

## EL PODER DE CONTROL DEL EMPRESARIO SOBRE EL CORREO ELECTRÓNICO DE SUS TRABAJADORES. A PROPÓSITO DE LA SENTENCIA DE LA SALA DE LO PENAL DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 16 DE JUNIO DE 2014

### El poder de control del empresario sobre el correo electrónico de sus trabajadores. A propósito de la Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 16 de junio de 2014

*El control empresarial de la utilización por parte de los empleados de los medios informáticos puestos a su disposición ha sido una cuestión analizada por distintas resoluciones judiciales en la jurisdicción social y por el Tribunal Constitucional. Así, desde la Sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 26 de septiembre de 2007, varios pronunciamientos han unificado y sentado la doctrina sobre el alcance y los límites del control del empresario sobre el uso por el trabajador de los medios informáticos facilitados para el desarrollo de su trabajo. Sin embargo, esta línea jurisprudencial parece haberse visto alterada por la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de 16 de junio de 2014, que analiza la eficacia probatoria, en el ámbito penal, de los correos electrónicos interceptados por la empresa a uno de sus empleados.*

#### PALABRAS CLAVE

*Control del empresario, utilización de medios informáticos de los trabajadores, correos electrónicos de los empleados, alcance y límites del control del empresario, eficacia probatoria en el ámbito penal.*

### Company control over the use of emails from its employees. About the judgment of the Criminal Chamber of the Supreme Court of June, 16th 2014

*Several rulings of the labour courts and the Constitutional Court have analysed the subject of company control over the use of data processing equipment put at the disposal of employees. In this regard, according to the judgment of the Fourth Chamber of the Supreme Court of 26 September 2007, several rulings have unified doctrine on the scope and limits of company control over the use by employees of data processing equipment made available to them to perform their duties. However, this doctrine seems to have been modified by the judgment of the Second Chamber of the Supreme Court dated 16 June 2014, which analyses whether emails intercepted by a company from one of its employees can be considered legitimate evidence in criminal proceedings.*

#### KEY WORDS

*Company control, use of data processing equipment put at the disposal of employees, emails from employees, scope and limits of company control, legitimate evidence in criminal proceedings.*

Fecha de recepción: 15-1-2015

Fecha de aceptación: 28-1-2015

## INTRODUCCIÓN

La posibilidad de que un empresario controle el uso que sus trabajadores hacen de los medios informáticos que pone a su disposición (correo electrónico, conexión a internet, etc.) ha sido un tema de indudable controversia desde un punto de vista doctrinal y jurisprudencial.

No en vano, se trata de dirimir las líneas entre los diferentes valores jurídicos en juego, todos ellos con una relevante incidencia constitucional. Por un lado, los derechos fundamentales de los trabajadores reconocidos en la Constitución Española: el derecho a la intimidad (artículo 18.1) y el derecho al secreto de las comunicaciones (artículo 18.3). Ambos, parte integrante del derecho a la integridad física y personal (artículo 10).

Por otro lado, el poder de dirección del empresario, imprescindible para la buena marcha de la organización productiva y que, además de recogerse con claridad en el artículo 20 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, publicado

mediante Real Decreto legislativo 1/1995 de 24 de marzo (el «ET»), se contiene en los artículos 33 y 38 de la Constitución Española.

Esta cuestión ha sido analizada tanto por la Sala Cuarta (Sala de lo Social) del Tribunal Supremo (en adelante, «TS») como por el propio Tribunal Constitucional (en adelante, «TC»). Así, en los últimos años, la Sala de lo Social del TS y el TC adoptaron una posición común que dotaba a empresarios y trabajadores de una cierta seguridad jurídica en sus actuaciones, en un área tan sensible como la referida a las nuevas tecnologías de la comunicación y la relación de estas tecnologías con derechos fundamentales como son el derecho a la intimidad y al secreto de las comunicaciones. Todo ello, además, en el marco de una relación laboral.

Sin embargo, tal y como expondremos a continuación, la Sentencia de la Sala Segunda (Sala de lo Penal) del TS de 16 de junio de 2014 (en adelante, la «Sentencia») podría haber trastocado esta aparente seguridad jurídica.

## PRECEDENTES JUDICIALES EN EL ÁMBITO SOCIAL Y CONSTITUCIONAL

La jurisprudencia emanada de la Sala Cuarta del TS que tiene su origen en la reconocida sentencia de 26 de septiembre de 2007 (ponente: Desdentado Bonete) y la doctrina establecida en las sentencias del TC de 12 de diciembre de 2012 y de 7 de octubre de 2013 habían generado un cierto clima de seguridad jurídica en un campo tan resbaladizo como el que se analiza en este trabajo.

### Jurisprudencia Social

La Sala Cuarta del TS dirime en su sentencia de 26 de septiembre de 2007 una vieja discusión entre las distintas salas de suplicación. La disyuntiva consistía en determinar si las facultades de vigilancia o control de los medios informáticos que el empresario pone a disposición de sus trabajadores para el desarrollo de sus funciones laborales, se efectuaba con base en el artículo 20 del ET (que prevé el poder de dirección del empresario) o si, por el contrario, se debía articular por la vía más garantista para el trabajador del artículo 18.3 del ET (referido a la apertura y revisión de la taquilla de un determinado trabajador). Todo ello, como paso previo a razonar sobre la validez de dicho control desde un prisma de garantía de los derechos fundamentales de los trabajadores.

La Sala Cuarta consideró que el ordenador era una herramienta de trabajo, propiedad del empresario, y que, en consecuencia, la potestad de control y supervisión derivaba de forma directa del poder de dirección del empresario, y no de sus potestades extraordinarias de «policía» ante posibles hurtos o ilícitos que se puedan producir en el centro de trabajo y en el horario de trabajo, y que justifican la previsión del artículo 18.3 del ET.

No obstante, como ya se ha adelantado, la Sala Cuarta del TS es plenamente consciente de que la dicotomía no se resuelve simplemente atendiendo al concreto artículo del ET que resulte de aplicación, sino que, una vez resuelta esa dicotomía a favor del poder de dirección empresarial, era necesario contextualizar ese poder de dirección del empresario (artículo 20 del ET) a la luz de los otros valores jurídicos en juego: el derecho a la intimidad (artículo 18.1 de la Constitución Española) y al secreto de las comunicaciones de los trabajadores (artículo 18.3 de la Constitución Española). Obviamente, atendiendo también a un contexto social en el que se presume un

cierto uso personal razonable por parte de los trabajadores de los medios informáticos.

La Sala Cuarta, en su sentencia de 26 de septiembre de 2007, llega a la conclusión de que en la medida en que existe un contexto social de permisividad hacia el uso personal del ordenador y el correo electrónico facilitados por la empresa, el control empresarial de esos medios de producción podría lesionar los derechos a la intimidad y al secreto de las comunicaciones de los trabajadores, cuya protección constitucional es especialmente relevante.

En este sentido, las pruebas obtenidas mediante ese control empresarial que lesionase el derecho a la intimidad o al secreto de las comunicaciones de los trabajadores serían consideradas ilícitas y, consecuentemente, nulas en el marco de un procedimiento judicial de despido o de impugnación de sanciones laborales.

No obstante, la propia sentencia de 26 de septiembre de 2007 establece que, si el empresario ha destruido esa presunción de privacidad o confidencialidad en el uso personal del ordenador o el correo electrónico por parte de sus trabajadores (estableciendo, previamente, las reglas del uso del ordenador e informando a los trabajadores de la existencia de control y de las medidas aplicables en cada caso), ese control o supervisión de los medios informáticos no podría considerarse lesivo de los derechos a la intimidad y de secreto de las comunicaciones y, en consecuencia, la prueba de posibles incumplimientos contractuales obtenida como consecuencia del control empresarial sería lícita.

Aunque la sentencia de 26 de septiembre de 2007 declara la ilicitud de la prueba sobre la base de que, en ese caso concreto, el empresario no había acreditado la destrucción de la presunción de uso confidencial y personal de las herramientas informáticas, la licitud de esa prueba ha sido analizada y aceptada por la Sala Cuarta en otras sentencias.

Así, la Sala Cuarta del TS ha aceptado la licitud y validez de la prueba obtenida por el empresario a través de los medios de vigilancia y control de las herramientas informáticas de trabajo en su sentencia de 6 de octubre de 2011, en la que la trabajadora era conocedora de la prohibición absoluta por parte del empresario de un uso personal de las herramientas informáticas y, consecuentemente, era o debía ser consciente de que el empresario podría controlar el cumplimiento de esa orden.

Una conclusión similar alcanza la Sala Cuarta en el auto de 7 de julio de 2010, dictado a la luz de los

mismos hechos que los analizados por la Sentencia de la Sala Segunda, aunque con la salvaguarda de que se trata de un auto que desestima la casación unificadora de la doctrina propuesta por el trabajador por falta de contradicción.

En definitiva, la Sala Cuarta llegó a la conclusión de que las pruebas obtenidas como consecuencia del control empresarial de los medios informáticos son lícitas siempre que el empresario (o el convenio colectivo de aplicación) hubiese establecido una prohibición de uso personal de las herramientas informáticas de trabajo y hubiese informado de la posibilidad de su control o, a pesar de no haber informado de esa posibilidad de control, la prohibición fuese de carácter absoluto, lo que a juicio de la Sala Cuarta lleva implícita la posibilidad de control.

En este sentido, entiende la Sala Cuarta que esa prohibición empresarial destruye la presunción social de privacidad y, por lo tanto, evita cualquier lesión al derecho a la intimidad y al secreto de las comunicaciones, puesto que el trabajador será plenamente consciente de que el uso (personal o no) que haga del ordenador y del correo electrónico puede ser controlado. Asimismo, considera que las comunicaciones efectuadas a través del correo electrónico corporativo son a través de un «canal abierto», lo que evita la protección absoluta otorgada por el artículo 18.3 de la Constitución Española al secreto de las comunicaciones (salvo intervención judicial) para las comunicaciones a través de un «canal cerrado».

### Doctrina Constitucional

La cuestión, pese a llegar a ser hasta cierto punto pacífica en el ámbito social a raíz de la sentencia de la Sala Cuarta del TS de 26 de septiembre de 2007, seguía generando dudas entre la doctrina científica desde el prisma constitucional, especialmente relevante en esta materia, al afectar a los derechos constitucionales a la intimidad y al derecho al secreto de las comunicaciones.

No faltaron las voces entre la doctrina que alertaban de la necesidad de esperar a un pronunciamiento del TC en esta materia, que viniera a ratificar o rectificar la jurisprudencia emanada de la Sala Cuarta del TS y seguida desde ese momento por las diferentes salas de lo social de los Tribunales Superiores de Justicia.

Finalmente, el TC se pronunció sobre esta cuestión en dos sentencias, la núm. 241/2012 de 17 de

diciembre y la núm. 170/2013 de 7 de octubre. En la última de ellas, el TC analiza de forma específica la situación que se genera en relación con el control empresarial de los correos electrónicos y su incidencia en los derechos fundamentales de los trabajadores.

El TC llegó a idéntica conclusión que la alcanzada por la Sala Cuarta del TS: se trata de una zona difusa de nuestro ordenamiento jurídico, en la que es necesario ponderar el derecho a la intimidad y al secreto de las comunicaciones (que no pueden considerarse absolutos) con el poder de dirección del empresario que emana de los artículos 33 y 38 de la Constitución Española.

El TC razona que la calificación jurídica que deban merecer las medidas empresariales de vigilancia y control debe variar en función de la propia configuración de las condiciones de disposición y de uso de las herramientas informáticas y de las instrucciones que hayan podido ser impartidas por el empresario, recogiendo de esta manera la aseveración de la Sala Cuarta del TS de que no puede haber lesión de derechos si no existe expectativa de confidencialidad o privacidad.

En primer lugar, el TC desestima la lesión del derecho al secreto de las comunicaciones, que cubre no solo el contenido, que además no tiene por qué ser necesariamente íntimo de lo comunicado, sino también otros aspectos de la comunicación, como los interlocutores, por cuanto considera que la comunicación se produce en un canal abierto (no cerrado).

Es decir, el TC considera que la comunicación a través de la herramienta de correo electrónico empresarial, cuyo uso para fines personales ha sido prohibido expresamente, no se puede considerar una comunicación confidencial a través de un canal cerrado (sin acceso de terceros). En ese sentido, el TC llega a la conclusión de que el secreto de las comunicaciones no impide al empresario controlar o vigilar los correos electrónicos de sus trabajadores cuando previamente ha prohibido un uso personal.

A una conclusión similar llega respecto de la lesión del derecho a la intimidad, al considerar de nuevo que el empresario no lesiona el derecho a la intimidad de sus trabajadores al controlar o vigilar los correos electrónicos, ya que no existe una expectativa razonable de privacidad o confidencialidad.

El TC considera que esa ausencia de expectativa de privacidad (que ha sido destruida por la actuación

empresarial que prohíbe las comunicaciones electrónicas de tipo personal con las herramientas informáticas de trabajo) hace que esta doctrina constitucional sea perfectamente compatible con las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 25 de junio de 1997 (*Halford contra Reino Unido*) y de 3 de abril de 2007 (*Copland contra Reino Unido*), que consideran protegidos por el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (intimidad) los correos electrónicos enviados desde el lugar de trabajo.

En resumen, el TC validó la jurisprudencia emanada de la Sala Cuarta del TS al mantener que, en la medida en que el empresario (o el convenio colectivo de aplicación) hubiese establecido una prohibición de uso personal de las herramientas informáticas y del correo electrónico, era lícito el control o vigilancia del empresario de las herramientas informáticas de trabajo y, consecuentemente, lícita era también la prueba obtenida por el empresario a través de ese control.

#### **LA SENTENCIA DE 16 DE JUNIO DE 2014 DE LA SALA SEGUNDA DEL TRIBUNAL SUPREMO**

La Sala Segunda del TS analiza la eficacia probatoria, en el ámbito penal, de los correos electrónicos interceptados por la empresa a uno de sus empleados. Se trata de un pronunciamiento *obiter dictum*, es decir, sin carácter de precedente jurisprudencial.

Antes de examinar la Sentencia a la luz de los principios del Derecho penal, conviene resaltar que la prueba cuya eficacia probatoria se discute en esta resolución ya había sido analizada por la jurisdicción social que, de conformidad con los criterios fijados por el TC y por la Sala Cuarta del TS expuestos anteriormente, declaró su validez. De hecho, la Sala Segunda del TS considera que los criterios establecidos por la jurisprudencia son aplicables al orden social, pero niega que sean extrapolables al ámbito penal. La Sala de lo Penal afirma que, para que las comunicaciones de los trabajadores interceptadas por el empresario tengan valor y eficacia probatoria en la jurisdicción penal, «*resultará siempre necesaria la autorización e intervención judicial*», según contempla el art. 18.3 de la Constitución Española.

En concreto, la sentencia analiza el siguiente supuesto de hecho: un trabajador encargado de la supervisión de la facturación de la empresa y de ordenar los pagos a los proveedores se puso en contacto con distintos proveedores y acordó que estos

volvieron a presentar facturas ya abonadas y que negaran haberlas cobrado. El trabajador, burlando el sistema establecido por la empresa para supervisión y *confirming* de las facturas y abusando de sus funciones, ofrecía al proveedor una parte del importe cobrado por segunda vez y se apoderaba del resto del dinero. La Audiencia Provincial de Madrid condenó al empleado por un delito continuado de falsedad en documento mercantil, en concurso medial con un delito continuado de esta-fa. Una de las pruebas valoradas en esa primera resolución fue el contenido de la memoria del disco duro del ordenador que utilizaba el acusado en sus tareas contables. El condenado presentó recurso ante el TS aludiendo a la vulneración del derecho a un proceso con garantías del art. 24.2 de la Constitución, por la forma en la que el empresario obtuvo, sin intervención judicial, la información contenida en el equipo informático utilizado por el trabajador.

El TS confirma el fallo de la Audiencia Provincial y considera que, con independencia de la información contenida en el disco duro del ordenador interceptado por el empresario, existe material probatorio suficiente para sustentar el pronunciamiento condenatorio. No obstante, la Sala de lo Penal estima necesario clarificar algunas afirmaciones contenidas en la resolución de la Audiencia Provincial, con el objetivo de fijar una doctrina en el ámbito penal en materia de injerencia en el secreto de las comunicaciones del imputado.

#### **La separación entre la jurisdicción social y la jurisdicción penal**

Como ya se ha expuesto, la Sentencia no pretende cuestionar la doctrina jurisprudencial sentada en la jurisdicción social y ratificada por el propio TC sobre el alcance y los límites del control empresarial en esta materia. La Sentencia señala de forma clara y rotunda que su pronunciamiento se refiere exclusivamente a la validez y eficacia probatoria de los correos electrónicos obtenidos por la empresa en un procedimiento *penal* en el que se acusa de graves delitos a un trabajador. La Sala Segunda no desconoce la existencia de estos pronunciamientos judiciales y de la mencionada doctrina constitucional. Sin embargo, considera que esa doctrina constitucional deberá aplicarse en el ámbito exclusivo de las relaciones laborales. Por el contrario, los principios y las garantías que caracterizan el procedimiento penal exigen, en opinión de la Sala

Segunda, la aplicación de criterios más rigurosos y estrictos para poder justificar la injerencia en el derecho al secreto de las comunicaciones de los imputados, y evitar una vulneración de los derechos que el imputado tiene reconocidos en el proceso penal.

### **Límites al control empresarial: necesidad de autorización judicial previa para obtener prueba válida en el procedimiento penal**

Una vez establecida esa pretendida separación radical entre lo laboral y lo penal, obviando que los derechos fundamentales son únicos y que el ordenamiento jurídico es un todo, la Sala Segunda llega a la conclusión de que la prueba cuya validez había afirmado la jurisdicción social fue obtenida ilegalmente en el marco de la jurisdicción penal y, por ello, debe ser considerada nula.

La Sala Segunda aborda el caso desde la óptica del artículo 18.3 de la Constitución Española (derecho al secreto de las comunicaciones), cuyo tenor literal exige previa autorización judicial para acceder a las comunicaciones. En este punto, la Sala de lo Penal realiza las siguientes consideraciones para fundamentar su postura:

(i) Rechaza con contundencia los argumentos establecidos por la jurisprudencia social y constitucional, y señala que el artículo 18.3 de la Constitución «no contempla, por tanto, ninguna posibilidad ni supuesto, ni acerca de la titularidad de la herramienta comunicativa (ordenador, teléfono, etc. propiedad de tercero ajeno al comunicante), ni del carácter del tiempo en el que se utiliza (jornada laboral) ni, tan siquiera, de la naturaleza del cauce empleado («correo corporativo»), para excepcionar la necesaria e imprescindible reserva jurisdiccional en la autorización de la injerencia».

(ii) Excluye la posibilidad de que el consentimiento del empleado, otorgado con carácter general, tenga eficacia para suplir la ausencia de autorización judicial. Así, rechaza que una «tácita renuncia al derecho» por parte del propio trabajador o una «renuncia-autorización» pueda validar el control del empresario sin intervención judicial. Sin embargo, la Sala Segunda deja sin resolver si un consentimiento *ad hoc*, otorgado para la concreta intervención del empresario previamente a que esta se produzca, supondría una vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones.

(iii) Justifica este régimen de protección más riguroso en la especial gravedad y trascendencia de esta clase de injerencias, que afectan no solo al derecho al secreto de las comunicaciones del empleado, sino también al de terceros ajenos a la empresa que hayan participado en esas comunicaciones y que no mantienen ninguna relación con el empresario. En este sentido, la Sentencia afirma que «la incursión (del empresario) en sus comunicaciones (del trabajador) produce automática e inmediatamente la injerencia en el correspondiente derecho al secreto de los terceros que con él comunican, ajenos a esa relación con el titular de la herramienta y de sus condiciones de uso».

### **Excepciones a la necesidad de autorización judicial previa: los «datos de tráfico»**

La Sala Segunda del TS establece, en un último párrafo referido al secreto de las comunicaciones, una serie de excepciones. Se trata de supuestos que quedan fuera del ámbito de protección del art. 18.3 de la Constitución Española, siendo en su caso aplicables las normas relativas a la protección y conservación de datos (artículo 18.4 de la Constitución Española) o a la intimidad documental en sentido genérico y sin la exigencia absoluta de la intervención judicial (artículo 18.1 de la Constitución Española). Aunque la argumentación es breve y plantea no pocas dudas, la Sala de lo Penal afirma que quedarán excluidos tanto «los denominados datos de tráfico» como «la posible utilización del equipo informático para acceder a otros servicios de la red como páginas web, etc.», e incluso «los mensajes que, una vez recibidos y abiertos por su destinatario, no forman ya parte de la comunicación propiamente dicha».

Parece que, con esta exclusión, la Sala Segunda concluye que, en el orden penal, no será necesaria la autorización judicial previa para intervenir las comunicaciones de un empleado cuando se trate de mensajes que él ya ha recibido y abierto. Asimismo, podría deducirse que tampoco se requerirá dicha intervención judicial para interceptar comunicaciones de «carácter abierto», es decir, aquellas que permiten un conocimiento directo del contenido de la comunicación, como, por ejemplo, las conexiones a Internet y las direcciones y páginas webs visitadas por el empleado.

Aceptar esta tesis (que no queda suficientemente clara en la Sentencia) supondría que, en realidad, el alcance y los límites de las facultades de vigilancia y control del empresario sobre las comunicaciones

del trabajador no habrían sufrido prácticamente ninguna modificación relevante, ya que se estarían excluyendo los supuestos de hecho más habituales de intervención de comunicaciones en el ámbito empresarial. Sin embargo, existen razones para descartar esta conclusión.

## CONCLUSIONES

Como se ha expuesto, la intervención de las comunicaciones de los trabajadores por parte del empresario plantea cuestiones sumamente relevantes acerca del contenido y los límites del poder de fiscalización empresarial y sobre la forma en que tal control debe llevarse a cabo en la práctica. En este contexto, nos encontramos con varios derechos fundamentales enfrentados: por un lado, el derecho de organización del empresario y la libertad de empresa (y, en concreto, las facultades de vigilancia y control que posee el empresario frente a sus empleados) y, por otro lado, los derechos a la intimidad y al secreto de las comunicaciones de los que son titulares los trabajadores de la empresa.

La trascendencia de los derechos en conflicto y las peculiaridades del ámbito laboral exigen encontrar un justo equilibrio entre los derechos y libertades de carácter fundamental y las funciones de organización y dirección del empresario. Sin embargo, alcanzar ese equilibrio deseado ha resultado particularmente difícil por varias razones.

En primer lugar, no existen normas específicas que regulen esta materia. Así, para dar cobertura jurídica a la problemática aquí expuesta, solo cabe recurrir al principio de proporcionalidad y a los principios sobre tratamiento de datos elaborados por el Grupo de Trabajo del art. 29. De acuerdo con este documento relativo a la vigilancia de las comunicaciones electrónicas en el lugar de trabajo, cuando se acceda a los datos del trabajador, el empresario deberá respetar los principios de necesidad, finalidad, legitimidad, transparencia, proporcionalidad, y exactitud y seguridad en la conservación de los datos.

En segundo lugar, conviene destacar que tampoco el Derecho comparado ofrece respuestas unitarias respecto de la inviolabilidad del correo electrónico de los trabajadores. Por un lado, Reino Unido, a través de la *Regulation of Investigatory Powers Act 2000*, ha concedido a los empresarios determinados poderes de supervisión e interceptación de las comunicaciones que realicen los empleados de la empresa. Por otro lado, en cambio, el legislador

francés y el legislador alemán se han manifestado a favor de garantizar la protección del *e-mail* de los trabajadores.

Ante esta situación, los pronunciamientos de la Sala de lo Social del TS y del TC que, en los últimos años, han unificado y sentado la doctrina jurisprudencial sobre esta materia han servido para la determinación de los criterios aplicables en estos supuestos. Ahora, sin embargo, la reciente Sentencia de la Sala de lo Penal del TS ha reabierto la discusión doctrinal.

Como se ha visto, la Sentencia ha planteado dudas, tanto en el ámbito social como en el ámbito penal. A pesar de la distinción entre lo penal y lo laboral o social y de delimitar los efectos de la resolución a la valoración de la eficacia de las pruebas obtenidas en el procedimiento penal, la Sala Segunda, a la hora de defender su posición de que el secreto de las comunicaciones es absoluto y solo puede ser afectado mediante resolución judicial, señala que esa exigencia de control judicial no solo se recoge en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sino también en la Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social (la «LRJS»), si bien añade «*en cuya concreta interpretación y alcance no nos compete entrar aquí*».

Parece ser que la Sala Segunda ignora que los principales pronunciamientos de la Sala Cuarta se produjeron antes de la entrada en vigor de la LRJS y que el Texto Refundido de la antigua Ley de Procedimiento Laboral, aprobado mediante Real Decreto legislativo 2/1995, de 7 de abril, no contemplaba una previsión idéntica a la actual. En este sentido, y tras la llamada de atención de la Sala Segunda, no es descartable que la Sala Cuarta inicie, con base en el artículo 76.4 LRJS, una revisión de su jurisprudencia en una línea similar a la manifestada por la Sentencia, que resulte más garantista de los derechos de los trabajadores.

Esto no supondría una enmienda a la totalidad ni para la jurisprudencia actual de la Sala Cuarta ni para la doctrina manifestada por el Tribunal Constitucional, ya que, como acabamos de apuntar, las sentencias más relevantes de la Sala Cuarta en materia de control empresarial de las herramientas informáticas y el correo electrónico fueron dictadas de conformidad con la anterior Ley de Procedimiento Laboral.

En definitiva, desde una perspectiva laboral, nos encontramos de nuevo ante una gran inseguridad jurídica que generará una gran incertidumbre en el

ámbito empresarial, al menos, hasta conocer nuevas sentencias de la Sala Cuarta del TS que ya en aplicación de la LRJS resuelvan: (i) a favor de su jurisprudencia iniciada en la sentencia de 26 de septiembre de 2007 y ratificada por el Tribunal Constitucional; o (ii) atiendan a la interpretación garantista de la Sala Segunda y comiencen a exigir autorización judicial previa para que un empresario pueda controlar o vigilar las comunicaciones efectuadas por sus trabajadores con las herramientas informáticas puestas a disposición del trabajador por el propio empresario que, además, ha prohibido un uso personal de dichos medios.

Asimismo, desde una perspectiva penal, la Sentencia somete al empresario al mismo régimen y requisitos aplicables a Policía y Ministerio Fiscal en materia de intervención de comunicaciones, exigiendo que obtenga una autorización judicial previa. En este sentido, de los razonamientos esgrimidos por la Sala de lo Penal y del tenor de la Sentencia, se desprende

que el poder de control del empresario deberá interpretarse en clave estrictamente garantista de la vigencia del derecho al secreto a las comunicaciones de los trabajadores. No obstante, las exclusiones que establece la Sala de lo Penal resultan contradictorias con la finalidad que expresa la Sentencia, ya que, lejos de garantizar el derecho al secreto de las comunicaciones de los empleados, lo vacían de su contenido material. Por ello, también será necesario que la Sala Segunda del TS se pronuncie de nuevo y aclare: (i) la compatibilidad de este único pronunciamiento de la Sala de lo Penal del TS con la doctrina consolidada en las jurisdicciones social y constitucional, y (ii) la determinación de los supuestos que no estarían amparados por el secreto de las comunicaciones, especificando el contenido y alcance de los casos que no exigirían que el empresario obtuviera la autorización judicial previa para llevar a cabo sus funciones de control y vigilancia del trabajador.

JESÚS DAVID GARCÍA SÁNCHEZ Y MARTA GARCÍA BEL\*

---

\* Abogados del Área de Derecho Fiscal y Laboral y de Derecho Público, Procesal y Arbitraje, respectivamente, de Uría Menéndez (Madrid).