico, y por tanto, el trabajador no puede tener una expectativa razonable de confidencialidad, lo que daría lugar a la fiscalización del correo por parte de la empresa y el correcto despido, en su caso, por transgresión de la buena fe (5).

No obstante, en mi opinión, esta fundamentación está injustificada, en cuanto que tipifica como una infracción una acción genérica, como es el uso indebido del correo electrónico y que, como máximo habilita la imposición de una sanción leve, amonestación o suspensión corta de empleo y sueldo, extremo que daría lugar al acceso al contenido de los correos por parte del empresario y la posibilidad de imposición de sanción de carácter muy grave, lo que podría traducirse con el despido, por el contenido del correo de un supuesto concreto.

Esta remisión genérica no puede a mi juicio superar el juicio de proporcionalidad (6) al no romper la expectativa de confidencialidad del trabajador ya que le da a entender que la empresa podrá constatar, de forma genérica, el uso indebido del correo, mediante, por ejemplo, la revisión y control del historial o la bandeja de entrada de los correos electrónicos recibidos y remitidos e imponerle una sanción leve, pero que en ningún caso le faculta para abrir los correos y despedirle, facultad, esta última, que sólo se puede fundamentar en una prohibición absoluta del uso de los medios informáticos para cuestiones personales y la advertencia previa de que dicha prohibición podría conllevar la facultad de fiscalizar el contenido del correo, para superar las expectativas de confidencialidad del trabajador. Prohibición que, por supuesto, puede establecerse en convenio colectivo, pero en estos términos específicos señalados y no sobre la base de una infracción leve genérica sobre el mal uso de los medios informáticos.

Sin embargo, algunos autores van aún más allá en su argumentación y mantienen que «la prohibición en convenio colectivo de un uso extralaboral del correo electrónico no puede ser presupuesto válido sin más, para entender que en su ámbito de aplicación no hay expectativas razonables ni de intimidad ni de secreto de las comunicaciones. Entre otras razones porque si las leyes que regulen derechos fundamentales deben respetar el contenido esencial de los mismos por imperativo constitucional, no es entendible que a la prohibición en convenio colectivo se le pueda otorgar un alcance tal que invalide tales derechos en el seno de las relaciones laborales. Máxime si del secreto de las comunicaciones se trata, afectable sólo por resolución judicial, tal como prescribe el art. 18. 3 CE. (LA LEY 2500/1978)» (7).

A mi modo de ver, en todo caso, es necesario distinguir entre espacios

Es necesario distinguir entre espacios abiertos y comunicaciones con destinatarios concretos. Las consecuencias por tanto no serían iguales en todos los casos, dependiendo del contexto en el que se realicen

abiertos y comunicaciones con destinatarios concretos. Las consecuencias por tanto no serían iguales en todos los casos, dependiendo del contexto en el que se realicen. Así, en un blog que posee un carácter abierto, la empresa podría hacer uso de la información que contiene, en tanto se realiza en un medio de difusión en el que puede acceder todo aquel que lo desee, no encontrándose sujeto a restricción de acceso. Por consiguiente, no requiere el consentimiento de un tercero para su utilización. Asimismo, se podría controlar las direcciones y las páginas web visitadas por el trabajador, etc. Cuestión distinta es el contenido del correo electrónico remitido desde un ordenador de uso personal con usuario y contraseña.

Por ello, entendiendo que en este caso, o existe una normativa específica convencional o contractual o códigos de conducta interno o protocolos sobre el uso del correo electrónico, prohibiendo el uso por razones personales específicamente o, de lo contrario, los trabajadores tienen unas expectativas de derecho que obligará a la empresa a informar expresamente y con carácter previo, antes de poder acceder al correo electrónico, y además la información obtenida sólo se podrá utilizar para la finalidad comunicada al trabajador.

Ahora bien, es preciso destacar a continuación que en este supuesto concreto, no sólo se incide sobre el derecho a la intimidad del trabajador (art. 18.1 de la CE (LA LEY 2500/1978)), sino también sobre el derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 de la CE (LA LEY 2500/1978)) y que en este ámbito, en concreto, el texto constitucional exige una autorización judicial previa para poder acceder a las comunicaciones y para que, en consecuencia, la prueba sea lícita. Sin embargo, la jurisprudencia ha mantenido que tal condicionante sólo es exigible en el ámbito del procedimiento penal. En efecto, el TS distingue entre el ámbito penal y el ámbito social o laboral. En el primero, los principios y las garantías que caracterizan el procedimiento penal exigen, en opinión de la Sala Segunda del TS, la aplicación de criterios más rigurosos y estrictos para poder justificar la injerencia en el derecho al secreto de las comunicaciones de los imputados, y evitar una vulneración de los derechos que el imputado tiene reconocidos en el proceso penal.

La Sala de lo Penal afirma que, para que las comunicaciones de los trabajadores interceptadas por el empresario tengan valor y eficacia probatoria en la jurisdicción penal, resultará siempre necesaria la autorización e intervención judicial, según contempla el art. 18.3 de la Constitución Española (LA LEY 2500/1978), con algunas excepciones como son los denominados datos de tráfico, por ejemplo la posible utilización del equipo informático para acceder a otros servicios de la red como páginas web, etc., e incluso los mensajes que, una vez recibidos y abiertos por su destinatario, no forman ya parte de la comunicación propiamente dicha (8) . Pero estos supuestos excepcionales sí quedarían amparados por el derecho a la intimidad y por lo tanto, les serían aplicables las garantías que hemos visto sobre juicio de proporcionalidad y expectativas de derecho, a mi modo de ver.

Sin embargo, a mi juicio, tras la reforma de la Ley reguladora de la Jurisdicción Social (LA LEY 19110/2011), sería necesario revisar los criterios establecidos por la jurisprudencia, ya que la Ley 36/2011, de 10 de octubre (LA LEY 19110/2011), también introduce en estos casos la exigencia de autorización judicial previa en el orden social. En efecto, el art. 90.4 LRJS (LA LEY 19110/2011), al tratar precisamente la admisibilidad de los medios de prueba en el procedimiento social, no penal, establece que «cuando sea necesario a los fines del proceso el acceso a documentos o archivos, en cualquier tipo de soporte, que pueda afectar a la intimidad personal u otro derecho fundamental, el juez o tribunal, siempre que no existan medios de prueba alternativos, podrá autorizar dicha actuación, mediante auto, previa ponderación de los intereses afectados a través de juicio de proporcionalidad y con el mínimo sacrificio, determinando las condiciones de acceso, garantías de conservación y aportación al proceso, obtención y entrega de copias e intervención de las partes o de sus representantes y expertos, en su caso».

Por lo tanto, a mi criterio, actualmente en el orden social, para que se puedan interceptar los correos electrónicos de los trabajadores y tengan valor y eficacia probatoria en la jurisdicción social, es necesario bien el conocimiento previo por parte del trabajador de esta cuestión o bien una autorización e intervención judicial previa, pues se trata de supuestos amparados por el art. 18.3 de la CE. (LA LEY 2500/1978)

Lo mismo ocurre con las conversaciones telefónicas, pues pese a que la línea y los aparatos sean propiedad de la empresa y corran a su cargo, pues el empresario no puede escuchar o grabar las conversaciones telefónicas sin el

conocimiento expreso del trabajador. Del mismo, los correos electrónicos no pueden tener un tratamiento distinto.

Además, en aquellos supuestos exceptuados por no formar parte de la comunicación, como pueden ser los correos electrónicos ya abiertos y leídos por su destinatario, pese a no ser aplicable el art. 18.3 de la CE (LA LEY 2500/1978), no obstante, sería aplicable el art. 18.1, y por ende, el art. 4.2 e) del ET (LA LEY 16117/2015), o lo que es lo mismo, el derecho a la intimidad de los trabajadores y, en consecuencia, como hemos destacado antes, en todo caso, es necesario distinguir entre espacios abiertos y comunicaciones con destinatarios concretos.

En los primeros, la empresa puede hacer uso de los medios sin el consentimiento del trabajador. Así, por ejemplo, blogs, controlar las direcciones y las páginas web visitadas por el trabajador, etc. Cuestión distinta es el contenido del correo electrónico remitido desde un ordenador de uso personal con usuario y contraseña, aunque sea para acceder a correos que el trabajador ya hubiese abierto y leído, pero no hubiese borrado. En estos casos, o existe una normativa específica convencional o contractual o códigos de conducta interno o protocolos, sobre el uso del correo electrónico, prohibiendo el uso por razones personales específicamente o, de lo contrario, los trabajadores tienen unas expectativas de derecho que obligará a la empresa a informar expresamente antes de poder acceder al correo electrónico y además la información obtenida sólo se podrá utilizar para la finalidad comunicada al trabajador. Todo ello para superar el juicio de proporcionalidad.

En este sentido cabe destacar la Sentencia del Tribunal Supremo, de 24 de julio de 2017 (LA LEY 121291/2017), que mantiene que lesiona la libertad sindical el hecho de supeditar el uso sindical de las listas de distribución corporativa a la previa autorización empresarial y conocimiento del **contenido del correo**.

Es necesario señalar, asimismo, respecto del correo electrónico, que en los supuestos en los que la dirección del correo electrónico pueda dar lugar a ofrecer información sobre la persona que es titular del mismo ya sea a través del nombre y apellidos e incluso cuando dichos datos no estén referenciados como tal o pueda desprenderse de la dirección de correo, la Agencia de Protección de Datos determina que dicha información tiene carácter de dato personal, y en consecuencia, la aplicación y protección que la LOPD ofrece en este sentido (9).

En el supuesto de que uno de los trabajadores realice comentarios a modo de insultos o injurias, siendo un acceso restringido, limita la respuesta de la empresa en tanto que existe cierta privacidad en los comentarios realizados

En cuanto a las redes sociales, en la práctica, es frecuente que en las empresas los propios compañeros de trabajo tengan relaciones de amistad entre sí en las redes sociales, lo que da a lugar a que lo que allí se diga o se comparta, llegue a ponerse en conocimiento de todos los miembros de la red. En el supuesto de que uno de los trabajadores realice comentarios a modo de insultos o injurias, siendo un acceso restringido, limita la respuesta de la empresa en tanto que existe cierta privacidad en los comentarios realizados. No obstante, esto no ha sido óbice para la respuesta de ciertas empresas. Uno de los medios utilizados por las empresas para acceder a los materiales subidos a la red o a los comentarios realizados. (STSJ País Vasco 26 de octubre de 2010, STSJ Andalucía de 10 de noviembre de 2011, STSJ de

Madrid de 25 de mayo de 2011 y STSJ de la Comunidad Valenciana de 8 de febrero de 2011), se ha basado en que uno de los amigos de la persona que realizó los comentarios que al mismo tiempo es trabajador de la empresa hace saber a los superiores las circunstancias ocurridas, momento en que la empresa interviene contra el trabajador. ¿Es esto lícito? ¿Supone una conculcación de los derechos a la intimidad y al secreto de las comunicaciones?

Se podría argumentar que la persona que accede a la información está habilitada para ello en tanto en cuanto está considerada como amigo respecto de las normas propias de la red social, y en consecuencia no hay intromisión alguna si el propio trabajador es quien da consentimiento de los hechos a la empresa. Si por el contrario, es la propia empresa quien hace un uso no permitido de la red y accede a la información sin el consentimiento de ninguna de las partes implicadas en la comunicación, implicaría la nulidad de la sanción o del despido por la ilicitud en su obtención.

De todos modos, cabe recordar ahora, como ya hemos señalado antes, que se trata de comunicaciones abiertas o públicas, esto es, aquellas que se realizan a través de un canal del que no puede predicarse su confidencialidad, siendo de fácil acceso por parte de cualquier usuario, sin necesidad de una clave de acceso, sino siendo suficiente estar registrado y que los datos o mensajes se pueden reenviar por cualquier otro usuario. Incluso, en la práctica, muchas veces, ni siquiera es necesario estar registrado en la red social en cuestión, sino que es suficiente con hacer

una búsqueda de la materia en cualquier buscador, tipo Google, para obtener tal información.

Ahora bien, siempre y cuando lo que se haya dicho por el trabajador en dichas redes sociales afecte a la empresa, esto es, suponga un incumplimiento laboral. Divulgación de información confidencial, insultos a la empresa, a los directivos o a compañeros, acoso a compañeros, etc. Sin embargo, si el trabajador ha proferido insultos, esto es, calumnias o injurias a otras personas ajenas a la empresa, ya sería más discutible la facultad de la empresa de sancionarlo o incluso despedirlo. En efecto, extramuros a los supuestos en que hubiera un código ético en la empresa que prohibiera dichas conductas o así se hubiera previsto en el apartado de régimen disciplinario del convenio colectivo de la empresa, que no suele ser lo habitual, ni mucho menos, el trabajador en realidad ni hubiera incumplido ninguna obligación laboral. En efecto, si vemos el art. 54 del ET (LA LEY 16117/2015), que establece las causas de despido disciplinario, tanto la letra c) que contiene el supuesto de ofensas verbales, como la letra g) que contempla el caso de acoso por cualquier causa, van referidas al empresario, su familia o personas que trabajen en la empresa. Por lo tanto si las ofensas se vierten sobre personas ajenas a la empresa, no hay un tipo específico de causa de despido disciplinario en el art. 54 del ET (LA LEY 16117/2015). A lo sumo, si el caso se hiciera público, en los medios de comunicación y afectar al nombre de la empresa y si el trabajador trabajara cara al público y los clientes lo identificaran y todo ello llegara a perjudicar a la empresa, se podría aplicar la letra d) del art. 54 del ET (LA LEY 16117/2015), transgresión de la buena fe y abuso de confianza, pues la empresa podría alegar que ha perdido la confianza en el trabajador. De todos modos, sería muy discutible, más bien en el supuesto de cargos de confianza.

Luego también estaría la cuestión de la utilización de los propios dispositivos, fundamentalmente el móvil durante la jornada laboral. En estos casos se puede sancionar por parte la empresa, si supone una disminución del rendimiento normal o pactado por estar con el móvil y no hacer su trabajo, o también por transgresión de la buena fe o abuso de confianza. Si le llama la atención en reiteradas ocasiones y sigue utilizando el despido en lugar de hacer su trabajo se podría despedir de forma procedente.

-
- (1) STS de 6 de octubre de 2011 (LA LEY 255452/2011) y STEDU de 5 de septiembre de 2017. Que determina que serán los Tribunales de cada país quienes estimarán el alcance necesario de la advertencia de la empresa a los trabajadores de la prohibición del uso del correo para fines personales.
-
- (2) STS de 23 de octubre de 2018.
-
- (3) STC 241/2012, de 17 de diciembre (LA LEY 209790/2012). Así, tampoco existiría dicha expectativa razonable de confidencialidad cuando el ordenador utilizado no sea de uso personal, sino colectivo. STS de 6 de octubre de 2011. Vid. TALENS VISCONTI, E., «La expectativa razonable de confidencialidad como presupuesto de vulneración de derechos fundamentales en la fiscalización informática llevada a cabo por el empresario», Revista Doctrinal Aranzadi Social, nº. 51, 2013, pág. 3.
-
- (4) STC 170/2013, de 7 de octubre (LA LEY 145700/2013).
-
- (5) TALONS VISCONTI, E., «La prohibición de uso extralaboral de los equipos informáticos establecidos en convenio colectivo», Revista Aranzadi de Derecho y nuevas tecnologías, nº. 34, 2014, págs. 298 a 302.
-
- (6) En el mismo sentido, vid. SEPÚLVEDA GÓMEZ, M., «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 Temas Laborales, nº. 122, 2013, pág. 210.
-
- (7) SEPÚLVEDA GÓMEZ, M., «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 Temas Laborales, nº. 122, 2013, pág. 210.
-
- (8) STS de 16 de junio de 2014.
-
- (9) TÉLLEZ AGUILERA, A., «Nuevas Tecnologías. Intimidad y Protección de datos. Estudio sistemático de la Ley Orgánica 15/1999 (LA LEY 4633/1999)», Ed. Edisofer, Madrid, 2001, pág. 115 y ss.
-