

**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**

*Sentencia del Tribunal Constitucional,
170/2013, de 7 de octubre de 2013*

MARÍA SEPÚLVEDA GÓMEZ*

SUPUESTO DE HECHO: El asunto versa sobre el despido disciplinario del trabajador por transgresión de la buena fe, en el que la empresa para la que presta servicios desde 1976 le imputa haber mantenido durante mucho tiempo una conducta de máxima deslealtad por haber proporcionado indebidamente información confidencial de la empresa a personal de otra entidad mercantil, sin haber pedido nunca autorización para ello y utilizando en dicha transmisión medios que eran propiedad de la empresa -en concreto, teléfono móvil y correo electrónico-. De manera específica, desde el correo electrónico de la empresa, el demandante había transmitido todos los datos relativos a la previsión de la cosecha de 2007 y 2008 a esa otra entidad, incluyendo extremos especialmente sensibles de cuya importancia era conocedor, por lo que no debían transmitirse en ningún caso a nadie de fuera de la empresa.

Previamente, con fecha 17 de junio de 2008, y a requerimiento de la empresa, se había personado en su sede un notario, al que, por un lado, se pone a su disposición un teléfono móvil propiedad de la empresa, comprobándose el contenido de los mensajes «SMS», y por otro, se le entrega en depósito un ordenador portátil, también propiedad de la empresa; se procede después en la notaría, en su presencia y por parte de un técnico, a identificar el disco duro y a efectuar una copia del mismo, sin posibilidad de modificación de datos.

Se da por probado que, en fecha 3 de mayo de 2007, un documento con los datos de la cosecha de 2007 fue reenviado por correo electrónico desde la dirección Eugenio@Alcaliber.com a una cuenta desconocida y que, igualmente, el 23 de abril de 2008 y desde esta misma dirección se remitieron a la cuenta de

* Profesora C. Doctora, Titular de Universidad acreditada, de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

correo electrónico de otra empresa todos los datos relativos a la previsión de la cosecha de 2008.

El art. 59.11 del XV Convenio Colectivo de la Industria Química tipifica como falta leve “La utilización de los medios informáticos propiedad de la empresa (correo electrónico, Intranet, Internet, etc.) para fines distintos de los relacionados con el contenido de la prestación laboral, con la salvedad de lo dispuesto en el artículo 79.2”. El art. 79.2 de este mismo Convenio, intitulado “Otros derechos sindicales”, permite que los representantes de los trabajadores puedan hacer uso del mismo únicamente para comunicarse entre sí y con la dirección de la empresa, siendo necesario para cualquier otro uso ajeno a lo anteriormente expuesto, el acuerdo previo.

RESUMEN: El trabajador recurrente presentó demanda de despido, en la que, tras negar los hechos imputados y considerar como prueba no válida la obtenida por la empresa al acceder al contenido de sus comunicaciones efectuadas a través del correo electrónico -sin haber dado su autorización para ello- y desconociendo por tanto sus derechos fundamentales a la intimidad y al secreto de las comunicaciones, solicitaba la declaración de improcedencia del despido.

El demandante impugnó el informe pericial presentado por la empresa en relación con los correos electrónicos, por vulneración de derechos en su obtención. Para diligencia final, por la Magistrada se requirió a Telefónica de España, S.A. para que aportara certificación de la remisión y recepción de los correos electrónicos contenidos en el informe pericial de Alcaliber, S.A., presentándose escrito de alegaciones por el demandante, en el que indica que la información extraída del ordenador atribuido al actor se obtuvo por la empresa contraviniendo la doctrina contenida en la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de septiembre de 2007, que establece determinados límites para el registro del ordenador asignado empresarialmente a un trabajador, a fin de que no se afecte «una expectativa razonable de intimidad», razón por la que considera que los correos electrónicos constituyen una prueba ilegítimamente obtenida que debe declararse nula.

Por Sentencia de 15 de julio de 2009, el Juzgado de lo Social núm. 16 de Madrid desestimó la petición de nulidad de la prueba pericial aportada por la empresa en relación con los correos electrónicos, dado que su práctica, fundada en las sospechas de un comportamiento irregular del trabajador, quedaba amparada por el art. 20.3 del Estatuto de los Trabajadores (ET), aduciendo además que el convenio colectivo de aplicación sancionaba como falta leve la utilización de los medios informáticos propiedad de la empresa para usos distintos de los relacionados con la prestación laboral. No obstante lo anterior, la sentencia estimó la demanda y declaró el despido improcedente, por considerar desproporcionada la sanción impuesta frente a la gravedad de los hechos acreditados en el juicio.

La citada sentencia fue recurrida en suplicación por la empresa Alcaliber, S.A., que fue resuelto por la sentencia de 27 de abril de 2010 de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que estima el recurso de suplicación de la empresa, declarando procedente el despido, por entender probado el incumplimiento grave y culpable del trabajador sin que se haya producido violación de los derechos a la intimidad personal ni al secreto de las comunicaciones. Presentado recurso de amparo por el actor frente a la anterior sentencia, por entender éste violados los citados derechos fundamentales, es resuelto por la ahora comentada Sentencia del Tribunal Constitucional, Sala Primera, de 17 de octubre de 2013 (BOE de 11 de noviembre), habiendo sido Ponente de la misma el Magistrado D. Andrés Ollero Tassara, mediante la que se desestima el recurso por entender que no han sido lesionados los derechos a la intimidad personal (art. 18.1 CE) ni el derecho al secreto de las comunicaciones del recurrente en amparo (art. 18.2 CE), al concluirse que no concurren en el presente caso expectativas razonables de intimidad ni de secreto de las comunicaciones para el trabajador.

INDICE:

1. EJERCICIO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES A LA INTIMIDAD Y AL SECRETO DE LAS COMUNICACIONES EN LA RELACIÓN LABORAL Y PODER DE CONTROL EMPRESARIAL
2. LÍMITES EN EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES AFECTADOS. EL DESFASADO CRITERIO DE LA NECESARIA ADAPTABILIDAD
3. CONTRA LÍMITES DE LAS MEDIDAS EMPRESARIALES AFECTANTES DE DERECHOS FUNDAMENTALES DEL TRABAJADOR. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

1. EJERCICIO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES A LA INTIMIDAD Y AL SECRETO DE LAS COMUNICACIONES EN LA RELACIÓN LABORAL Y PODER DE CONTROL EMPRESARIAL

Es algo admitido hoy doctrinal y jurisprudencialmente que los derechos fundamentales de las personas pueden ser ejercidos de forma universal, por todos los ciudadanos en todos los ámbitos de la vida social, incluyendo el de las relaciones de trabajo y, en este sentido, se destaca que no por ello se altera la naturaleza de dichos derechos, pero sí es determinante de una impregnación laboral de los mismos, que se convierten así en verdaderos derechos laborales¹.

¹ En este sentido Sanguineti Raymond, W., “Derechos fundamentales del trabajador y poderes empresariales”, Relaciones laborales 21/2012.

El trabajador no sólo va ser titular de derechos fundamentales típicamente laborales, “sino que también es titular de los demás derechos humanos, aquellos esenciales a la persona humana simplemente en cuanto tal y de los que el trabajador no puede ser privado por la celebración de un contrato de trabajo o la incorporación a una unidad productiva”². En el mismo sentido, se afirma que “la Constitución no puede quedarse a las puertas de los centros de trabajo (...), más en concreto, los derechos fundamentales que la Constitución reconoce a todos los ciudadanos no pueden desaparecer o quedar suspendidos por el hecho de que exista una relación laboral”³.

En este mismo sentido ha evolucionado la doctrina del Tribunal Constitucional, que reconoce la plena efectividad de los derechos fundamentales del trabajador en el marco de la relación laboral, ya que ésta no puede implicar en modo alguno la privación de tales derechos para quienes prestan servicio en las organizaciones productivas, que no son ajenas a los principios y derechos constitucionales que informan el sistema de relaciones de trabajo (STC 88/1985; 129/1989; 126/1990; 292/1993; 99/1994; 134/1994; 106/1996; 98/2000, entre otras).

Sin embargo, como ha puesto de manifiesto la doctrina laboral, la aplicación de la teoría de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales en el terreno de las relaciones de trabajo ha dado lugar hasta el momento a ‘resultados más bien discretos’, cuando no ‘insatisfactorios’, porque la aplicación de estos derechos ha sido desigual y fragmentaria y porque aún está por resolver el problema de la compatibilidad o no del ejercicio de tales derechos con el conjunto de las obligaciones libremente asumidas por el trabajador a través del contrato de trabajo, y con el desenvolvimiento de los poderes empresariales⁴. Problema que en parte se produce por la ausencia de una regulación normativa del ejercicio de los derechos fundamentales de los trabajadores en el ámbito de la relación laboral ni, en particular, para resolver los conflictos originados a partir de la utilización por los trabajadores y empresarios de las nuevas tecnologías⁵.

² Según Hermida Uriarte, O., en su Prólogo a *Ciudadanía en la empresa o los derechos fundamentales inespecíficos*, de S. Gamonal Contreras, Fundación de Cultura Universitaria, Uruguay, 2004, p.5.

³ Sempere Navarro, A. V. y San Martín Mazzuconi, C., *Nuevas tecnologías y relaciones laborales*, Aranzadi, 2002, p. 42.

⁴ Sanguinetti Raymond, W., “Derechos fundamentales del trabajador y poderes empresariales”, *Relaciones laborales* 21/2012.

⁵ Sempere Navarro, A. V. y San Martín Mazzuconi, C., *Nuevas tecnologías y relaciones laborales*, Aranzadi, 2002, p. 38, quienes apuntan que la regulación legal existente sobre protección de datos de carácter personal resulta insuficiente.

Va a ser, por tanto, en sede judicial donde se sitúen las controversias sobre límites de los derechos fundamentales cuando se ejercen en el contrato de trabajo respecto de los poderes empresariales de dirección y control de la actividad productiva, lo que si bien va generando un cuerpo jurisprudencial y constitucional que da base a la conformación de principios interpretativos, conllevan por otro lado una considerable casuística que en ocasiones no permite la extrapolación de soluciones.

En la evolución judicial en la materia, el avance en el reconocimiento del ejercicio de derechos fundamentales en la relación laboral también ha conllevado como contrapartida su limitación; en un primer, la limitación del ejercicio de derechos fundamentales por los trabajadores en la relación laboral fue concebida con cierta intensidad, en el sentido de admitir las limitaciones en la medida en que dichos derechos se desenvuelven en el seno de una organización que refleja otros derechos reconocidos constitucionalmente en los arts. 38 y 33 CE y que impone, según los supuestos, la necesaria adaptabilidad para el ejercicio de todos ellos (SSTC 99/1994; 106/1996; 136/1996), perspectiva ésta desde la que se van a valorar las específicas limitaciones que a los derechos fundamentales les pueda imponer el propio desarrollo de la relación laboral (STC 6/1995; entre otras).

Sin embargo, paulatinamente el enfoque judicial de la materia va a centrarse en otros términos diferentes a la necesaria adaptabilidad del ejercicio de los derechos fundamentales en el trabajo a los derechos de la organización empresarial productiva. No dando por sentado la prevalencia de éstos en todo caso, el análisis pasa a situarse en la comparación de los derechos en colisión y la determinación en cada caso de cuál debe ser el derecho prevalente, solución que vendría aportada “por la aplicación del *principio de proporcionalidad*, de acuerdo con el cual el sacrificio de un derecho fundamental –sea éste de titularidad del trabajador o del empresario- sólo resulta admisible desde el punto de vista constitucional en la medida que pueda ser considerado imprescindible para la satisfacción de otro derecho fundamental que resulte prevalente de acuerdo al sistema de valores consagrado por la Constitución y las circunstancias del caso concreto”⁶ (SSTC 98/2000; 186/2000; 281/2005, entre otras). Principio de proporcionalidad que, por otro lado, ha sido recepcionado en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea ((2000/C 364/01), art. 52, relativo al alcance de los derechos garantizados⁷. Pero su análisis aplicado

⁶Sanguineti Raymond, W., “Derechos fundamentales del trabajador y poderes empresariales”, Relaciones laborales 21/2012.

⁷ Según el cual: *Cualquier limitación del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por la presente Carta deberá ser establecida por la ley y respetar el contenido esencial de dichos derechos y libertades. Sólo se podrán introducir limitaciones, respetando el principio de proporcionalidad, cuando sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás.*

a la sentencia objeto de comentario lo haremos más adelante con ocasión del análisis de los contra límites de las medidas empresariales afectantes de derechos fundamentales, esto es, como límite de los límites, utilizando terminología de la doctrina constitucionalista.

Sí interesa dejar ahora constancia de la estrecha relación existente entre los objetivos de la medida empresarial que limita los derechos fundamentales del trabajador y la proporcionalidad de la misma que pueda justificar tal limitación. Serán esos objetivos los que desvelarán el concreto interés empresarial que se pretende satisfacer mediante la limitación de los otros derechos en colisión, a los efectos de poder realizar el específico juicio de ponderación entre derechos.

En la sentencia objeto de análisis, los derechos afectados son el derecho a la intimidad personal y al secreto de las comunicaciones, artículos 18.1 y 18.3 CE, frente al poder de control y el poder disciplinario del empresario que se derivan a su vez de la libertad de empresa, art. 38 CE, y el derecho a la propiedad privada, art. 33 CE. La controversia objeto de examen judicial gira en torno si las medidas empresariales adoptadas –acceso por parte de la empresa al correo electrónico y a los mensajes de texto del teléfono móvil que usa el trabajador en su puesto de trabajo, puestos a su disposición por la empresa para la realización del trabajo- son o no respetuosas con los derechos a la intimidad y al secreto de las comunicaciones del trabajador durante la realización de su trabajo.

No estamos en el presente caso ante un supuesto de medidas generales adoptadas por la empresa en uso de su poder de vigilancia y control en la ejecución del trabajo de todos los trabajadores, sino de una medida *ad hoc*, concreta y subjetiva, aislada y personal, para confirmar la sospecha empresarial de un supuesto incumplimiento laboral grave por parte del trabajador –suministrar información reservada de la empresa sobre su producción a otra empresa-; se trata de lo que la doctrina denomina “un control de irregularidad, no de regularidad laboral” estando orientado el mecanismo de control a la constatación de dicha irregularidad basada en sospechas o indicios fundados y que supone una actuación de control más invasiva por dirigirse a la supervisión de un comportamiento individual de incumplimiento⁸. En concreto, en el caso analizado por la STC 170/2013, la medida empresarial de control impugnada, que sirve de base al despido disciplinario, se adopta con el único fin de constatar un concreto incumplimiento laboral diferente al uso extraprofesional del correo electrónico y teléfono móvil ambos de la empresa, que permita al empleador aplicar el poder disciplinario, lo que se hace mediante despido disciplinario.

⁸ En este sentido, González Ortega, S., “La informática en el seno de la empresa. Poderes del empresario y condiciones de trabajo”, en AAVV, *Nuevas tecnologías de la información y la comunicación y Derecho del Trabajo*, Coordinadores M. R. Alarcón Caracuel y E. Legarreta, Bomarzo, 2004, p. 44.

Si bien es cierto que dicho tipo de control empresarial singularizado para la confirmación de un incumplimiento laboral concreto por parte de un trabajador, forma parte también del poder general de vigilancia y control que el artículo 20.3 del Estatuto de los Trabajadores (en adelante ET), reconoce a las empresas, sin embargo el diferente objetivo perseguido por el poder general de control del trabajo y un ejercicio concreto del mismo se habrá de tener en cuenta a la hora de valorar la constitucionalidad de la medida empresarial y sus límites en relación con los derechos fundamentales afectados, como tendremos ocasión de exponer.

Por otro lado, es de interés resaltar la no existencia en el caso analizado, o al menos la no constancia, de una política de control empresarial en torno al uso de las tecnologías de la información y la comunicación (TICs) en el trabajo; esto es, ni pactada en el convenio colectivo aplicable, ni decidida en un código de conducta de la empresa, ni en circulares internas o instrucciones verbales de la empresa sobre el uso de las mismas en la ejecución del trabajo. La única referencia al respecto va a ser la tipificación en el convenio colectivo aplicable (art. 59.11), como falta laboral leve, de la conducta consistente en “la utilización de los medios informáticos propiedad de la empresa (correo electrónico, Intranet, Internet, etc.) para fines distintos de los relacionados con el contenido de la prestación laboral, con la salvedad de lo dispuesto en el artículo 79.2”;⁹ precepto éste último que regula el uso de los medios informáticos con fines sindicales.

Como afirma la doctrina laboralista, la materia es de plena actualidad debido a la rápida y masiva introducción del correo electrónico en la empresa, y a la dificultad de articular criterios jurídicos sólidos acerca del uso de los sistemas de mensajería electrónica en el seno de la empresa⁹. La difícil relación entre el poder de control empresarial y el uso de las nuevas tecnologías en el trabajo ha sido y sigue siendo permanente, dada la posible afectación de derechos fundamentales inespecíficos de los trabajadores en la aplicación de aquél, en un contexto de relaciones entre privados. Desde esta perspectiva, ha destacado tempranamente la doctrina el aumento del poder de control del empresario sobre la prestación de trabajo y sobre el trabajador que conlleva la introducción de nuevas tecnologías en el trabajo, siendo por ello necesario “imaginar fórmulas jurídicas que concilien las exigencias del respecto a la dignidad y a la privacidad del trabajador, con la renovación de los aparatos productivos”¹⁰.

⁹ Martínez Fons, D., El control empresarial del uso de las nuevas tecnologías en la empresa, en AAVV, *Relaciones laborales y nuevas tecnologías*, Del Rey Guanter, S. (Director) y Luque Parra, M. (Coordinador), La Ley, 2005, p. 220.

¹⁰ Pérez de los Cobos Orihuel, F., *Nuevas tecnologías y relación de trabajo*, Tirant lo Blanch, 1990, pp.72 y 90.

2. LÍMITES EN EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES AFECTADOS EN LA RELACIÓN LABORAL. EL DESFASADO CRITERIO DE LA NECESARIA ADAPTABILIDAD

Es algo admitido que el ejercicio de los derechos no es ilimitado, y que “a pesar de su imprescindibilidad, no son derechos absolutos, pues en el ordenamiento jurídico, como sistema que es, todos los derechos son limitados, pues todos se encuentran en relación próxima entre sí y con otros bienes constitucionalmente protegidos con los cuales, potencialmente, cabe el conflicto”¹¹.

Partiendo de la aceptación de tal afirmación, y de la dogmática desarrolla sobre las limitaciones a los derechos fundamentales, resulta llamativo el hecho de que la sentencia objeto de análisis no sitúa su razonamiento en términos de límites de los derechos fundamentales inespecíficos en la relación laboral, sino en el de determinación del ámbito protegido en cada uno de los derechos en cuestión, esto es, el derecho a la intimidad y el derecho al secreto de las comunicaciones, en relación con el poder empresarial de control de la relación laboral.

Así, tras destacar la jurisprudencia constitucional sobre la necesaria adaptabilidad de los derechos del trabajador a los razonables requerimientos de la organización productiva en que se integra (STC 126/2003), la sumisión de ciertos aspectos de la actividad humana a los poderes empresariales (STC 99/1994), y la estrictamente indispensable modulación que el contrato de trabajo puede producir en el ejercicio de los derechos fundamentales para el logro de los legítimos intereses empresariales (SSTC 213/2002; 20/2002; 151/2004), la sentencia comentada parte de una sucinta referencia a su labor de delimitación del ámbito de cobertura de ambos derechos que resume con la afirmación en relación al derecho de secreto de las comunicaciones que “queda fuera de la protección constitucional aquellas formas de envío de la correspondencia que se configuran legalmente como comunicación abierta, esto es, no secreta” (FJ 4); y en relación al derecho a la intimidad, la afirmación de que “el ámbito de cobertura de este derecho fundamental viene determinado por la existencia en el caso de una expectativa razonable de privacidad o confidencialidad”, pero teniendo en cuenta las circunstancias del caso, “...tampoco en este caso podemos apreciar que el trabajador contara con una expectativa razonable de privacidad respecto de sus correos electrónicos registrados en el ordenador de la entidad empresarial” (FJ 5).

¹¹ Fernández Nieto, J., *Principio de proporcionalidad y derechos fundamentales: una perspectiva desde el derecho público común europeo*, Dykinson, 2009. p 51.
<http://site.ebrary.com/lib/unisev/Doc?id=10280744&ppg=64>

Aplicado el anterior argumento al caso concreto, en el examen de ambos derechos fundamentales llega el Tribunal a la misma conclusión: ni el derecho a la intimidad ni el derecho al secreto de las comunicaciones alegados por el recurrente como lesionados por la medida empresarial tenían expectativas de pleno goce, esto es, ni expectativa de intimidad ni expectativa de comunicación secreta.

La premisa para llegar a tal conclusión también es la misma en ambos casos: el convenio colectivo de sector, aplicable a la empresa en cuestión, que contempla como falta leve en el trabajo *la utilización de los medios informáticos propiedad de la empresa (correo electrónico, Intranet, Internet, etc.) para fines distintos de los relacionados con el contenido de la prestación laboral* (art. 59.11).

Ésta va a ser la *ratio decidendi* de la sentencia comentada, para llegar al fallo de desestimación del recurso de amparo solicitado. El razonamiento a partir de dicha premisa, va a ser el de considerar esa conducta tipificada como falta leve en el convenio colectivo como equiparable a la existencia de una prohibición absoluta en la empresa del uso extraprofesional del correo electrónico; lo que a su vez lleva a al Tribunal a considerar que tal prohibición permite a la empresa desplegar medidas de control al objeto de la verificación de su cumplimiento o no por los trabajadores; y a entender que el trabajador debía conocer esta posibilidad de control porque debía conocer el convenio colectivo aplicable a la empresa.

Entendemos que este punto de partida es erróneo porque sienta una base muy amplia para que cualquier medida de control sea legítima, ya sea para constatar en sentido estricto y formal el uso exclusivo del correo electrónico para fines laborales, ya sea para constatar otro incumplimiento laboral diferente que se desarrolle a través de ese medio de comunicación –como es el caso-. En paralelo, ello supone que el ejercicio del derecho al secreto de las comunicaciones y el espacio de intimidad personal no tendrían eficacia por quedar así excluidos del ámbito protegido de tales derechos, según se deduce de la sentencia; de este modo, con independencia de la intensidad de la medida de control de que trate, se proyectaría sobre un ámbito no protegido por tales derechos, lo que equivale a afirmar que tales derechos quedan excluidos del ámbito de la relación laboral por estar prohibido su ejercicio cuando se pretenda canalizar a través de medios informáticos de la empresa.

Desde luego esta es una cuestión nada fácil de solucionar porque nos sitúa en la delimitación misma del poder de dirección y control de las empresas y el del ejercicio de derechos fundamentales en la relación de trabajo. Pero, precisamente, a este fin se han dedicado no pocas sentencias constitucionales que avanzando en la interpretación de los derechos fundamentales habían superado ya la teoría de la adaptabilidad de los derechos fundamentales al marco de los

derechos y obligaciones propio del contrato de trabajo, según la cual “... el ejercicio de los derechos fundamentales por el trabajador solamente resulta posible en la medida en que no afecte a dicho marco, al fin y al cabo fruto de una decisión libremente asumida por el mismo; no en caso contrario”¹².

Tanto si la base para tal subordinación de los derechos fundamentales en la relación laboral se sustenta en una prohibición establecida en convenio colectivo¹³, como si se basa en una política empresarial de control unilateralmente decidida, ello no puede conducir sin más a entender que dicho ámbito queda excluido del ejercicio de los derechos fundamentales, pues se estaría dejando en manos de un sujeto privado una decisión de tal magnitud, que antepone sus intereses y derechos frente a otro sujeto privado titular de derechos fundamentales con el que mantiene una relación contractual. Entender así los términos del debate siempre conduce en todo caso y necesariamente a la exclusión de los derechos constitucionales de una de las partes de la relación laboral a favor de la otra, mediando pacto al respecto o decidido de forma unilateral¹⁴.

Por ello entendemos, como decíamos antes, que el punto de partida de la sentencia es erróneo, pues supone el retorno a una concepción restrictiva del ejercicio de los derechos fundamentales en la relación laboral, que priva directamente a uno de los sujetos de la relación laboral del ejercicio de tales derechos constitucionales, por anteponerse *ab initio* los derechos del otro sujeto de la relación, en virtud del pacto en convenio colectivo sobre la prohibición de uso extralaboral del correo electrónico de las empresas. Se enerva así ya toda posibilidad de ejercicio legítimo del derecho a la intimidad y al secreto de las comunicaciones en el trabajo cuando se pretende su ejercicio mediante la

¹² Sanguinetti Raymond, W., “Derechos fundamentales del trabajador y poderes empresariales”, *Relaciones laborales* 21/2012.

¹³ Colàs Neila, E., *Derechos fundamentales del trabajador en la era digital: Una propuesta metodológica para su eficacia. Las comunicaciones electrónicas en la empresa como estudio de caso*, Bomarzo, 2012, pp. 129 y 130, hace referencia a que en muchas ocasiones los convenios colectivos recogen el uso de las TIC en el trabajo sólo desde la perspectiva disciplinaria, incluyendo el fenómeno como faltas laborales “que reflejan, en cierta medida, una perspectiva ideológico-política de entender las relaciones laborales alejada de un discurso que permita la existencia de cauces de ejercicio de derechos y que no trata de evitar el conflicto sino a través de la represión de determinadas conductas”.

¹⁴ Con acierto afirma Falguera Baró, M., que el “Uso por el trabajador del correo electrónico de la empresa para fines extraproductivos y competencias de control del empleador”, *Relaciones Laborales*, núm. 22/2000, “...la competencia inicial del empresario para limitar el uso del correo electrónico, en forma activa o pasiva, para fines extraproductivos y la consiguiente capacidad de control no puede ser omnímoda: se halla constreñida por el posible ejercicio en cada supuesto de los derechos fundamentales del trabajador en el seno de la relación laboral; y viceversa: ese ejercicio está también modulado por la propia relación de dependencia. En efecto, los derechos constitucionales se encuentran sometidos entre sí a relaciones de coordinación, no de subordinación”.

cuenta de correo propiedad de la empresa, quedando expedita la vía de control empresarial en uso de la cual puede acceder la empresa a la cuenta de correo electrónico del trabajador y a su contenido, con fines disciplinarios.

No obstante, lo anterior no significa que sí en cambio podamos mantener sin más la afirmación inversa, esto es, que la titularidad y ejercicio de derechos fundamentales en la relación laboral impide o anula *per se* los poderes empresariales y los intereses y derechos que satisfacen, deviniendo estos en una práctica imposible. Esta contraposición de derechos legítimos es lo que justifica que su solución no se pueda basar en la eliminación de alguno de ellos por la sola existencia de una relación contractual entre los sujetos.

Precisamente, no debe olvidarse que nos situamos en la eficacia de los derechos fundamentales entre privados, eficacia plenamente aceptada doctrinal y jurisprudencialmente desde que se formulara la teoría de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales por la doctrina constitucionalista alemana, conocida como la teoría *Drittwirkung*¹⁵. Básicamente consistente en considerar que los derechos fundamentales despliegan sus efectos no sólo frente a los poderes públicos sino también frente a otros sujetos privados en el ámbito de sus relaciones privadas.

Desde esta perspectiva, el debate sólo se puede situar en el terreno de la colisión de derechos entre sujetos privados, problema de orden material que se basa en el hecho de que la relación entre dos sujetos privados lo es entre dos titulares de derechos fundamentales, en tanto que en la relación entre Estado y ciudadano la relación es entre un titular y un no titular de derechos fundamentales. Partiendo de esta diferencia fundamental, el análisis de la colisión entre derechos es esencial para averiguar en qué medida influyen los derechos fundamentales en las relaciones entre privados¹⁶, o dicho de otra manera, cómo se articula en la práctica el ejercicio de un derecho fundamental de un sujeto privado frente a los bienes, intereses o derechos constitucionales de otro que en su aplicación concreta resulten contradictorios.

La respuesta a esta cuestión no puede venir, en mi opinión, por dar prioridad a la autonomía de la voluntad expresada en el contrato de trabajo; como decíamos antes estaríamos en la desfasada teoría de la necesaria adaptabilidad de los derechos fundamentales de los trabajadores al marco del contrato de trabajo, lo que

¹⁵ Vid., entre otros, De Domingo, T., "La *Drittwirkung* de los derechos fundamentales: una alternativa al conflictivismo, en AAVV, *Los derechos fundamentales en el sistema constitucional. Teoría general e implicaciones prácticas*, A.L. Martínez-Pujalte y T. de Domingo, Comares, 2011, pp. 106 y ss., que en referencia a España, considera que la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia constitucional consideran que nuestra Constitución ha establecido la vigencia inmediata de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares (p.116).

¹⁶ Según Alexy, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, traducción de E. Garzón, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 510-511.

supondría tanto como admitir que por acuerdo laboral –individual o colectivo- se puede pactar la renuncia de derechos fundamentales, o que una parte se comprometa a no ejercer alguno de estos derechos, lo que podría considerarse como un pacto nulo¹⁷; lo mismo cabría concluir si se tratara de una decisión unilateral.

Por ello, situado el problema en la existencia de derechos constitucionales de los que son titulares dos sujetos de una relación contractual –laboral- cuya aplicación práctica deviene en contradictoria o conflictiva, la solución técnica sólo puede venir mediante la ponderación de bienes¹⁸. La ponderación se resuelve en una exigencia de proporcionalidad que implica establecer un orden de preferencia relativo al caso concreto¹⁹. Sin embargo, la STC 170/2013, objeto de análisis, no centra su test de constitucionalidad desde esta perspectiva, ya que aunque hace una breve alusión al respecto del principio de proporcionalidad de la medida empresarial, no constituye la *ratio decidendi* en la sentencia, como se expone a continuación.

3. CONTRA LÍMITES DE LAS MEDIDAS EMPRESARIALES AFECTANTES DE DERECHOS FUNDAMENTALES DEL TRABAJADOR. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

Se afirma por la doctrina constitucionalista que al realizar el juicio de ponderaciones para resolver los problemas que plantea el ejercicio de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares, debe velarse por mantener intangible el contenido esencial de aquéllos, lo que significa exigir una justificación constitucionalmente aceptable de aquellas medidas que restrinjan su ejercicio, tesis conocida como “teoría relativa” del contenido esencial de los derechos fundamentales²⁰.

Para Alexy, existe una estrecha conexión entre lo que denomina principios iusconstitucionales con la máxima de proporcionalidad, y con sus tres máximas parciales de adecuación, necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto, que según el autor se deduce de esos propios principios, es decir, que la máxima de proporcionalidad resulta de la propia esencia de los derechos fundamentales²¹.

¹⁷ De Domingo, T., “La Drittwirkung de los derechos fundamentales: una alternativa al conflictivismo, cit., pp. 124 y 125, con cita de Embid Irujo.

¹⁸ Fernández Nieto, J., *Principio de proporcionalidad y derechos fundamentales: una perspectiva desde el derecho público común europeo*, cit., p. 49, con cita de Häberle.

¹⁹ De Domingo, T., “La Drittwirkung de los derechos fundamentales: una alternativa al conflictivismo, cit., p. 122, con cita de Prieto Sanchís.

²⁰ *Ibidem*, p. 125, con cita de Bilbao Ubillos.

²¹ Alexy, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., pp. 111 y 112, con cita del Tribunal Constitucional Federal.

Sin embargo, como expusimos *supra* el juicio de proporcionalidad que efectúa la sentencia que se comenta queda en un segundo plano, dando la impresión de que se trata de un mero trámite casi innecesario, toda vez que el juicio no se sitúa en términos de colisión de derechos, sino de existencia de un legítimo poder de control empresarial, no lesivo de derechos fundamentales del trabajador por no existir una expectativa razonable ni de intimidad ni de secreto de las comunicaciones en la empresa, por venir tipificada en el convenio colectivo la conducta consistente en uso extralaboral de los medios informáticos de la empresa.

Si ésta es la base principal de la sentencia en la que se sustenta el fallo, no es extraño que el juicio de proporcionalidad efectuado resulte casi innecesario, y conducente a la conclusión de que “la acción empresarial no ha resultado desmedida respecto a la afectación sufrida por la privacidad del trabajador” (FJ 5). Además, como se constata de la anterior conclusión, el juicio de proporcionalidad se lleva a cabo sólo respecto al derecho a la intimidad, y no respecto al derecho al secreto de las comunicaciones del trabajador.

La razón de ello, aunque no se dice expresamente en la sentencia, se podría deducir de la argumentación utilizada en la misma al hilo del análisis del contenido del derecho a la intimidad; esto es, puede resultar una base poco sólida o insuficiente la adoptada en la sentencia, consistente de entender también en el caso del derecho a la intimidad basta que en el convenio colectivo se tipifique como falta leve el uso extralaboral de los medios informáticos de la empresa, para considerar que no existe expectativa de intimidad. Lo afirmado se constata por la jurisprudencia citada en la propia sentencia, como que “*corresponde a cada persona acotar el ámbito de intimidad personal y familiar que reserva al conocimiento ajeno*” (STC 241/2012), de tal manera que “*el consentimiento eficaz del sujeto particular permitirá la inmisión en su derecho a la intimidad*” (STC 173/2011), o que “*los correos electrónicos enviados desde el lugar del trabajo están incluidos en el ámbito de protección del art. 8 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, por cuanto pueden contener datos sensibles que afecten a la intimidad y al respeto a la vida privada*” (STEDH de 3 de abril de 2007, caso Copland contra Reino Unido).

De manera que con esta jurisprudencia sería arriesgado mantener que la mera prohibición en convenio colectivo es presupuesto válido para entender que no hay expectativa de intimidad en el trabajo cuando se usa el correo electrónico de la empresa y es, desde nuestro punto de vista, lo que lleva al Tribunal a aplicar el juicio de proporcionalidad sólo respecto a este derecho.

Sin embargo, parece ser que el mismo presupuesto antes mencionado sí se considera para el Tribunal suficiente por sí mismo para entender que el trabajador no podía tener expectativas de secreto de sus comunicaciones en el uso

del correo electrónico de la empresa, y ello pese a que para acceder a la cuenta de correo fuera necesario poseer una clave personal y única. En apoyo de esta tesis, la sentencia comentada invoca la del mismo Tribunal 241/2012, en la que se llega a la misma conclusión de inexistencia de expectativa de secreto de las comunicaciones al tratarse de un canal abierto de comunicación, ya que al ordenador y su contenido podía acceder cualquier trabajador de la empresa sin necesidad de clave personal. Es evidente que aunque la conclusión sea la misma en ambos casos, los supuestos no son equiparables; en el caso comentado sí se trataba de un canal cerrado de comunicación, no abierto, pero que por virtud de la prohibición contenida en el convenio pasa ser considerado por la sentencia como canal abierto objeto de posibles fiscalizaciones empresariales.

Sin que nos podamos detener aquí a analizar el ámbito protegido ni el contenido esencial de cada uno de estos dos derechos fundamentales, como mantuvimos *supra*, entendemos 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.

Por lo anterior entendemos, pues, que el juicio de proporcionalidad debe ser en este caso la única técnica jurídica aplicable para valorar la medida empresarial afectante de ambos derechos fundamentales, y decisiva para la adopción del fallo. Cuando de relaciones entre sujetos privados se trata, el principal límite al ejercicio de derechos fundamentales debe ser la existencia de otros derechos constitucionales en juego, de manera que el ejercicio de unos derechos no anule o impida el ejercicio de otros y que, por tanto, sólo se admita la limitación de un derecho fundamental en la medida en que es imprescindible para la existencia y ejercicio de otros derechos constitucionales. De manera que la consecución del deseable equilibrio entre los derechos requiere inexorablemente el juicio de ponderación o proporcionalidad entre los derechos que entran en colisión. Y este juicio, una vez producida la afectación de un derecho fundamental, corresponde realizarlo sobre el acto que lo limita, porque como expresa la STC 20/1990, en relación con el derecho de la libertad de expresión y su dimensión institucional “*Si bien es cierto que los derechos y libertades fundamentales no son absolutos -como recuerda la STC 139/1986, tampoco puede atribuirse dicho carácter a los límites que ha de someterse el ejercicio de tales derechos y libertades*”.

Dicho de otra manera, y haciendo un paralelismo con el esquema estructural de los límites de los derechos fundamentales que construye la doctrina constitucionalista sobre las normas limitadoras de derechos fundamentales, en el caso de las relaciones entre privados –en este caso empresario y trabajador–, tendríamos como objeto del límite: los derechos fundamentales; como límite: el derecho constitucional en el que se basa la medida empresarial afectante; y como límite del límite: el principio de proporcionalidad y la garantía del contenido esencial²²; teniendo en cuenta que el contenido esencial es aquello que queda después de una ponderación, y que su garantía es equivalente a una parte del principio de proporcionalidad, lo que es una razón más a favor de la validez de este principio²³.

Pero la sentencia objeto de comentario no sólo limita el juicio de constitucionalidad a uno de los derechos constitucionales, sino que al aplicarlo lo hace, en nuestra opinión, de una forma errónea, dicho sea en con todos los respetos que nos merece el máximo intérprete de nuestra Carta Magna y en términos un mejor entendimiento de la dificultad que entraña, no sólo aplicar criterios de valoración de normas a relaciones entre privados, sino además hacerlo a una relación contractual tan especial como es la laboral. El error, en nuestra opinión, resulta de los bienes objeto del juicio de ponderación o proporcionalidad, como seguidamente se explica.

Planteado en síntesis el juicio de proporcionalidad, recuerda el Tribunal 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)”, con cita de sus SSTC 96/2012; 14/2003; 89/2006. Pero en la comprobación de cada uno de los parciales que integran la máxima de proporcionalidad –idoneidad, necesidad, y proporcionalidad– la sentencia sitúa la ponderación de forma discordante entre lo que es el presupuesto legitimador de la afectación de derechos fundamentales –por

²² Fernández Nieto, J., *Principio de proporcionalidad y derechos fundamentales: una perspectiva desde el derecho público común europeo*, cit., p. 62. Según la autora “en todos los casos los derechos fundamentales deberían experimentar un proceso de recíproca ponderación. Esta ponderación ha de llevarse a cabo sobre el principio del arreglo menos perjudicial o de la generación de concordancia práctica, atendiendo siempre a la interdicción del exceso”.

²³ Alexy, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., p. 291.

basarse en derechos constitucionales como la libertad de empresa- y su aplicación concreta al caso.

Dicho de otra forma, según la sentencia comentada el presupuesto que legitima la acción afectante es que la empresa puede supervisar el correcto cumplimiento de la prestación laboral del trabajador desarrollada a través del correo electrónico con el fin de constatar que su utilización se ceñía a fines estrictamente profesionales y no personales o extralaborales –en base a que el convenio prohíbe el uso extralaboral del correo electrónico–.

Pero al aplicar el test de proporcionalidad se hace respecto a otros objetivos y fines distintos a los descritos, esto es, a los fines de verificar las sospechas fundadas de que el trabajador transgredía gravemente la buena fe contractual por revelar a terceros información reservada de la empresa; el juicio de idoneidad falla, ya que la empresa no pretendía comprobar un uso extralaboral del correo electrónico por parte del trabajador, sino asegurarse de una “sospecha fundada” de transgresión grave de la buena fe contractual que, por legítimo que sea, no es el presupuesto habilitante de la medida afectante al que se refiere la sentencia. A partir de esta discordancia, se desajustan los demás elementos de la máxima de proporcionalidad.

Así, respecto al elemento de la necesidad de la medida, se mantiene que lo es *“dado que, como instrumento de transmisión de dicha información confidencial, el contenido o texto de los correos electrónicos serviría de prueba de la citada irregularidad ante la eventual impugnación judicial de la sanción empresarial; no era pues suficiente a tal fin el mero acceso a otros elementos de la comunicación como la identificación del remitente o destinatario, que por sí solos no permitían acreditar el ilícito indicado”*. En nuestra opinión, la medida sólo sería hipotéticamente necesaria si sirviera al exclusivo objetivo habilitante de comprobar que el uso del correo electrónico se usa a exclusivos fines laborales, por lo que la medida no debería tener carácter *ad hoc*, sino ser fruto de un control generalizado en la empresa y respecto de todos los trabajadores que desarrollan su trabajo a través de correo electrónico. No debe merecer el calificativo de constitucional una medida afectante de derechos constitucionales por constituir la única forma de obtener prueba fehaciente de un incumplimiento laboral –por muy reprochable que pueda ser éste–; sin duda existen otros medios de pruebas admitidos en derecho para tal fin, como se evidencia en el caso en base a la afirmación de que la empresa atenía “fundadas sospechas” del comportamiento irregular del trabajador. Sería tanto como mantener que el fin justifica los medios, argumento que llevado al extremo y salvando las diferencias permitiría admitir que la sospecha fundada de comisión de un delito grave permite ignorar el derecho a la integridad física para obtener una confesión de culpabilidad que permita su probanza en juicio.

Por último, respecto al elemento de la proporcionalidad en sentido estricto, que con notable acierto analiza Sanguinetti aplicado al ámbito de las relaciones laborales²⁴, no deja de ser un mero trámite en la sentencia, pues se considera superado por el sólo hecho de que en juicio sólo se utilizaron los correos electrónicos que contenían la revelación a terceros de la información reservada de la empresa objeto de la transgresión contractual grave por el trabajador, y no otro tipo de informaciones; es decir, la empresa sólo accedió a los correos que necesitaba como prueba en juicio para obtener la calificación del despido como procedente. Se prescinde así de todo análisis de ponderación entre los valores constitucionales en colisión; antes al contrario, parece que la sentencia compara parámetros de otro orden, más bien propios de legalidad ordinaria: el de la gravedad del comportamiento del trabajador que desvela información secreta y la legitimidad de la empresa para constatarlo a efectos disciplinarios. Vencido el balance a favor de lo segundo, se entiende la medida empresarial afectante de derechos constitucionales como proporcionada, o en términos de la propia sentencia *“atendida la naturaleza de la infracción investigada y su relevancia para la entidad, no pueda apreciarse que la acción empresarial de fiscalización haya resultado desmedida respecto a la afectación sufrida por la privacidad del trabajador. En consecuencia y como ya se ha indicado, una vez ponderados los derechos y bienes en conflicto en los términos vistos, este Tribunal considera que la conducta empresarial de fiscalización ha sido conforme a las exigencias del principio de proporcionalidad”*.

Como mantiene la doctrina, “tratándose de un conflicto entre particulares, no existe en principio razón alguna para priorizar el interés de uno sobre el del otro (...). Sostener lo contrario sería tanto como admitir que alguien está legitimado para causar daño grave a otro con el fin de evitárselo a sí mismo. Una opción que atenta contra la más elemental exigencia de justicia”²⁵.

²⁴ Sanguinetti Raymond, W., “Derechos fundamentales del trabajador y poderes empresariales”, Relaciones laborales 21/2012.

²⁵ Ibidem.