



Revista Latinoamericana de Derecho

Social

ISSN: 1870-4670

revistaderechosocial@yahoo.com.mx

Universidad Nacional Autónoma de

México

México

MARÍN ALONSO, Inmaculada

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, núm. 23, julio-diciembre, 2016, pp. 57-88

Universidad Nacional Autónoma de México

Distrito Federal, México

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=429646533003>

- ▶ Cómo citar el artículo
- ▶ Número completo
- ▶ Más información del artículo
- ▶ Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal
Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

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*

THE ROLE OF THE WORK CONTRACT,
COLLECTIVE CONTRACTS AND OTHER BUSINESS
MANAGEMENT INSTRUMENTS IN THE BACKWARD
PROTECTION OF THE COMPANIES' RIGHT TO
COMUNICATION SECRETS IN SPAIN

LE PAPIER DU CONTRAT DU TRAVAIL,
LA CONVENTION COLLECTIVE ET AUTRES INSTRUMENTS
JURIDIQUES DE GESTION ENTREPRENARIAT
POUR LA REGRESSION DE LA PROTECTION
DU DROIT AU SECRET DES COMMUNICATIONS
DANS L'ENTREPRISE EN ESPAGNE

Inmaculada MARÍN ALONSO**

RESUMEN: Actualmente, el ordenamiento jurídico laboral en España ha sufrido constantes y aceleradas reformas, causando una flexibilidad que afecta las relaciones laborales. Sumado a esto, se encuentran las diversas interpretaciones jurídicas que realizan tanto el Tribunal Constitucional como el Tribunal Superior. El presente artículo analizará cómo se ha distorsionado el ejercicio de determinados derechos fundamentales inespecíficos en el marco de la empresa, en especial el derecho al secreto de las comunicaciones contemplado en el artículo 18.3 de la Constitución Española de 1978; limitando la tutela y garantía de los derechos de ciudadanía del trabajador.

* Recibido el 24 de julio de 2015 y aceptado para su publicación el 1o. de abril de 2016.

** Profesora titular en la Universidad de Sevilla, Facultad de Derecho; vicedecana de Ordenación Académica de la Facultad de Ciencias del Trabajo (imalonso@us.es).



Palabras clave: Contrato de trabajo, convenio colectivo, derecho al secreto de las comunicaciones, empresa.

ABSTRACT: Currently, Spanish Labor legislation has gone through constant and accelerated reform, causing a certain flexibility that affects labor relations. In addition, the Constitutional Court as well as the Superior Court have published diverse interpretations in this matter. The present article will analyze how the exercise of determined fundamental rights within a business has become distorted, especially the right to communications secrets contemplated in article 18.3 of the 1978 Spanish Constitution; limiting tutelage and guaranteeing a worker's citizenship rights.

Key Words: Employment contract, collective agreement, right to communications secrets, business.

RÉSUMÉ: Au présent l'ordre juridique du travail en Espagne a constaté des nombreuses réformes, lesquelles ont provoquées une majeure flexibilité aux relations du travail que les a détériorées énormément. En addition, on trouve que la diversité d'interprétations juridiques et qui fait le Tribunal Constitutionnel bien que le Tribunal Supérieur, peuvent être contradictoires. Dans cet article on analyse comment a changé l'exercice de particulières droits fondamentaux qui sont obscurs au cadre de l'entreprise, et spécialement le droit au secret des communications prévu dans l'article 18.3 de la Constitution Espagnole de 1978; celui-ci limite la protection et la garantie des droits à la citoyenneté des travailleurs.

Mots-clés: Contrat du travail, convention collective du travail, secret des communications privées, entreprise.

SUMARIO: I. *Cuestiones previas.* II. *Las divergencias entre la jurisprudencia constitucional y ordinaria sobre el uso y abuso de los nuevos medios de comunicación en la empresa.* III. *La distinta naturaleza y configuración jurídica de los derechos de la personalidad.* En especial, *la autonomía entre el derecho a la intimidad y el derecho al secreto de las comunicaciones.* IV. *Posibles vías autónomas, heterónomas y mixtas de renuncia al ejercicio de derechos fundamentales inespecíficos del trabajador en la empresa: el contrato de trabajo, las reglamentaciones de régimen interior y los convenios colectivos.* V. *La protección de la mensajería electrónica, el SMS y el correo electrónico tras la nueva doctrina del TC sobre el derecho al secreto de las comunicaciones en la empresa: las SSTC 241/2012 y 170/2013.* VI. *Conclusiones.*

I. CUESTIONES PREVIAS

La flexibilidad que, a golpe de vertiginosas reformas, se ha instalado recientemente en el ordenamiento jurídico laboral en España afecta no sólo al acceso, desarrollo y extinción de la relación laboral,¹ sino que parece extenderse también —como mancha de aceite— a la interpretación que el Tribunal Constitucional (en adelante TC) realiza respecto del ejercicio de determinados derechos fundamentales inespecíficos en el marco de la empresa,² en especial de aquellos que se encuentran íntimamente relacionados con el uso de las tecnologías y con la utilización de los nuevos mecanismos de comunicación.

Tal afirmación se basa en que el disfrute de los denominados “derechos de ciudadanía” en la empresa se ve cada más compelido por razones de índole económica u organizacional hasta el punto de hacer irreconocible algunos derechos fundamentales inespecíficos que, como el derecho al secreto de las comunicaciones contemplado en el artículo 18.3 de la Constitución Española de 1978 (en adelante CE), disfrutaba de una configuración jurídica estricta y formal desde la época de las Constituciones decimonónicas.³ No en vano el constitucionalismo liberal español del siglo XIX, iniciado con la Constitución de 1812 y seguida de las de 1837, 1869 y 1876, concibió al derecho del secreto de las comunicaciones como un derecho de defensa frente al Estado, siendo entendido como “inviolable” en la Constitución republicana de 1931.⁴ El posterior reconocimiento de la eficacia de los derechos

¹ La última reforma de envergadura en el ámbito laboral se produjo en 2012 con el RDLeY 3/2012, posterior Ley 3/2012, de 6 de julio, de Medidas urgentes para la reforma del mercado laboral.

² El concepto de “derecho fundamental inespecífico” fue acuñado con éxito por el profesor Palomeque López, Mc., *Los derechos laborales en la Constitución Española*, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, quien distinguió entre derechos fundamentales que sólo pueden ejercerse en el marco laboral (por ejemplo, el derecho de libertad sindical o la huelga) y derechos que pueden ejercerse por cualquier ciudadano en cualquier ámbito, incluida la empresa (como el derecho de intimidad, a la propia imagen, la libertad religiosa).

³ Véanse Jiménez Campo, J., “La garantía constitucional al secreto de las comunicaciones”, REDC, núm. 20, 1987, pp. 35 y ss.; Martín Morales, R., *El régimen constitucional del secreto de las comunicaciones*, Madrid, Civitas, 1995; Rodríguez Ruiz, B., *El secreto de las comunicaciones: tecnología e intimidad*, Madrid, McGraw Hill, 1988.

⁴ Ese lejano reconocimiento del derecho como “derecho de libertad” frente a los “poderes públicos” provocó importantes críticas sobre la mala técnica jurídica utilizada en el texto cons-

fundamentales inespecíficos entre particulares (eficacia horizontal y no sólo vertical) vino de la mano de la teoría alemana de la Drittewirkung, la que se asentaba, principalmente, en el ámbito social.⁵

Tras la vigente Constitución Española de 1978, la doctrina del TC sobre este derecho se plasmó en la STC 114/1984 del 29 de noviembre, la cual estableció la naturaleza y el régimen jurídico del mismo, marcado por su carácter *erga omnes* y la presunción *iuris et de iure* de que todo lo comunicado es secreto para los no intervenientes en las comunicaciones, señalando la existencia de rigurosos requisitos para vulnerar el derecho (máxime, la necesidad de obtener una orden judicial, motivada y proporcionada para interceptar las comunicaciones).⁶

No obstante, la doctrina sentada hasta el momento por el TC ha quedado recientemente superada por otras sentencias que tienen la particularidad de haberse sustanciado directamente en el marco de la empresa. En ellas la “expectativa de secreto” que se desprende de cualquier comunicación a través de soportes técnicos entre los comunicantes desaparece en el marco de la relación de trabajo en la medida que puedan existir, por un lado, órdenes empresariales o instrumentos de gestión empresarial que prohíban el uso personal de los bienes empresariales (*cfr.* STC 241/2012 del 17 de diciembre) o, por otro lado, existan convenios colectivos que sancionen, directa o indirectamente, el uso indebido de los instrumentos de comunicación en la empresa (*cfr.* STC 170/2013 del 7 de octubre).

Resulta interesante observar cómo el convenio colectivo parece transformarse en un mero instrumento de gestión al exclusivo servicio de los intereses económicos y organizacionales del empleador hasta al punto de llegar, incluso, a alterar el contenido constitucional de determinados derechos del trabajador en favor de la facultad de control empresarial sobre el uso de los instrumentos técnicos en su empresa. En definitiva, el renovado auge del convenio colectivo como instrumento de gestión empresarial distorsiona, en sí mismo, la propia génesis de un instrumento nacido para equilibrar las fuerzas

titucional vigente que no previó en su momento la existencia de poderes privados sobre los que no resultara conveniente exigir, al menos en los mismos términos, una autorización judicial para interceptar una comunicación.

⁵ Bilbao Ubillos, J. M., *La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.

⁶ Entre otras, SSTC 171/1990, del 12 de noviembre; STC 240/1992, del 21 de diciembre y STC 106/1996, del 12 de junio.

entre las partes sociales y establecer condiciones dignas de trabajo y empleo en virtud de la facultad de autorregulación de los sujetos colectivos.

Debe tenerse en cuenta que tras un largo periodo evolutivo en el que se deja atrás el rechazo al ejercicio de los derechos fundamentales inespecíficos en la empresa,⁷ el TC español, con el objeto de garantizar los mismos, limitó el poder de dirección del empresario, fundamentado en el artículo 38 de la CE, en atención a la naturaleza jurídica del derecho constitucional lesionado o a resultas del contenido esencial del mismo.⁸ A partir de ahora, y sólo para el ámbito de la empresa, parece que determinados derechos altamente protegidos, como era el caso del secreto de las comunicaciones, vuelven a dejarse en la puerta de la fábrica. Parece así patente el olvido de lo señalado por el profesor Borrajo hace más de treinta años: “el Derecho del Trabajo, como cualquier otra rama singular del Derecho, tan sólo se legitima si sirve con plenitud al *hombre*, y distinguir entre la «condición humana» y la «condición laboral» es el primer apunte para la degradación del trabajador por la vía de la ley”.⁹

Por lo que el afán por obtener la mayor productividad empresarial posible, sobre todo en situaciones de crisis económica grave como la que atraviesa España desde 2008, es proclive a olvidar con mayor frecuencia no sólo la juridicidad y finalidad de las normas laborales,¹⁰ sino también que los trabajadores tienen derecho a disfrutar de derechos relacionados con la personalidad del individuo en el marco de la relación productiva.¹¹

⁷ Sobre la evolución de los derechos de ciudadanía en la empresa, véase Gutiérrez Pérez, M., *Ciudadanía en la empresa y derechos fundamentales inespecíficos*, Laborum, 2011.

⁸ Entre otras, STC 11/1981, del 8 de abril, sobre el derecho de huelga; la STC 114/1984, del 29 de diciembre.

⁹ Borrajo Dacruz, E., “Nuevas normas laborales”, *Revista de Derecho Privado*, 1981, p. 19.

¹⁰ En España se pone en cuestión, incluso, la naturaleza jurídica del propio convenio colectivo, ya que las características que lo han identificado hasta ahora se difuminan notablemente, en particular, la indisponibilidad del mismo. De ello se ocupa el artículo 84.2 del Estatuto de los Trabajadores, aprobado recientemente mediante el Real Decreto Legislativo 2/2015, del 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, el cual permite que el convenio colectivo de empresa o de grupo de empresas pueda inaplicar un convenio colectivo de sector en determinadas materias. La constitucionalidad de la medida ha sido confirmada por las SSTC 119/2014, del 16 de julio, 8/2015, del 22 de enero, 60/2015, del 17 de marzo y 140/2015, del 22 de junio. El debate puede verse también en Italia, Caruso, B. y Fontana, F., *Lavoro e diritti social nella crisi europea*, Bolonia, Il Mulino, 2015.

¹¹ Un análisis sobre la evolución del reconocimiento en España véase Marín Alonso, I. y Gutiérrez Pérez, M., “La práctica de la prueba en materia de derechos fundamentales tras la Ley de la Jurisdicción Social”, *RRLL*, núms. 21-22, 2012, pp. 31 y ss.

En definitiva, la contracción financiera que, al igual que el resto de los países europeos, padece España y —sobre todo— la necesidad de obtener mayores cuotas de productividad empresarial repercuten no sólo en la tutela y garantía de los derechos sociales en general sino, de igual forma, en la interpretación y aplicación de los derechos fundamentales en la empresa.

II. LAS DIVERGENCIAS ENTRE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL Y ORDINARIA SOBRE EL USO Y ABUSO DE LOS NUEVOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN EN LA EMPRESA

En España ha tenido lugar una notable divergencia entre la doctrina del TC y la del Tribunal Supremo (en adelante TS) en lo referente a la protección de los derechos laborales relacionados con el uso o abuso de los medios de comunicación en la empresa, generando a veces situaciones algo confusas.

El TC, como intérprete auténtico de la Constitución, abordó el alcance constitucional del derecho al secreto de las comunicaciones y señaló que el concepto de “comunicación” debía entenderse en sentido amplio y abarcar no sólo a las comunicaciones postales, telefónicas o telegráficas tal como de manera literal indica el artículo 18.3 de la CE,¹² sino que la protección debía extenderse a las “comunicaciones” que pudieran producirse en un futuro según el desarrollo tecnológico de cada época; el “secreto”, por su parte, se proyectó respecto de los mensajes enviados a través de soporte técnico siempre que se realizaran en la distancia y mediante un canal cerrado de comunicación, es decir, que requirieran actos conscientes de interceptación.¹³ Dicho “secreto” era oponible, además, frente a cualquier tercero no involucrado en la comunicación, atribuyéndose al mismo carácter *erga omnes* con independencia de que la comunicación se realizara o no en el marco de una relación laboral. El carácter formal —y no material— del derecho al secreto de las comunicaciones otorgaba al mismo una gran seguridad jurídica en su aplicación, a la vez que su privilegiada ubicación en el texto constitucional

¹² Señala el artículo 18.3 de la CE que “se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial”.

¹³ No se consideran canales cerrados de comunicación, por ejemplo, las comunicaciones efectuadas a través de señales de humo o aquellas que se emiten a través de ondas radiofónicas.

(sección primera, capítulo segundo del título I de la CE) le garantizaba una especial protección frente a posibles injerencias.

La jurisdicción ordinaria no atendía en realidad a las exigencias que con carácter general el TC establecía en la Sentencia 114/1984 del 29 de noviembre, sobre protección del derecho al secreto de las comunicaciones, sino que fijaba en el marco de la empresa criterios no exigidos por el TC para la admisión de la vulneración del derecho (v. gr. advertencia previa del control, determinación del medio de control o vigilancia, etcétera).¹⁴ El TS partía, en cualquier caso, de una cierta tolerancia respecto de la utilización particular de los nuevos medios de comunicación por parte del trabajador en la empresa pero permitía, a cambio, el control de los mismos siempre que fuera de forma moderada, generalizada e impersonal y siempre que se admitiera al trabajador conocer la política de control de la empresa sobre los instrumentos comunicativos usados por los mismos.¹⁵ En numerosas ocasiones el TS no se centraba en la posible vulneración al artículo 18.3 de la CE (secreto de las comunicaciones) sino que, por el contrario, aplicaba la doctrina del TC sobre el artículo 18.1 de la CE, referido al derecho a la intimidad, permitiendo con ello que criterios como la proporcionalidad, idoneidad y necesidad de la medida empresarial sobre el uso de los instrumentos de comunicación en la empresa vulneraran el contenido esencial del artículo 18.3 de la CE. Así, el TS olvidaba que la naturaleza y configuración jurídica del derecho a la intimidad y del secreto de las comunicaciones son distintas pese a conformar ambos derechos, junto a otros, los denominados “derechos de la personalidad” del trabajador.

No obstante, desde las SSTC 241/2012, del 17 de diciembre y 170/2013, del 7 de octubre, fundamentadas concretamente en el ámbito social, se presenta la paradoja de que la doctrina del TS parece ahora más respetuosa con la protección del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones en la empresa que la del alto tribunal pues la nueva doctrina de éste llega, incluso, a negar la premisa de partida: que la transmisión de mensajes o ideas en la distancia mediante instrumentos técnicos sea en sí misma, un medio de comunicación protegibles por el artículo 18.3 CE en el marco de la relación laboral.

Con base en ello, las mencionadas sentencias del TC sustraen al correo electrónico, al SMS y a la mensajería electrónica, entre otras novedosas for-

¹⁴ Véanse las SSTS del 26 de septiembre de 2007, RJ 2007/7514 y la del 8 de marzo de 2011, RJ 2011/932.

¹⁵ Entre otras, véase la STS del 8 de marzo de 2011, RJ 2011/932.

mas de comunicación, el amparo constitucional que oferta el artículo 18.3 de la CE por el hecho de considerarlos “canales abiertos” de comunicación sobre los que no puede predicarse expectativa alguna de secreto. Para alcanzar esta conclusión, y en contra de lo sostenido en pronunciamientos anteriores, se fundamenta no sólo en las posibilidades o facilidades técnicas de interceptación de esos determinados medios de comunicación sino, sobre todo, en la intensificación de las facultades directivas del empleador en virtud de la existencia de norma convencional que permita el control de los mismos o prevea sanciones por el uso abusivo de los medios de comunicación.

Al estudio de esta nueva doctrina, dedicaremos las siguientes páginas, aunque antes se debe distinguir entre el derecho al secreto de las comunicaciones y el derecho de intimidad para aclarar que no todos los derechos fundamentales del trabajador toleran de igual manera las agresiones a los mismos.

III. LA DISTINTA NATURALEZA Y CONFIGURACIÓN JURÍDICA DE LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD. EN ESPECIAL, LA AUTONOMÍA ENTRE EL DERECHO A LA INTIMIDAD Y EL DERECHO AL SECRETO DE LAS COMUNICACIONES

Desde un punto de vista jurídico resulta necesario insistir en la distinta configuración entre los derechos reconocidos en los artículos 18.3 y 18.1 de la Constitución Española para establecer medios de control empresarial que no lesionen o eliminen determinados derechos fundamentales inespecíficos del trabajador cuando éste utiliza herramientas tecnológicas que pueden hacer surgir, en su caso, el derecho a la intimidad del trabajador (navegación por Internet) o el derecho al secreto de las comunicaciones (utilización del correo electrónico, SMS, WhatsApp). Los derechos contenidos en el último precepto mencionado (el derecho a la intimidad, al honor y a la propia imagen) se muestran, aunque con ciertos requisitos señalados por el Tribunal Constitucional, más favorables a tolerar comportamientos invasivos por parte de terceros. En tal sentido, la exigencia de proporcionalidad en la medida empresarial limitativa del derecho fundamental, así como la necesidad e idoneidad de la misma para alcanzar un interés legítimo del empleador en la utilización de los instrumentos de trabajo ha favorecido el reforzamiento de los poderes directivos del empleador, en especial, de la facultad disciplinaria o sancionadora cuando el

trabajador utiliza indebidamente los medios tecnológicos y de comunicación en la empresa. Téngase en cuenta que frente al poder directivo del empleador, tangible y extenso, se encuentran derechos fundamentales del trabajador en sí mismo ambiguos e inconcretos que dependen, en último término, de la apreciación individual de cada sujeto.¹⁶

En cambio, el derecho fundamental contemplado en el artículo 18.3 de la CE (el derecho al secreto de las comunicaciones) tiene, como se ha dicho, *carácter formal*, y no presenta los inconvenientes de ambigüedad e inseguridad que adolecen otros derechos fundamentales de la personalidad. Así, debe recordarse que, conforme a la doctrina constitucional consolidada desde la trascendental STC 114/1984, del 29 de noviembre, todo proceso comunicativo que se estable en la distancia —no *vis a vis*—, mediante soporte técnico, ejemplo, el teléfono, el ordenador y por un canal cerrado de comunicación —que requiera acciones conscientes para su interceptación—, se ampara por la protección constitucional del artículo 18.3 de la CE.

La interceptación del proceso comunicativo o del mensaje sólo resultaba posible tras la obtención de una autorización judicial o, en su caso, afectar únicamente a los elementos comunicativos no protegidos por el secreto conforme a la doctrina constitucional (en el caso del correo electrónico, los elementos visibles del mismo como el asunto, destinatario).

En todo caso, la confusión entre los artículos 18.3 y 18.1 de la CE en el ámbito de la empresa ha venido propiciada por el expreso y temprano reconocimiento de este último derecho en la relación laboral por el TC español,¹⁷ así como por la existencia de la normativa de desarrollo del mismo entre particulares.¹⁸ El derecho al secreto de las comunicaciones, en cambio, no disfruta de normativa específica de desarrollo en las relaciones *inter privadas*¹⁹

¹⁶ Puede verse como en las SSTC 98/2000 del 10 de abril y 198/2000 del 10 de julio, el derecho a la intimidad, impreciso y flexible, adolece de un alto componente de inseguridad jurídica. En la jurisdicción ordinaria, véanse la STS del 5 de diciembre de 2003, RJ 2003/7798; la STS del 26 de septiembre de 2007, RJ 2007/7514; la STS del 8 de marzo de 2011, RJ 2011/932 y la STS del 6 de octubre de 2011, RJ 2011/8876.

¹⁷ Entre otras, SSTC 57/1994 del 28 de febrero; 143/1994 del 9 de mayo; 207/1996 del 16 de diciembre y 186/2000 del 10 de julio.

¹⁸ Véase la LO 1/1982, del 5 de mayo, sobre protección civil del honor, intimidad familiar y personal, y a la propia imagen.

¹⁹ En España no prosperó una proposición de ley sobre el uso del correo electrónico en la empresa en mayo de 2001. En el resto de Europa sólo Gran Bretaña tiene una norma

ni había sido analizado por el TC en el ámbito de la empresa hasta el 2012, siendo por tanto los tribunales ordinarios los encargados de resolver los posibles conflictos sobre el mismo. Lo que provocó que los tribunales resolvieran atendiendo a la doctrina ya asentada en nuestro ordenamiento sobre otros derechos de la personalidad en la empresa, en particular, respecto del derecho a la intimidad²⁰ en tanto éste disfrutaba, por un lado, de una marcada flexibilidad o subjetividad en su apreciación y, por otro, se presentaba como un límite no absoluto al poder de dirección del empresario.²¹

Cierto es que la intimidad condensa la libertad del individuo y el valor de su personalidad, adquiriendo por ello la función de garantía y presupuesto de ejercicio de otros derechos y libertades, pero ello no implica que la intimidad, en sentido genérico, sea un término equivalente al de secreto de las comunicaciones. La autonomía de este derecho respecto del derecho a la intimidad ha sido siempre una cuestión clara para el TC aunque la jurisprudencia ordinaria —y algún pronunciamiento puntual del TC—²² insistió en continuar señalando que el artículo 18.3 de la CE es un aspecto más del artículo 18.1 de la CE,²³ circunstancia que en el fondo no es más que el resultado de confundir el ámbito de la comunicación considerada secreta y el ámbito de la intimidad.

Sin embargo, son los dos últimos pronunciamientos del TC sobre la utilización de determinados medios de comunicación en la empresa los que plantean una variante nueva: que los nuevos instrumentos de comunicación

sobre el control del correo electrónico en el ámbito empresarial, denominada RIP: *Regulation of Investigatory Powers Act 2000*.

²⁰ Téngase en cuenta que el artículo 7o. de la LO 1/1982 del 5 de mayo, establece la ilicitud de la utilización de aparatos de escucha o cualquier otro mecanismo para conocer la vida íntima de terceros o sus cartas privadas, intencionalidad que, sin embargo, no se exige en el derecho al secreto de las comunicaciones y en el que, como señala el TC, no importa el carácter íntimo o no de lo comunicado entre los interlocutores de un mensaje.

²¹ Con respecto a la violación del derecho a la intimidad y no del secreto de las comunicaciones cuando se registra irregularmente el correo electrónico de un trabajador por parte del empresario, pueden verse las SSTSJ de Cataluña del 5 de julio de 2000 —AS 3452—, del 6 de junio de 2003 —AS 2003/2272— y la STSJ de Madrid del 9 de junio de 2010 —JUR 2010/313027—.

²² Véase STC 34/1996 del 11 de marzo.

²³ Por su parte, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos reafirma, aunque no identifica, la relación entre la protección de las conversaciones telefónicas y el derecho a la protección de la vida privada: SSTEDH del 24 de abril de 1990, caso *Kruslin*, A 176-A, núms. 33 y 36, y de la misma fecha, caso *Huring*, A 176-B, núms. 25 y 32.

no se encuentran protegidos por el artículo 18.3 de la CE en la empresa al tratarse de comunicaciones realizadas sin los requisitos exigidos por el TC, es decir, por efectuarse mediante canal abierto de comunicación que no genera en los interlocutores expectativa de secreto alguna, sobre todo, cuando la empresa ha dado órdenes expresas sobre la exclusiva utilización profesional de los instrumentos de trabajo o cuando se sanciona de cualquier manera en el convenio colectivo un uso indebido del mismo. Sobre ello, volveremos más adelante.

IV. POSIBLES VÍAS AUTÓNOMAS, HETERÓNOMAS Y MIXTAS
DE RENUNCIA AL EJERCICIO DE DERECHOS FUNDAMENTALES
INESPECÍFICOS DEL TRABAJADOR EN LA EMPRESA: EL CONTRATO
DE TRABAJO, LAS REGLAMENTACIONES DE RÉGIMEN INTERIOR
Y LOS CONVENIOS COLECTIVOS

En las próximas páginas se abordará el análisis de las diferentes vías que, de manera autónoma o heterónoma, podrían recortar el ejercicio de determinados derechos fundamentales del trabajador. Así, entre las vías autónomas se analizará brevemente la figura del contrato de trabajo en la medida en que las partes del mismo se encuentran en una situación de igualdad formal a la hora de fijar condiciones de trabajo y depende de la autonomía de la voluntad de las mismas la concreta determinación de las condiciones de trabajo, aunque dicha libertad se encuadre dentro del necesario respeto a la ley y a la Constitución; entre las posibles vías heterónomas de recortes al ejercicio de derechos fundamentales inespecíficos se analizará la figura de las reglamentaciones de trabajo (denominados también reglamentos de régimen interior) que, recientemente en España han adquirido una notable importancia a la hora de fijar la política empresarial sobre el uso de los instrumentos técnicos en la empresa. Junto a ellas, se examinará el papel del convenio colectivo como vía mixta para el recorte de los derechos fundamentales de los trabajadores, ya que no disfruta, por un lado, de la posible y libre inmediatez del contrato de trabajo para limitar el alcance de los derechos fundamentales ni comparte, por otro lado, el carácter unilateral de las reglamentaciones de trabajo.

1. *El contrato de trabajo como limitador de determinados derechos fundamentales*

El contrato de trabajo es el instrumento mediante el cual el trabajador se somete voluntariamente al ámbito de organización y dirección del empresario a cambio de una retribución. No obstante, la existencia de un contrato de trabajo no permite, sin más, la restricción de los derechos fundamentales inespecíficos del trabajador en la empresa pero sí permite modular, en cambio, el ejercicio de determinados derechos fundamentales sin afectar a la titularidad de los mismos.

En tal dirección, el TC español ha señalado que el contrato de trabajo puede permitir renuncias transitorias al ejercicio de determinados derechos fundamentales del trabajador en atención al “adecuado desenvolvimiento de la actividad productiva”.²⁴ Ello resulta posible cuando se cumplan determinados requisitos: primero, que el interés empresarial a proteger sea legítimo y, segundo, que se respete el contenido esencial del derecho o la configuración jurídica del mismo.²⁵ Lo que implica, por tanto, que no se podrá transigir con aquellos derechos que —por su propia naturaleza— no pueden ser despojados transitoriamente de su contenido (ejemplo, el derecho a la vida reconocido en el artículo 15 de la CE), aunque sí podrá hacerse, en cambio, respecto de aquellos otros derechos que pese su limitación, mantengan su identidad como tal y puedan recuperarse en cualquier momento (ejemplo, renuncia a algún aspecto del derecho de intimidad).

Así, debe tenerse en cuenta que la prohibición de la renuncia de los derechos por vía contractual que, con carácter general, establece el artículo 3o. del Estatuto de los Trabajadores no fundamenta, en ningún caso, la imposibilidad de que el contrato pueda modular el ejercicio de los derechos fundamentales del trabajador en la empresa. Ello se debe, básicamente, a dos circunstancias: la primera, que dicha regla está prevista para supuestos distintos a los aquí analizados (por ejemplo, aplicación de la norma más favorable —artículo 3.1, inciso c, del ET— o de supplementariedad —artículo 3.5 del ET—),²⁶ y la

²⁴ STC 99/1998 del 11 de abril.

²⁵ STC 89/2006 del 27 de marzo.

²⁶ El artículo 3.1, inciso c, del ET dispone que “...en ningún caso pueden establecerse en perjuicio del trabajador condiciones menos favorables o contrarias a las disposiciones legales y convenios colectivos antes expresados”; el apartado quinto del mismo artículo señala que “los trabajadores no podrán disponer válidamente, antes o después de su adquisición, de los

segunda, en estos casos resulta posible que el contrato de trabajo restrinja derechos del trabajador cuando los mismos son controvertidos o tienen un ambiguo reconocimiento en sede judicial.²⁷

El problema principal reside en que el campo de actuación del contrato de trabajo respecto a la limitación del ejercicio de determinados derechos fundamentales inespecíficos del trabajador podría resultar bastante amplio en la medida que los derechos relacionados con la personalidad del trabajador son, como se ha dicho, bastante ambiguos e imprecisos y adolecen de una gran subjetividad en su apreciación, relegándolos a una palpable situación de inseguridad jurídica. Así, dejando a salvo el carácter temporal y revocable de la restricción, se admite que el trabajador pueda renunciar, por ejemplo, al ejercicio del derecho a su propia imagen o a parte de su intimidad en su lugar de trabajo sin que ello implique, en ningún caso, la renuncia a la titularidad del derecho ni al contenido esencial del mismo (variable que, como se ha dicho, está sometida en ocasiones a percepciones subjetivas de cada trabajador).²⁸

Sin embargo, dicha permisividad no puede trasladarse sin más a todos los derechos fundamentales inespecíficos del trabajador pues algunos derechos, aún relacionados con la personalidad del trabajador, se distancian del derecho a la intimidad y debe atenderse, entonces, a otros requisitos para poder lesionar al mismo. Por ejemplo, en el caso del derecho al secreto de las comunicaciones, el carácter formal del mismo evita la subjetividad en su apreciación, motivo por el cual el contrato de trabajo no podría cobijar límites genéricos o abstractos al ejercicio del derecho al secreto de las comunicaciones en tanto ello impediría el reconocimiento mismo del derecho. La permisión contractual de la interceptación del proceso comunicativo o del contenido del mensaje por parte del empresario cuando no es interlocutor en la comunicación haría irreconocible el derecho como tal y eliminaría, además, su característica principal: la expectativa de secreto. Si decae el aspecto formal del derecho al secreto, decaería el derecho en sí mismo.

derechos que tengan reconocidos por disposiciones legales de derecho necesario. Tampoco podrán disponer válidamente de los derechos que tengan reconocidos por disposiciones legales de derecho necesario. Tampoco podrá disponer válidamente de los derechos reconocidos como indisponibles por convenio colectivo". En profundidad sobre este tema, véase Ojeda Avilés, A., *La renuncia de derechos del trabajador*, Instituto de Estudios Políticos, 1971.

²⁷ Cruz Villalón, J., *Compendio de derecho del trabajo*, Madrid, Tecnos, 2015.

²⁸ Véanse la STC 94/1999 del 11 de abril; con respecto al derecho de intimidad, la STC 241/2012 del 17 de diciembre.

No obstante, debe tenerse en cuenta que dicha expectativa no sería predecible, de las comunicaciones en las que el interlocutor del proceso comunicativo es el propio empleador como ocurre, por ejemplo, en el correo corporativo que únicamente identifica como parte de la comunicación a la propia empresa y no, por tanto, a un trabajador concreto, delimitado o delimitable.²⁹ Ello implicaría reconocer —en determinados supuestos— la titularidad del derecho al secreto de las comunicaciones a la persona física o jurídica empresarial que de cara al otro interlocutor, emite o recibe la comunicación y frente a la que no podría oponerse el secreto.³⁰ Tampoco se impide al empleador conocer el contenido de mensajes cuando uno de los interlocutores interviniéntes desvela el “secreto”, es decir, cuando voluntariamente hace partícipe a terceros del contenido del mensaje (pudiéndose, en tal caso, vulnerar el derecho a la intimidad cuando el contenido desvelado pertenece a la esfera íntima o reservada del otro interlocutor).

Entiendo, en definitiva, que tal como señala el TC ningún derecho puede entenderse como absoluto o ilimitado³¹ y que ello permitiría, en consecuencia, que el contrato de trabajo pudiera ser un mecanismo viable para limitar el ejercicio de algunos derechos de la personalidad del trabajador cuyo contenido material permite modularlo, al menos temporalmente, según percepciones subjetivas del trabajador y del empresario. Sin embargo, entiendo que el contrato de trabajo no reviste la entidad suficiente para alterar un derecho de la personalidad al que, precisamente para su protección, se le atribuyó carácter formal: el derecho secreto de las comunicaciones. En este caso, el debate jurídico sobre los límites al mismo no debería dirimirse en el ámbito contractual sino sustanciarse, quizás, en sede constitucional donde su privilegiada ubicación en nuestra carta magna facilitaría su blindaje en un ordenamiento jurídico avanzado.

²⁹ Sin embargo, cuando la empresa accede a correspondencia privada del trabajador gestionada desde una cuenta de correo personal sin autorización se produciría la vulneración del derecho al secreto. Véase la STSJ del país vasco del 26 de marzo de 2013 —AS 2140/1391—.

³⁰ Tampoco puede oponerse en secreto a quién es interlocutor en el proceso comunicativo como señala la STSJ de Andalucía del 16 de enero de 2014 —AS 2014/426— o a quien siendo interlocutora de una comunicación por WhatsApp revela su contenido a terceros como señala la STSJ de Galicia del 25 de abril de 2014 —AS 2014/2364—.

³¹ Entre otras muchas, SSTC 94/1999 del 11 de abril; 98/2000 del 10 de abril y 198/2000 del 10 de julio.

2. *El papel de los reglamentos de régimen interior de la empresa en la limitación del derecho al secreto de las comunicaciones*

El poder de dirección del empresario, con fundamento en el artículo 38 de la CE, se compone de un conjunto de facultades que encuentran amparo en diversos preceptos del Estatuto de los trabajadores. Así, la facultad de vigilancia y control se reconoce en el artículo 20.3 del ET e indirectamente, en el artículo 18 cuando regula los requisitos que permiten al empleador registrar la persona del trabajador y sus taquillas y efectos personales en la empresa. Dicha facultad ha sido ampliamente analizada por el TC cuando colisiona con algún derecho fundamental inespecífico,³² si bien la doctrina jurisprudencial no ha sido siempre uniforme en la medida que el poder de dirección tiene un alcance diferente según el concreto derecho fundamental lesionado, presentando por ello un notable grado de inseguridad jurídica.

Pero junto a esa facultad de control se sitúa también la facultad del empresario de dar órdenes e instrucciones generales o particulares a los trabajadores para organizar la empresa como estime conveniente. Dentro de esta facultad han adquirido un cierto relieve, sobre todo, en empresas de grandes dimensiones y de carácter tecnológico, los denominados reglamentos de régimen interior, los cuales contienen instrucciones sobre el uso correcto que los trabajadores o sus representantes deben dar a los instrumentos de comunicación en la empresa. Estas reglamentaciones forman parte, claramente, del genérico poder de dirección del empresario en la medida que su fin es orientar o establecer autónomamente el correcto uso del patrimonio empresarial.

Estas reglamentaciones reciben diversos nombres (protocolos de actuación, régimen interior), pero comparten la característica de ser normas o instrucciones que se imponen en la empresa al margen de cualquier tipo de negociación o acuerdo con los trabajadores o sus representantes. No son, en ningún caso, expresión de un acuerdo libremente adoptado entre el trabajador y el empresario ni tampoco son el resultado del ejercicio de la autonomía colectiva por los sujetos legitimados para fijar condiciones de trabajo.

En tal sentido, dichas reglamentaciones determinan con detalle indicaciones técnicas sobre los instrumentos de comunicación y el uso que los trabaja-

³² SSTC 98/2000 del 10 de abril y 198/2000 del 10 de julio.

dores o sus representantes pueden hacer de los mismos para la realización de la actividad productiva. Por tanto, no dejan de ser meras manifestaciones del poder de dirección empresarial con un contenido claramente discrecional o arbitrario. Ello supone, a mi juicio, que estas reglamentaciones no son válidas para limitar el contenido esencial de derechos fundamentales ni para alterar la configuración jurídica de los mismos.

No obstante, cierto es que la existencia de reglamentaciones internas sobre el correcto uso que debe darse a los instrumentos de producción tiene una finalidad claramente positiva para el empleador ya que, en su caso, podrán servir para declinar cualquier tipo de responsabilidad civil o de otro tipo en el que pudieran incurrir los trabajadores contraviniendo la orden empresarial (ejemplo, situaciones de acoso a compañeros o a terceros). Su utilidad radica en este aspecto y en el establecimiento de reglas técnicas de uso cuyo incumplimiento generaría, en su caso, el ejercicio de las facultades disciplinarias del empleador siempre que se limitaran a establecer reglas sobre el uso técnico del patrimonio empresarial (indicaciones sobre el correcto encendido, mantenimiento o apagado de los instrumentos técnicos).

En todo caso, intentar convertir a estos instrumentos de mera organización empresarial en mecanismos válidos para recortar o eliminar derechos fundamentales de los trabajadores supondría atribuir al empleador la posibilidad de permitir o no, unilateralmente, el ejercicio de los derechos fundamentales que se insertan en el marco de los derechos de la personalidad del trabajador. Considero, en definitiva, que esta posibilidad resulta rechazable. No debe olvidarse que en todo caso el empleador no se encuentra desamparado a la hora de controlar o sancionar el uso indebido de los medios tecnológicos en la empresa pues, por ejemplo, respecto del uso indebido del correo electrónico siempre puede controlar y sancionar aquello que no forme parte del contenido esencial del derecho al secreto de las comunicaciones (los elementos externos o visibles de la comunicación como el destinatario, el asunto) y que, como sabemos, no están protegidos por el secreto.³³

³³ Los datos externos del mensaje no se consideran parte protegida por el artículo 18.3 de la CE, tal y como puede verse en el orden jurisdiccional penal: STS del 18 de marzo de 2010 (ponente JR Soriano).

*3. El papel del convenio colectivo en la limitación
de derechos fundamentales inespecíficos, en especial respecto
del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones*

El convenio colectivo se concibe como el instrumento destinado a la regulación de condiciones de trabajo y empleo en virtud de la autonomía colectiva que disfrutan los sujetos colectivos. Dicha autonomía colectiva consiste en la facultad de las partes sociales para autoorganizarse o autonormarse para equilibrar la fuerza entre los sujetos colectivos y alcanzar condiciones de trabajo dignas y adaptadas a la realidad empresarial y social.

El artículo 37.1 de la CE reconoce el derecho a la negociación colectiva al establecer que “la ley garantizará el derecho a la negociación colectiva laboral entre los representantes de los trabajadores y empresarios, así como la fuerza vinculante de los convenios”. En tal sentido, el artículo 37 da cobijo a cualquier negociación que vaya destinada a la fijación de condiciones de trabajo y empleo, aunque a través de la ley que cumple el mandato del legislador constituyente, es decir, el Estatuto de los Trabajadores en su título III, se sitúa al convenio colectivo que se ajusta a dicha norma, entre las fuentes del derecho, atribuyéndosele carácter normativo y eficacia personal general. Así, la negociación colectiva que da como resultado un convenio no ajustado al título III del ET —denominado convenio colectivo estatutario o pacto colectivo— tiene carácter obligacional y eficacia personal limitada a los sujetos firmantes del acuerdo y a sus representados. En tal caso, la posible limitación de los derechos fundamentales inespecíficos que pueda contener este tipo de convenios colectivos se sustanciarán en el marco del derecho civil de las obligaciones, reconduciéndose la cuestión hacia lo visto supra respecto del contrato de trabajo y a la necesidad de obtener el consentimiento expreso de los trabajadores cuando se trata de renunciar a derechos de la personalidad.

Por tanto, es el convenio colectivo estatutario el que ocupa nuestra atención, ya que conforme a ley, éste disfruta de las características de inmediatez, imperatividad e indisponibilidad por los sujetos incluidos en su ámbito de aplicación. Si el convenio colectivo estatutario se liberó del derecho civil para paliar la situación de desequilibrio real entre las partes,³⁴ no debería verse en

³⁴ Recuérdese que, según Sinzheimer, H., *Crisis económica y derecho del trabajo*, Madrid, Instituto de Estudios Laborales y de Seguridad Social, 1984, pp. 14 y ss., “lo que pretende el Derecho del Trabajo es «hacer de la persona, hombre»”.

el mismo un instrumento con el que socavar los derechos que el trabajador puede disfrutar en su condición de persona.

No obstante, el avance tecnológico ha abocado a la negociación colectiva a abordar materias no relacionadas directamente con concretas condiciones de trabajo como, por ejemplo, la fijación del salario o la jornada, sino con cuestiones relacionadas con el debido uso que debe darse a los nuevos instrumentos de comunicación en la empresa y que incrementan considerablemente las facultades de vigilancia y control por parte de las empresas, así como la facultad sancionadora del empleador. Los convenios colectivos abordan, además, no sólo el uso que los trabajadores de la empresa deben darle a los instrumentos de comunicación en la empresa sino también el uso que la representación de los trabajadores, legal o sindical, pueden llevar a cabo en la misma.³⁵ Todo ello genera la necesaria delimitación del papel que el convenio colectivo desempeña en la posible restricción de derechos fundamentales inespecíficos del trabajador que puedan verse implicados en la empresa.

Ello supone, en definitiva, que la regulación de estos nuevos aspectos por los convenios colectivos pueden colisionar con derechos como la intimidad —por ejemplo, registro de las taquillas y persona del trabajador—, la propia imagen —por ejemplo, grabación, uso de uniforme— o el secreto de las comunicaciones (interceptación del correo electrónico), entre otros, en la medida que el trabajador puede ejercer sus derechos como ciudadano en el ámbito de la empresa. El soporte del convenio a la restricción de derechos inespecíficos del trabajador dependerá, en último término, del concreto derecho lesionado y de su específica configuración jurídica pero deberá atender, también, a la existencia o no del consentimiento del trabajador en los términos que explicamos a continuación.

En España, el trabajador no está legitimado para negociar convenios colectivos estatutarios, es decir, aquellos que se desarrollan conforme a lo dispuesto en el título III del Estatuto de los Trabajadores y disfrutan de carácter normativo, y eficacia personal general. El trabajador es un mero representado por los sindicatos o los órganos de representación unitaria o legal según el ámbito del convenio colectivo y no interviene directamente en la negociación.

³⁵ Sobre este aspecto, véase Marín Alonso, I., “La utilización del correo electrónico por los sindicatos o las secciones sindicales para transmitir noticias de interés sindical a sus afiliados o trabajadores en general”, *Aranzadi Social*, núm. 1, 2001.

En este sentido, el problema principal radica en que, como se ha señalado, derechos como la intimidad, la propia imagen, el honor o el secreto de las comunicaciones, entre otros, son considerados “derechos de la personalidad” conforme a una reiterada doctrina del TC y, por tanto, pertenecen al individuo en su consideración de ciudadano. Sólo el titular del derecho podría renunciar, en su caso, a algún aspecto de los mismos ya que, como máxima, se parte de que nadie puede renunciar a lo que no le pertenece. Además, tal como vimos supra, el límite infranqueable para todo derecho fundamental, específico o no, lo constituye el respeto a la configuración jurídica de cada derecho o a su contenido esencial, siendo éste más o menos extenso en función de apreciaciones subjetivas de cada sujeto.

En tal sentido, si los derechos fundamentales específicos del ámbito laboral, como la libertad sindical —artículo 28.1 de la CE— o la huelga —artículo 28.2 de la CE—,³⁶ obligan a los representantes de los trabajadores y empresarios a mantener la identidad propia de tales derechos sin que el convenio colectivo pueda hacerlos irreconocibles o inexistentes, con más razón debería ser admitido que cuando el derecho fundamental goza del carácter de personalísimo se deba exigir un *plus* para renunciar a alguna faceta de los mismos. Este “algo más” no puede ser otra cosa, a mi juicio, que el consentimiento expreso por parte del trabajador, en asamblea o no, pero sólo cuando la naturaleza jurídica del derecho fundamental afectado lo permita.

Los derechos de contenido material que padecen de una gran subjetividad (intimidad, propia imagen) podrían tolerar mejor una agresión por parte del convenio colectivo siempre que se respetara el contenido esencial del derecho en cuestión y se contara con el consentimiento expreso de los trabajadores. En cambio, con relación al derecho al secreto de las comunicaciones, debe partirse que el artículo 18.3 de la CE es un derecho formal que presume el “secreto” respecto de todo el proceso comunicativo y sin posibilidad de demostrar lo contrario (*iuris et de iure*), haciendo con ello que el consentimiento del trabajador para la violación de este derecho resulte irrelevante. La propia

³⁶ Respecto al derecho de huelga, los representantes de los trabajadores pueden acordar en convenio colectivo la renuncia a su ejercicio durante la vigencia del mismo, pero ello no vincula a los trabajadores representados por ellos o incluidos en el ámbito de aplicación del convenio, que siempre tendrán a su alcance la posibilidad de ejercerlo. Véase la STC 11/1981 del 8 de abril.

configuración jurídica del derecho como de defensa frente a terceros impide la transacción sobre el mismo.

El convenio colectivo no podría desnaturalizar este derecho de la personalidad, limitándose a regular aquellos aspectos que no suponen la violación del derecho y sin perjuicio de que el empleador pueda utilizar diferentes mecanismos de vigilancia y control para sancionar posibles usos indebidos de los instrumentos de comunicación.

Sin embargo, lo anterior se cuestiona, como veremos en el siguiente epígrafe, por la STC 170/2013, del 7 de octubre, la cual sostiene una postura contraria a la del mismo tribunal en otras ocasiones no relacionadas directamente con el ámbito social del derecho. Este pronunciamiento parece desconfigurar uno de los elementos necesarios para que la protección constitucional del artículo 18.3 de la CE surja, llegando posteriormente a una consecuencia jurídica lógica. La mencionada sentencia, junto con la STC 241/2012, del 17 de diciembre, considera que comunicaciones como el correo electrónico, el SMS o la mensajería electrónica no reúnen los requisitos necesarios para estar protegidos por el “secreto”. Así, pese a que tales comunicaciones se lleven a cabo en la distancia entre los interlocutores y se efectúen mediante un soporte técnico, se llega a la conclusión de que las mismas no se realizan mediante un “canal cerrado” de comunicación, permitiendo con ello su interceptación por terceros, en especial, por el empresario que tiene, además, un derecho legítimo tutelable para efectuar el control.

Al no considerar a dichas comunicaciones como “secretas”, ni derivar de ellas una razonable “expectativa de secreto”, se permitirá que, a partir de ahora, tanto el empleador como los representantes de los trabajadores puedan restringir el uso de tales instrumentos de comunicación a través del convenio colectivo. Se despoja así el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones de su consideración de derecho fundamental inespecífico en el ámbito de la empresa. Tras el nuevo giro jurisprudencial, el convenio colectivo tiene la puerta abierta para regular no sólo las condiciones de trabajo y empleo que los sujetos colectivos estimen convenientes sino que, además, podrá limitar o prohibir el uso de determinados tipos de comunicaciones que ya no quedan ya amparadas por el artículo 18.3 de la CE.

Por tanto, no ha sido el convenio colectivo el que ha alterado su función en relación con los derechos fundamentales del trabajador en la empresa. Lo

que ha cambiado, en realidad, ha sido la propia conceptualización del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones en el ámbito empresarial.

No deja de ser criticable la premisa de partida, es decir, que la interceptación del correo electrónico, el SMS o la mensajería electrónica no se protege por el artículo 18.3 CE en base a considerar que los sujetos que utilizan estos medios de comunicación no pueden albergar expectativa alguna de secreto al tratarse de una comunicación realizada por un canal abierto y no cerrado de comunicación. Pero aún es más criticable que para el TC español, la mera sanción del uso indebido de los medios de comunicación en la empresa a través de un convenio colectivo lleve inevitablemente a eliminar cualquier expectativa de secreto. El convenio colectivo como instrumento de fijación de condiciones de trabajo y empleo entre los representantes de los trabajadores y el empresario, es la excusa utilizada para que el trabajador, sin su consentimiento, se convierta en un sujeto desprovisto de los derechos de ciudadanía en el marco de la empresa.

Así, en los ámbitos donde no existe una relación de subordinación se mantiene, sin embargo, el alcance anterior del derecho. Evidencia ello, el intento de convertir a la empresa en un marco aislado y alejado del resto de los ámbitos en que se desarrolla el ser humano. La regresión del concepto de ciudadanía en la empresa deriva de la propia concepción de los derechos por parte del Tribunal Constitucional que utiliza, además, al convenio colectivo como un mero instrumento al servicio de los intereses empresariales.

V. LA PROTECCIÓN DE LA MENSAJERÍA ELECTRÓNICA, EL SMS Y EL CORREO ELECTRÓNICO TRAS LA NUEVA DOCTRINA DEL TC SOBRE EL DERECHO AL SECRETO DE LAS COMUNICACIONES EN LA EMPRESA: LAS SSTC 241/2012 Y 170/2013

Para encarar el cambio que se ha producido en España sobre el control empresarial de los instrumentos de comunicación en la empresa, resulta recomendable analizar con detalle los dos últimos pronunciamientos del TC que permiten sostener la existencia de una nueva tendencia en la materia dirigida hacia un claro retroceso en la protección constitucional de determinados instrumentos de comunicación. Una visión general sobre los fundamentos de hecho y de derecho de ambas sentencias permitirán valorar las circunstancias

que han provocado la marcha atrás en la protección del derecho al secreto de las comunicaciones en España.

Por un lado, el alto tribunal cuestionaba en su sentencia 241/2012, del 17 de diciembre, la protección del artículo 18.3 de la Constitución Española a las comunicaciones efectuadas entre dos trabajadoras de una misma empresa a través de un programa de mensajería electrónica instalado en los ordenadores propiedad de la empresa (programa Trillian); en tal caso, el TC entendió que la mensajería electrónica no gozaba de las características técnicas que debía reunir un medio de comunicación para estar protegido por el artículo 18.3 del texto constitucional y que no existía un expectativa razonable de confidencialidad o secreto respecto de las comunicaciones efectuadas a través de un programa de mensajería que, para más señas, fue instalado por las trabajadoras contraviniendo una orden expresa en contrario por parte de la empresa. El poder de dirección del empresario plasmado en la orden empresarial prohibitiva de instalar programas informáticos no autorizados por la empresa fue, en este caso, decisivo para sancionar el comportamiento de las trabajadoras sin valorar convenientemente si la orden empresarial en sí misma se configura como un límite legítimo al ejercicio del derecho al secreto de las comunicaciones en la empresa y, sobre su alcance, en su caso.³⁷

Por otro lado, la STC 170/2013, del 7 de octubre, va más allá que la anterior y cuestiona, además, que otros mecanismos de comunicación (correo electrónico, SMS), cuyo uso se encuentran muy generalizado en la empresa, se amparen en el artículo 18.3 de la CE. Vuelve a considerar que estos novedosos medios de comunicación se difunden a través de un “canal abierto” de comunicación, equivalente a las señales de humo o a la tarjeta postal, y que por ello no encajan en el concepto de comunicación constitucional.³⁸ En este caso es el convenio colectivo el instrumento utilizado para sustentar la desaparición de un derecho fundamental del trabajador. Sobre esta última sentencia nos detendremos algo más, debido a que parece hace recaer en el convenio colectivo la facultad controladora de un derecho fundamental de la

³⁷ Sobre la STC 241/2012, véase Marín Alonso, I., “La mensajería electrónica en la empresa: un paso atrás en la protección constitucional del derecho al secreto de las comunicaciones”, *Relaciones Laborales*, núm. 3, 2013.

³⁸ En este aspecto contradice su doctrina anterior que consideraba que la facilidad de interceptación del medio de comunicación utilizado (telefonía inalámbrica) no alteraba su consideración como comunicación protegida por el secreto.

personalidad cuando en realidad lo que hace es modificar la doctrina constitucional sobre el propio derecho.

De los antecedentes se deduce que el demandante prestaba servicio desde 1976 con la categoría profesional de jefe administrativo 1 para la empresa Alcaliber, dedicada a la actividad químico industrial de obtención de alcaloides (morphinas, codeína). Fue despedido disciplinariamente en octubre de 2007 por transgresión de la buena fe contractual. Quedó acreditado que proporcionaba información confidencial a otra empresa de la competencia mediante instrumentos técnicos propiedad de Alcaliber, en concreto, mediante teléfono (SMS) y el ordenador (correo electrónico). El procedimiento utilizado por la empresa para acreditar el incumplimiento laboral del trabajador fue el siguiente: a requerimiento de ésta, se personó en su sede un notario a cuya disposición se puso, por un lado, el teléfono móvil usado por el trabajador en la empresa y, por otro lado, el ordenador portátil del trabajador, ambos instrumentos técnicos propiedad de la empresa; en la notaría, en presencia del trabajador, se procedió a identificar el disco duro del ordenador y a efectuar una copia del mismo por un técnico, sin posibilidad de modificación de datos; tras comprobar el contenido de los mensajes SMS y los correos electrónicos enviados desde la cuenta proporcionada por la empresa, se confirma la sospecha de ser el autor de la transmisión de información confidencial a una empresa de la competencia.

El trabajador presenta demanda por despido ante el Juzgado de lo Social de Madrid y solicita la nulidad de la prueba pericial por entender que la empresa ha vulnerado su derecho a la intimidad y al secreto de las comunicaciones, consagrados respectivamente en los artículos 18.1 y 3 de la CE, tratándose, pues, de una prueba ilícitamente obtenida. El juzgado desestima dicha petición de nulidad por entender que la prueba pericial aportada por la empresa en relación con los correos electrónicos quedaba amparado, por un lado, en el artículo 20.3 del ET al fundarse en sospechas sobre un comportamiento irregular por parte del trabajador y, por otro lado, en el convenio colectivo aplicable que sancionaba como falta leve la utilización de los medios informáticos propiedad de la empresa para usos distintos de los relacionados con la prestación laboral. Pese a ello, el juzgado calificó el despido como improcedente por considerar desproporcionada la sanción impuesta frente a la gravedad de los hechos acreditados en juicio.

La empresa recurrió en suplicación al Tribunal Superior de Justicia de Madrid (en adelante TSJ) que, a diferencia del juzgado, calificó como procedente el despido con base en la transgresión de la buena fe contractual. En esta sede, entre otras alegaciones, el trabajador denunció, por un lado, que la interceptación de mensajes SMS extraídos del teléfono móvil vulneró su derecho al secreto de las comunicaciones y por otro lado, que respecto de los correos electrónicos extraídos del ordenador no existía en la empresa ni protocolo de actuación ni instrucciones sobre los límites y condiciones de utilización de los ordenadores, así como tampoco sobre el procedimiento de control de su contenido conforme a la doctrina establecida por el Tribunal Supremo.³⁹ El TSJ estimó que las pruebas obtenidas de los mensajes de texto del teléfono móvil debían ser rechazadas por ser contrarias al derecho a la intimidad del trabajador mientras que las referidas al correo electrónico eran lícitas por existir una prohibición expresa de carácter convencional que legitimaba la comprobación de la correcta utilización de los medios tecnológicos y las comunicaciones realizadas a través de ellos.

Frente al pronunciamiento anterior, el trabajador interpuso ante el Tribunal Supremo un recurso de casación para la unificación de la doctrina. El debate residía en examinar la compatibilidad del control empresarial sobre el uso por el trabajador de los ordenadores facilitados por la empresa con el derecho a su intimidad personal. Dicho recurso fue inadmitido por ausencia de contradicción al entender que las razones de decidir de las sentencias comparadas eran distintas.

Ante ello, el trabajador presentó un recurso de amparo ante el TC. En la demanda el trabajador recurrente aduce la vulneración del derecho a la intimidad (artículo 18.1 de la CE) y el derecho al secreto de las comunicaciones (artículo 18.3), en tanto entiende que el conocimiento del contenido de los correos electrónicos y de otras comunicaciones del trabajador (SMS) se ha producido antijurídicamente y que su interceptación ha tenido lugar de forma ilícita. El trabajador aduce no sólo la vulneración de la doctrina constitucional sobre los mencionados derechos, sino que, además, entiende vulnerada la doctrina sentada por el Tribunal Supremo (particularmente, en la sentencia del 26 de septiembre de 2007) y por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (sentencia del 3 de abril de 2007, TEDH 2007, 23, caso Copland). Consi-

³⁹ Véase la STS del 26 de septiembre de 2007.

dera el recurrente que pese a que el control empresarial sobre el uso por parte de los trabajadores de los medios informáticos de la empresa se encuentra directamente fundamentado en la potestad empresarial de vigilancia y control atribuida por el artículo 20.3 del ET, el mismo debe someterse a los siguientes límites para resultar lícito: 1) que se hayan establecido previamente las reglas de uso de los medios informáticos puestos a disposición del trabajador —prohibiciones absolutas o parciales—; 2) que se informe a los trabajadores de que va a existir control de dichos medios, y 3) que se informe a los trabajadores de los medios de control que van a ser usados para fiscalizar el uso de los medios informáticos.

Asimismo, considera el recurrente en amparo que la existencia de un convenio colectivo que sancione la utilización indebida de los medios informáticos de la empresa no puede exonerar del cumplimiento empresarial de los requisitos mencionados. Ello implicaría, a juicio del recurrente, una restricción excesiva de los derechos fundamentales a la intimidad y al secreto de las comunicaciones al facultar la interceptación general por la empresa de cualquier comunicación con el único fundamento de que el convenio colectivo aplicable prevea sancionar el uso no profesional de las herramientas informáticas empresariales puestas a disposición del trabajador. Solicita además el recurrente que el TC fije doctrina sobre la adecuación a los parámetros de constitucionalidad y sobre las garantías de los derechos fundamentales presuntamente violados.

Tras admitir a trámite la demanda y presentar cada parte sus alegaciones, la empresa solicita la inadmisión del recurso o subsidiariamente, su desestimación. En el escrito de alegaciones de la empresa se relata el origen del procedimiento: que un cliente extranjero indicó a Alcaliber que había un infiltrado en la misma que pasaba información a otra empresa; Alcaliber contrató a una agencia para realizar la correspondiente investigación, centrando sus sospechas en el trabajador demandante. A partir de ahí, formula alegaciones de índole procesal y material.⁴⁰ Desde esta última perspectiva, considera no vulnerado el derecho al secreto de las comunicaciones, en tanto a su juicio,

⁴⁰ Procesalmente se alega la extemporaneidad en la interposición de la demanda de amparo, la falta de agotamiento de los recursos en vía judicial ordinaria, la ausencia de invocación de los derechos fundamentales vulnerados (artículos 18.1 y 18.3 de la CE), la falta de invocación del derecho a un proceso con todas las garantías y a la tutela judicial efectiva e igualdad de las partes (artículos 14 y 24 de la CE), y, por último, la falta de trascendencia constitucional del recurso.

el artículo 18.3 de la CE sólo tutela el proceso comunicativo y no el mensaje en sí mismo. Entiende, además, que el artículo 18.3 de la CE sólo protege las comunicaciones efectuadas mediante un “canal cerrado” de comunicación, es decir, aquellas únicamente accesibles a los intervinientes de la comunicación y que ofrecen garantías de confidencialidad. Considera que las comunicaciones efectuadas mediante teléfono móvil (SMS) y el ordenador (correo electrónico) conforman un “canal abierto” de comunicación al conformarse como una comunicación sometida a la inspección y poder de control del empresario.

Por otra parte, entiende no vulnerado el derecho a la intimidad del trabajador en tanto, objetivamente, el contenido de los correos electrónicos se refiere a aspectos empresariales relacionados con el incumplimiento del deber de reserva de los secretos empresariales; subjetivamente, considera que no existía una expectativa razonable de privacidad o confidencialidad sobre el contenido de los correos electrónicos en la medida que el convenio colectivo permitía saber al trabajador que el correo electrónico, propiedad de la empresa, podía ser sometido a control empresarial.

Por último, considera no vulnerado el derecho a un proceso con todas las garantías y a la igualdad de armas procesales en la medida que la empresa actuó conforme a un fin legítimo: proteger los secretos de la empresa, de acuerdo a la legalidad, en virtud de convenio colectivo y del artículo 20.3 del ET, con razonabilidad, la vulneración del secreto empresarial se había producido mediante los ordenadores propiedad de la empresa, con idoneidad, el informe pericial demuestra que la medida de depositar el ordenador en la notaría y su análisis por un perito era adecuada para conocer la vulneración del secreto empresarial, con necesidad, no había otra posibilidad para acreditar los hechos, y con proporcionalidad: no se conocieron ni analizaron datos personales ni familiares del trabajador, sino sólo los empresariales.

Por su parte, el ministerio fiscal interesa la denegación del amparo, considerando que es el derecho a la intimidad el concernido y no el del secreto de las comunicaciones.

Respecto a las cuestiones de fondo, plantea el TC si la STSJ impugnada vulnera los derechos a la intimidad y al secreto de las comunicaciones por considerar prueba lícita en el proceso de despido la aportación por la empresa del contenido de determinados correos electrónicos del trabajador recurrente cuya obtención tuvo lugar mediante el registro a un ordenador portátil propiedad de la empresa. El contenido de los correos evidencia que, a través de la

dirección electrónica facilitada por la empresa, el trabajador mantuvo contacto con terceros ajenos a ella a los que había remitido información detallada sobre las previsiones de cosecha de 2007 y 2008. Dicha conducta implicaba, según el convenio colectivo de la industria química, una falta laboral muy grave.

Entiende así el TC que la controversia a resolver versa sobre la necesaria delimitación de bienes e intereses de relevancia constitucional en el marco de las relaciones laborales: los derechos del trabajador a la intimidad y al secreto de las comunicaciones (artículos 18.1 y 18.3 de la CE) y el poder de dirección del empresario (artículos 33 y 38 de la CE, y artículo 20.3 del ET). Recuerda al respecto el TC que, conforme a su propia doctrina, “el contrato de trabajo no puede considerarse como un título legitimador de recortes en el ejercicio de los derechos fundamentales que incumben al trabajador como ciudadano, que no pierde su condición de tal por insertarse en el ámbito de una organización privada” (STC 88/1985, del 19 de julio). Prosigue señalando que “la inserción en la organización laboral modula aquellos derechos en la medida estrictamente imprescindible para el correcto y ordenado desenvolvimiento de la actividad productiva” (STC 99/1994, del 11 de abril) e insiste en 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” (STC 126/2003, del 30 de junio); así, “la relación laboral, en cuanto tiene como efecto típico la sumisión de ciertos aspectos de la actividad humana a los poderes empresariales, es un marco que ha de tomarse en forzosa consideración a la hora de valorar hasta qué punto ha de producirse la coordinación entre el interés del trabajador y el de la empresa que pueda colisionar con él” (STC 99/1994, del 11 de abril).

Ante esa colisión de intereses surge la necesidad de que

...los órganos judiciales preserven el necesario equilibrio entre las obligaciones del trabajador dinamantes del contrato de trabajo y el ámbito de sus derechos y libertades constitucionales, pues, dada la posición preeminentemente de éstos en el ordenamiento jurídico, en cuanto proyecciones de los núcleos esenciales de la dignidad de la persona (art. 10.1, CE) y fundamentos del propio Estado democrático (art. 1 CE), la modulación que el contrato de trabajo puede producir en su ejercicio ha de ser la estrictamente imprescindible para el logro de los legítimos intereses empresariales y proporcional y adecuada a la consecución de tal fin (STC 213/2002, del 11 de noviembre y STC 151/2004, del 20 de septiembre).

Respecto al derecho del trabajador al secreto de las comunicaciones en la empresa, señala el TC que conforme a doctrina anterior del mismo, este derecho es un derecho de carácter formal, pues el secreto “se predica de lo comunicado, sea cual sea su contenido” (SSTC 114/1984, del 29 de noviembre, y 34/1996, del 11 de marzo). Recalca con ello que lo que se pretende es que todas las comunicaciones —incluidas las electrónicas (STC 142/2012)— puedan realizarse con libertad (SSTC 123/2002 y 281/2006). Sin embargo, a partir de aquí, extrae una conclusión que se aparta imperceptiblemente de la mantenida hasta el momento: que el objeto de protección del artículo 18.3 de la CE es el proceso de comunicación en libertad y no por sí sólo el mensaje transmitido, cuyo contenido puede ser banal o de notorio interés público. Ello supone que el contenido del mensaje se protege sólo de manera secundaria, es decir, cuando el proceso comunicativo se efectúe con los requisitos que el propio TC estableció en pronunciamientos anteriores. El TC se distancia así de su doctrina anterior que señalaba que el objeto de protección del artículo 18.3 de la CE no sólo era el proceso comunicativo iniciado entre el emisor y el receptor de la comunicación, sino también el mensaje entre los mismos (STC 114/1984). Es más, el TC extendió incluso la protección del artículo 18.3 de la CE a los mensajes recibidos y guardados por los interlocutores, dejándolos claramente a partir de ahora en el marco del artículo 18 del ET a efectos de su posible registro. Los mensajes guardados por los interlocutores podrán ser interceptados en atención a las reglas antevistas de proporcionalidad, razonabilidad e idoneidad de la medida, lo cual, cuando haya un convenio colectivo que sancione el uso particular de tales medios de comunicación, equivaldrá a la existencia de una suerte de carta blanca o bula para invadir la privacidad de los trabajadores.⁴¹

⁴¹ Por otro lado, recuerda el TC que conforme a la jurisprudencia constitucional, la protección que el derecho fundamental dispensa no se extiende a todos los fenómenos de comunicación entre personas, ni alcanza a cualesquiera materiales con ella relacionados, presentes, pasados o futuros. Así, se excluye del ámbito de protección del artículo 18.3 de la CE a los sujetos que formaron parte de la comunicación, ya que “lo que la Constitución garantiza es su impenetrabilidad por parte de terceros”; los interlocutores entre sí no pueden reclamar la protección del artículo 18.3 de la CE, porque lo que se rechaza por el ordenamiento jurídico es “la interceptación o el conocimiento antijurídico de las comunicaciones ajenas” (STC 114/1984, 175/2000 y 56/2003). Refiere que el derecho al secreto cubre el proceso comunicativo, el contenido del mensaje y, en el caso de utilización de teléfonos como instrumento técnico, la identidad subjetiva de los interlocutores (entiende que el derecho se vería afectado por la entrega de los

VI. CONCLUSIONES

La doctrina constitucional española había establecido una serie de requisitos acumulativos para que las “comunicaciones” estuvieran protegidas por el artículo 18.3 de la CE. Parecía existir consenso en que el término “comunicación” debía interpretarse en sentido amplio e incluir, conforme al artículo 3o. del Código Civil y a la doctrina del TSJE, a las comunicaciones que según los tiempos en que se desarrollan no habían sido tomadas en consideración por el texto constitucional en 1978 (limitado a comunicaciones postales, telegráficas y telefónicas).⁴² Venía ello a suponer, en principio, que las nuevas comunicaciones facilitadas por las tecnologías más avanzadas también disfrutarían de un inicial encaje en el texto constitucional como comunicaciones potencialmente protegibles.⁴³

A la apreciación anterior se añadían los tres requisitos que el TC exigía al proceso comunicativo para disfrutar del secreto. Por un lado, efectuar la comunicación mediante un *soporte técnico*; por otro lado, efectuar la comunicación *en la distancia* y, por último, llevarla a cabo a través de un *canal cerrado* de comunicación, es decir, que requiera de acciones conscientes de interceptación. En resumen, podemos indicar respecto del primer requisito que la utilización de un soporte técnico implica confiar la comunicación a un instrumento que permite transmitir un mensaje entre dos o varios interlocutores, surgiendo desde ese mismo momento una expectativa de secreto sobre el contenido del mismo.

listados de llamadas telefónicas por las compañías telefónicas, así como por el acceso al registro de llamadas entrantes y salientes grabadas en un teléfono móvil —SSTC 230/2007, 142/2012 y 241/2012—.

⁴² Al respecto véase la STC del 3 de abril de 2002 que señala: “los avances tecnológicos que en los últimos tiempos se han producido en el ámbito de las telecomunicaciones, especialmente en conexión con el uso de la informática, hacen necesario un nuevo entendimiento del concepto de comunicación y del objeto de protección del derecho fundamental que extienda la protección a esos nuevos ámbitos, como se deriva necesariamente del tenor literal del art. 18.3 CE”. Añade la mencionada sentencia que “el art. 18.3 contiene una especial protección de las comunicaciones, cualquiera que sea el sistema empleado para realizarlas”.

⁴³ Ello en consonancia con lo determinado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su interpretación del artículo 8o. del Convenio Europeo de Derechos Humanos, del artículo 12 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre o el artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966. Véanse el *caso Malone vs. Reino Unido*, decisión del 2 de agosto de 1984, serie A, vol. 82, p. 30, o el *caso Schenk vs. Suiza*, decisión del 12 de julio de 1984, serie A, vol. 140, p. 31.

Dicho condicionante se suma al que requiere que el proceso comunicativo tenga lugar en la distancia, que no se realice en persona por los interlocutores porque éstos no puedan o no lo desean. La suma de ambos requisitos implicaba excluir de la protección dispensada por el artículo 18.3 de la CE únicamente a las comunicaciones efectuadas *vis a vis*, no garantizando en tal caso a los interlocutores ninguna expectativa de secreto (es más, en el caso de que algún interlocutor difunda el contenido de lo comunicado, el hipotético derecho a proteger sería, en su caso, el derecho a la intimidad).

El tercer requisito exigido para que el derecho constitucional surja es el más polémico pues en él se basa la nueva doctrina del TC para desproteger las comunicaciones electrónicas. Así, hablamos de la exigencia de que el proceso comunicativo se desarrolle a través de “canales cerrados” de comunicación. Hasta el momento, dicho requisito se entendía de la siguiente manera: las comunicaciones realizadas en la distancia y mediante soporte técnico que no requirieran de actos conscientes de interceptación no quedaban amparadas por el texto constitucional (comunicación mediante señales de humo, carta abierta en un periódico, mensajes radiofónicos a través de ondas hertzianas). La doctrina constitucional anterior entendió, incluso, que el secreto de la comunicación no dependía, en ningún caso, de las garantías técnicas de secreto que ofreciera el instrumento comunicativo utilizado (las comunicaciones inalámbricas, amparadas por el TC), protegiendo por ello a las comunicaciones fácilmente interceptables desde el aspecto técnico. La garantía jurídica del secreto era independiente de la garantía técnica del mismo.⁴⁴

Así, en resumidas cuentas, las comunicaciones entabladas conforme a los criterios anteriores disfrutaban de la presunción *iuris et de iure* de que el contenido de las mismas era secreto y, además, era un derecho oponible *erga omnes*, es decir, oponible frente a cualquier sujeto público o privado que pretendiera vulnerar el derecho.⁴⁵

⁴⁴ SSTC 114/1984 del 29 de septiembre y 127/1996 del 9 de julio. En la doctrina véase Rodríguez Ruiz, B., *op. cit.*, p. 66, donde señala que “es precisamente la existencia de garantías técnicas del secreto lo que justifica el reconocimiento de un derecho específico dentro del derecho a la intimidad, de un derecho que no se limita a proteger expectativas más o menos razonables de secreto, sino el secreto en cuanto que elemento característico o parte integrante de un sistema de comunicación”.

⁴⁵ SSTEDH del 6 septiembre de 1978 (*caso Klass y otros vs. Alemania*); del 20 de junio de 1988 (*caso Schonenerger y Durmaz*); del 15 de junio de 1992 (*caso Ludi vs. Suiza*); STC 114/1984 del 29 de noviembre y STC 22/1984 del 17 de febrero.

Sin embargo, ahora es éste el requisito que parece interpretarse de manera diferente por la STC 170/2013, pues entiende que las comunicaciones electrónicas efectuadas a través de correo electrónico y SMS, que utilizan como soporte técnico el ordenador y el teléfono móvil, no se conciben en la empresa como canales cerrados de comunicación en tanto permiten una fácil interceptación por el empresario. Avala dicha postura a juicio del TC, la facultad de vigilancia y control reconocida en el artículo 20.3 del ET, y la posible existencia de un convenio colectivo que, con carácter genérico, sancione de alguna manera la utilización indebida de los medios tecnológicos de producción. La confidencialidad de la comunicación desaparece así en el marco de las relaciones laborales en tanto el trabajador no puede tener expectativa alguna de secreto. El correo electrónico y el SMS utilizados mediante instrumentos tecnológicos de la empresa se conciben, pues, como canales abiertos de comunicación de los que, como dice la sentencia comentada, “no puede predicable su confidencialidad”. Es decir, aunque el conocimiento del contenido del mensaje se logre a través de actos concretos y conscientes de interceptación (ejemplo, abrir hasta siete archivos diferentes para acceder al contenido de mensajes electrónicos como ocurrió en la SCT 241/2012), ello no implica que se vulnere el derecho constitucional del trabajador en la medida que en el ámbito de la empresa, y sólo en ésta, no se conciben como comunicaciones entabladas mediante “canal cerrado”.

El ámbito empresarial presenta así no sólo peculiaridades para el ejercicio del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones en atención al poder de dirección del empresario (artículo 38 de la CE), sino que implica, incluso, un cambio de la naturaleza jurídica del mismo: lo que como ciudadano puede reclamarse frente al Estado o ante cualquier particular no podrá hacerse, frente al empleador en el ámbito de la empresa, modulándose en el marco de la empresa las características del derecho fundamental. Si un contrato de arrendamiento de vivienda no era título suficiente para interceptar las comunicaciones efectuadas por el inquilino en la vivienda —propiedad del arrendador— parece que la relación de subordinación entre trabajador y empresario, y la existencia de un contrato de trabajo o un convenio colectivo sí permite tal situación. Se convierte al empresario en un “tercero cualificado” para la interceptación de los mensajes electrónicos cuando en ejercicio de sus facultades de vigilancia y control (artículo 20.3 del ET) o habilitado por un

convenio colectivo —que sancionar el uso indebido de los mismos—, procede a interceptar o controlar las comunicaciones de sus empleados.

En todo caso, no se ha alterado realmente el papel que desempeñan el contrato de trabajo, las reglamentaciones de trabajo o el convenio colectivo en la limitación de los derechos de ciudadanía del trabajador, aunque los mismos son utilizados una vez más para inclinar la balanza a favor de los intereses empresariales.

Resulta sorprendente observar cómo los derechos de la ciudadanía vuelven a quedarse en España en la puerta de la fábrica, retrocediendo casi dos décadas en la interpretación de los mismos. La seguridad jurídica en la aplicación del derecho al secreto de las comunicaciones se reduce considerablemente, contraviniendo uno de los objetivos básicos de cualquier Estado de derecho. En esta misma línea parece dirigirse también la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su reciente asunto *Barbulescu vs. Rumanía*.⁴⁶ 

⁴⁶ Requête núm. 61496/2008, conocida el 12 de enero de 2016.