

DOSSIER



La compulsión sobre la persona y bienes del trabajador y la facultad de revisión de los medios de producción empresariales. Similitudes y diferencias

Luis SÁNCHEZ QUIÑONES

Abogado, ONTIER

Resumen

No cabe duda que las facultades de control del empresario en el ámbito laboral tanto para proteger los bienes empresariales como para supervisar el correcto desempeño de la actividad laboral, suponen una invasión de determinados derechos fundamentales de los trabajadores. El fundamento legal y los límites de esas facultades dependen no solo de la justificación en la que se basan, sino también de la finalidad que se pretende obtener. En el presente artículo se examinan los arts. 18 y 20 ET y su constante evolución, que ha conducido a una flexibilización en el caso del segundo precepto del juicio de ponderación de los derechos fundamentales involucrados, en favor de la capacidad empresarial para ejecutar tal control.»

Con harta frecuencia se pronuncian nuestros tribunales sobre los registros y exámenes que realiza el empresario de la persona y los bienes particulares del trabajador así como de los medios empresariales de producción que se ponen a disposición del empleado.

Tales facultades contenidas en los arts. 18 y 20.3 del Estatuto de los Trabajadores («ET») se consideran en la práctica como si se tratase de la misma figura, cuando lo cierto es que nuestra

jurisprudencia y doctrina han entendido que nos hallamos ante dos conceptos separados.

Así, el art. 18 ET que regula la inviolabilidad de la persona, bienes y efectos particulares del trabajador, dispone la manera en que ha de practicarse un registro de los mismos. En este sentido, la norma estatutaria dispone que estos registros deberán efectuarse cuando sean necesarios para la protección del patrimonio empresarial y de los demás trabajadores de la empresa, en horario y dentro del centro de trabajo, respetándose al máximo la dignidad e intimidad del trabajador, quien deberá estar asistido por un representante legal de los trabajadores u otro trabajador de la empresa.

Por su parte el art. 20.3 ET, reconoce al empresario la posibilidad de adoptar las medidas de vigilancia y control oportunas para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales, respetando en todo caso la consideración debida a su dignidad.

Baste una mera lectura para comprobar que nos hallamos ante dos facultades eminentemente distintas: la primera se limita a buscar la protección del bienestar de la empresa y de los trabajadores que prestan servicios en ello, «reprimiendo» comportamientos indeseados y otorgando al empresario un título jurídico en virtud del cual puede revisar la persona y bienes del trabajador. La segunda, no es más que una fórmula para comprobar que el empleado cumple con sus obligaciones sin eludir las mismas.

A este respecto, el tratamiento que reciben por nuestra jurisprudencia es ciertamente diferenciado.

El registro del trabajador es equivalente al derecho a la intervención corporal en el ámbito penal

El registro de la persona del trabajador, es en buena medida, el equivalente al derecho a la intervención corporal contenido en el ámbito penal (**Cfr. Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de fecha 3 de diciembre de 2015**) y en esencia, se enmarca dentro del ámbito de la intimidad personal reconocida en el art. 10.1 de la Constitución y que dispone que bien, el sujeto deberá autorizar la compulsión sobre su persona, cuando la misma fuera precisa para practicar determinadas diligencias (*vrgr.* toma muestras ADN), o en su defecto, deberá mediar una autorización judicial concreta sometida a reservar legal explícita.

Tal presupuesto, entronca con el concepto de dignidad, otorgando un plus adicional de protección a esa esfera personalísima del trabajador y que constituye un fundamento básico del ordenamiento jurídico contenido en la Carta Magna.

Lo anterior implica que solo ante determinadas y concretas circunstancias pueda ceder este principio esencial del sistema, si bien, y tal y como ha reconocido el Tribunal Constitucional (**Cfr. Sentencia 156/2001, de 2 de julio**) este derecho a la intimidad no sería en modo alguno absoluto. En efecto, este derecho puede modularse, pudiendo verse postrado ante intereses que sean calificados como constitucionalmente relevantes y que conformen un fin constitucional legítimo, proporcionado y respetuoso con el contenido esencial del derecho fundamental.

Así, la valoración de esa incidencia o menoscabo del derecho fundamental exige que se la misma se someta a un triple juicio: i) de idoneidad, en el que se analiza si la medida es susceptible de lograr el fin propuesto; ii) de necesidad, en el que se analiza si no existe otra medida más moderada o que tenga un menor alcance sobre el ámbito del derecho; iii) y de proporcionalidad, en el que se valora si la medida es ponderada o equilibrada por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre los bienes en conflicto (**Cfr. Sentencia del**

Tribunal Constitucional 207/1996, de 16 de diciembre).

Por tanto, se impone un examen pormenorizado de las circunstancias que justifican esa incidencia en la persona y bienes del trabajador. De partida, la colisión entre el derecho al registro de la persona y taquillas (o bienes) del empleado, solo puede aceptarse cuando dicho control se ajuste a lo preceptuado en el citado art. 18 ET y que no es otro, que la protección del patrimonio empresarial, de los demás trabajadores de la empresa y en horas y centro de trabajo. Desde una perspectiva garantista y respetuosa con el contenido del derecho fundamental **(Cfr. Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de junio de 1990)** no es posible aceptar una actuación que exceda de los límites fijados en la propia norma, ya que ésta delimita los márgenes de actuación.

A este respecto, parece claro por tanto que la merma en ese derecho fundamental no abarca más allá, ya que incluso la dicción del art. 4.2 c) ET reconoce al trabajador el debido respeto a su intimidad y la consideración oportuna a su dignidad humana.

En consecuencia, solo en el supuesto previsto en la propia norma puede establecerse una adecuada ponderación de intereses que arroja un resultado favorable a la posibilidad de establecer un control empresarial, cuando ese control resultare necesario para preservar la integridad de los bienes del empresario y de los demás trabajadores. Despejada esa primera cuestión que respondería la duda que se podría plantear sobre el juicio de idoneidad, hay que valorar demás cuestiones y que se resumen en el juicio de necesidad y proporcionalidad.

La cuestión es eminentemente casuística ya que la norma estatutaria no fija más rango ni mayor régimen que el enunciado en el propio art. 18 ET. Esto conduce a un régimen de valoración ciertamente dispar, en el que las circunstancias de lugar, tiempo y oportunidad juegan un papel fundamental.

Se ha venido considerando que el registro del bolso de la trabajadora al abandonar el centro de trabajo por la supervisora de un establecimiento con el fin de comprobar la posible apropiación de bienes de la empresa **(Cfr. Tribunal Superior de Justicia de Asturias de fecha 4 de junio de 2010)** no lesiona derecho fundamental alguno ni agrede la intimidad de la trabajadora. Alcanza esta conclusión la Sala por entender que no había otro medio menos lesivo ni tampoco otra oportunidad de efectuar dicha comprobación.

Igualmente se considera respetuoso con el contenido del derecho fundamental el requerimiento verbal practicado —y atendido por el trabajador— para depositar en presencia de su superior el contenido que portaba en los bolsillos de su traje de faena **(Cfr. Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 8 de febrero de 2002 y Madrid de 11 de octubre de 2013)**, o en una bolsa de cartón que portaba a la salida del centro de trabajo **(Cfr. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de fecha 24 de octubre de 2005)**.

Similar conclusión se alcanza respecto del registro de las taquillas practicado en presencia de los representantes de los trabajadores y que alcanzó los efectos personales tales como prendas de los trabajadores ubicados dentro de las mismas **(Cfr. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla La Mancha de fecha 25 de julio de 2014)**, considerando que la orden de registro de las taquillas comprende a su vez, los bienes que estén depositados dentro de ellas, no tratándose de dos bienes diferenciados.

Por otro lado, el registro del vehículo practicado por la autoridad policial practicado en virtud de denuncia formulada

El registro del vehículo por la autoridad policial en virtud de denuncia empresarial queda excluido del artículo 18 ET

por la empresa, quedaría excluido de las facultades previstas en el art. 18 ET, puesto que obedece a un requerimiento policial fundamentado en las labores propias de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado y no reside, sin embargo, en la potestad disciplinaria atribuida al empresario, independientemente de que las conclusiones alcanzadas a raíz de ese registro puedan justificar el ejercicio de la potestad sancionadora **(Cfr. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sección Sevilla de fecha 13 de**

mayo de 2003).

Obliga nuestra jurisprudencia a diferenciar entre el ámbito estrictamente profesional y personal del trabajador para valorar la incidencia sobre el derecho a la intimidad. En este sentido, considera que el registro del armario de herramientas de un trabajador —en el que guardaba únicamente sus útiles y utillaje de trabajo— no pertenece a la esfera de la intimidad, sino que se trata de medios productivos y como tal debe quedar excluido del ámbito de protección previsto en el art. 18 ET **(Cfr. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de fecha 28 de junio de 2007).**

No ha sido tan benevolente sin embargo nuestra jurisprudencia, en aquellos casos en los que se ha desbordado el criterio de necesidad y proporcionalidad. Esto es, cuando se ha advertido que la medida podía haber sido sustituida por una menos lesiva, o si la misma, resulta a todas luces excesiva. Tal ha sido el caso en el que se articula un control aleatorio de registros de bolsos dirigido únicamente a una trabajadora en concreto, tras haber sido dicha empleada readmitida en la empresa en el marco de un procedimiento de despido disciplinario **(Cfr. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla León, Sección Valladolid, de fecha 9 de febrero de 2010).**

En análogo sentido, se ha rechazado que la facultad conferida en el art. 18 ET pueda servir para que la empresa, tras haber despedido a una trabajadora y estando *sub iudice* el proceso por despido, proceda a abrir y vaciar su taquilla, sin que medie causa de seguridad o circunstancia que aconseje proteger los bienes empresariales o de los demás trabajadores **(Cfr. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de fecha 23 de octubre de 2015).** No resulta a tal efecto suficiente, la alegación empresarial de que necesitaba disponer de un bien de su propiedad —la taquilla— ya que no se intentó, antes de proceder al vaciado de la taquilla a buscar un medio menos lesivo para ella.

De lo expuesto anteriormente, se advierte claramente que nuestra jurisprudencia considera esencial no solo que se aporte un presupuesto básico que delimite la concurrencia de los factores de idoneidad, proporcionalidad y necesidad, sino que esos factores además, se sustancien bajo el prisma del más absoluto respeto a la persona del trabajador, permitiéndose la acción sobre la misma y sus enseres únicamente cuando exista una causa ciertamente justificada.

Por su parte, si analizamos el contenido del art. 20.3 ET, el cual —como ya hemos señalado— tiene por objeto preservar el cumplimiento de las obligaciones laborales del trabajador, guardando en todo caso, el respeto debido a su dignidad, se advierte que lógicamente, ese control exige igualmente, que se efectúe una vigilancia de la persona del trabajador, lo que en su caso, puede ocasionar una mayor o menor incidencia sobre el control de su persona física. Tomando como referencia ese elemento, el ámbito de actuación resulta incluso superior ya que esa capacidad de «policía» no se limitará a una supervisión de la persona del trabajador —o mejor dicho de su integridad personal— sino que puede afectar a esferas más amplias, que abarquen la totalidad de

la intimidad de éste, llegando incluso a confundirse ambas.

Por otro lado, los avances tecnológicos experimentados en los últimos veinte años, han conllevado que cada vez se planteen cuestiones fácticas de mayor complejidad que obligan a un examen más pormenorizado sobre la posible vulneración de los derechos fundamentales de los trabajadores.

Los avances tecnológicos plantean cuestiones fácticas de mayor complejidad

En todo caso y pese a la evidente diferencia del fin que buscan ambos preceptos, resumible en —protección vs. cumplimiento de las obligaciones laborales— el juicio a realizar, parte desde una perspectiva muy similar: hay que atender a criterios de idoneidad, proporcionalidad y necesidad. Recuerda así el Tribunal Constitucional que el derecho a la intimidad e incluso a la integridad física del trabajador, no es un derecho absoluto ya que puede ceder ante intereses constitucionalmente relevantes, siempre que el recorte sea necesario para lograr el

fin legítimo previsto **(Cfr. Sentencias del Tribunal Constitucional 6/1998, de 13 de enero, 37/1998, de 17 de febrero y 290/2000, de 30 de noviembre).**

La sensación de *dejávu* es notoria, por cuanto la limitación del derecho fundamental y su *ratio decidendi*, es la que hemos expuesto apenas hace unas líneas. La crítica que se podría deslizar, es que en todo caso, la última doctrina —sobre todo del Tribunal Constitucional— se dirige a facilitar un mayor control empresarial en detrimento de los derechos fundamentales del trabajador, pese a que como veremos más adelante, a priori parece claro que dicha limitación debe guardar el mismo juicio de ponderación que veíamos con anterioridad.

Con base en tales consideraciones, nuestros tribunales han examinado diversos supuestos, al albur de los últimos avances técnicos. Así, y en relación a los sistemas de control horario sustentados en la existencia de parámetros biométricos (lectora de huella de la mano) **(Cfr. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Canarias, Sección Las Palmas de fecha 29 de mayo de 2012)** señalando que el control del horario de trabajo es una de las múltiples vertientes que tiene el empleador para garantizar el cumplimiento de las obligaciones laborales.

Continúa el tribunal señalando, que el hecho de que se apuesta por uno u otro medio a la hora de efectuar dicho control, no impide que el mismo sea válido, ya que lo que se está enjuiciando, es si el mismo resulta lesivo para garantizar el derecho a la intimidad y a la integridad y no la forma en que se realice la misma. Si a esto se añade el hecho de que realmente, no se advierte que el medio sea desproporcionado para garantizar el fin propuesto —asegurarse que se cumple el horario de trabajo— la decisión empresarial debe validarse sin que quepa lugar a la duda sobre su idoneidad.

Igualmente se han examinado las facultades empresariales para revisar el correo electrónico (email) profesional de los trabajadores, cuando ello sea necesario para supervisar el cumplimiento de sus obligaciones. Tal exigencia requiere que medie previa comunicación, así como la concurrencia de una causa que lo justifique debidamente **(Cfr. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla León, Sección Burgos, de fecha 10 de mayo de 2006)**. El hecho de que tal exigencia se promueva en el marco de un conflicto preexistente con el trabajador, no obsta a que dicha petición sea lícita, más aun cuando no ha quedado acreditado que tenga fundamento en los roces previos surgidos con el empleado.

Precisamente el correo electrónico, es el medio tecnológico que ha obligado a un mayor esfuerzo de nuestros tribunales en los últimos tiempos. Esa mayor exigencia obedece a que afecta desde un plano fáctico a la persona del trabajador, vinculándose además, con su derecho a la intimidad

personificado en el derecho a las comunicaciones.

Lo anterior obligó al Tribunal Supremo a valorar si realmente el registro del correo electrónico, era una medida de compulsión estricta sobre la persona del trabajador que afectaba al carácter inviolable de su persona —puesto que se introducía en sus comunicaciones— y por lo tanto, era encuadrable en las previsiones del art. 18 ET o si por el contrario, formaba parte del poder de dirección del empresario, quedando vinculado al control de los medios productivos puestos a disposición del trabajador.

La **Sentencia del Alto Tribunal de fecha 26 de septiembre de 2007**, reitera que los medios puestos por el empresario a disposición del trabajador, aunque cuenten con un uso parcialmente personal del trabajador, no pueden ser considerados en exclusiva como parte de la esfera personal e íntima del empleado, ya que son puestos a disposición de él por parte de la Empresa con el fin de que sean empleados en el marco de la prestación laboral.

Continúa el Tribunal Supremo señalando que ese carácter profesional, excluye que nos hallemos ante uno de los supuestos recogidos en el art. 18 ET, ya que el citado precepto, se encuentra exclusivamente pensado para aquellos casos en los que media un uso exclusivo del trabajador, vedado a la intromisión del empresario como puede ocurrir p.e. con la taquilla, pero no cuando se trata de un supuesto de uso complejo o mixto como sucede con el correo electrónico o con la navegación electrónica por internet.

Por tanto, tratándose de un medio empresarial, su uso y utilización vendrá determinado por las precisiones que al respecto determine su dueño, esto es, el empresario. A tal fin, las instrucciones deben ser claras y lógicas, aceptándose que una mera tolerancia no exonera al trabajador respecto de su cumplimiento. Lo que no se acepta por el contrario, es el desconocimiento o el aprovechamiento de ese desconocimiento para que la empresa indague en el uso de ese medio y emplee la información encontrada para proceder contra el trabajador, salvo que el hallazgo de dicha información tuviera el carácter de casual (**Cfr. Sentencias del Tribunal Supremo de fecha 20 de septiembre y 1 de diciembre de 2006 y Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de fecha 25 de junio de 1997, Asunto Halford y 3 de abril de 2007, Asunto Copland**).

La calificación de hallazgo casual se viene observando como un fenómeno restringido

Sin embargo, la calificación de hallazgo casual se viene observando como un fenómeno restringido y en modo alguno susceptible de extrapolarse a una dinámica habitual. Así, el descubrimiento de correos electrónicos obtenidos mediante el acceso no autorizado a un ordenador de un compañero de trabajo, ha sido rechazado como forma ponderada e incluso razonable para obtener dicha información (**Cfr. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de fecha 6 de noviembre de 2007**).

Con base en tal argumentación, nuestros tribunales han señalado reiteradamente que la monitorización, sin advertencia de la navegación por internet o el uso del correo electrónico para finales particulares, supone necesariamente una invasión de la intimidad, conllevando entre otras consecuencias, la nulidad de la prueba obtenida. Así, la configuración del sistema sin advertencia previa para introducir un sistema de rastreo entraría dentro de dicha esfera invasiva (**Cfr. Sentencias del Tribunal Superior de Cataluña de fecha 3 de junio de 2008 y Madrid de fecha 15 de enero de 2010**).

Idéntica solución arrojaría la obtención de la clave personal del ordenador del trabajador de

manera no autorizada (**Cfr. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de fecha 8 de febrero de 2012**).

Solución contraria arroja sin embargo, el examen de la actividad informática del trabajador, cuando a resultas de la denuncia de un cliente de un supuesto fraude en la contratación procedió a revisar sus operaciones (**Cfr. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 26 de junio de 2015**). Valora la Sala en este caso que la cautela con la que actuó la empresa ante un hecho excepcional y que empleara la información únicamente para cotejar la existencia de dicho fraude, avala la proporcionalidad de su actuación.

Asimismo, el análisis de los discos duros del trabajador con el fin de advertir la existencia de un barrido informático de archivos, comunicando dicha actuación fiscalizadora al trabajador afectado, es una medida válida y proporcionada (**Cfr. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de fecha 13 de enero de 2014**).

En consecuencia, y si bien, se viene aceptando la exigencia de una información previa a la monitorización y control, tal exigencia no resulta plena y puede matizarse atendiendo a las circunstancias.

Así, el Tribunal Constitucional en su **Sentencia 241/2012 de 17 de diciembre**, examinó el caso en el que dos trabajadoras, instalaron —práctica expresamente prohibida— en un ordenador de uso común para la totalidad de los empleados, un programa de chat que emplearon para verter insultos y descalificaciones contra otros trabajadores de la Empresa.

En el caso de autos, y aun aceptando que efectivamente el derecho a la intimidad alcanza efectivamente el derecho a las comunicaciones, el uso de un ordenador que ha sido puesto como medio empresarial a disposición del trabajador, no conlleva necesariamente que dicho uso, sea privativo del empleado. Más aun, cuando se trata de un medio que tiene un uso compartido y que además, el descubrimiento de su uso indebido, obedece al hallazgo por casualidad por parte de un tercer trabajador.

La citada Sentencia cuenta con dos votos particulares que destacan la necesidad de que la intervención de las comunicaciones, aun cuando en un supuesto como el enunciado, debe exigir una ley singular que autorice el examen de tales comunicaciones, y que en ausencia de autorización se proceda a contar con una autorización judicial al respecto. Coinciden ambos votos particulares en señalar una suerte de fenómeno que objetiviza la posibilidad de que el empresario pueda supervisar la totalidad de los extremos que acontecen en la actividad empresarial, confrontando por tanto el derecho a la libertad de empresa y el derecho a la intimidad, que a juicio de ambos magistrados disidentes, no es ni mucho menos equiparable.

Es este punto, el que diferencia la evolución doctrinal de ambos preceptos. Mientras que el desarrollo del juicio de ponderación que se efectúa en torno al art. 18 ET, mantiene una estricta línea de defensa de la inviolabilidad de la persona del trabajador, exigiendo un pormenorizado examen de la idoneidad, necesidad y proporcionalidad, el examen del art. 20.3 ET arroja sin embargo, una vertiente que relativiza esa necesidad, y sobre todo la proporcionalidad de los medios empleados.

Tal corriente se advierte nuevamente en la **Sentencia dictada por el Tribunal Constitucional en fecha 7 de octubre de 2013 (Autos 170/2013)**. Ante el examen de las comunicaciones electrónicas del trabajador, realizado por la Empresa en base a la autorización contenida en el Convenio Colectivo de aplicación, y sin que conste instrucción alguna sobre su uso, la Sala afirma que la previsión contemplada en la norma convencional, resulta más que suficiente para proceder

al control informático del empleado, puesto que se hallaría fundamentado en el art. 20.3 ET, bastando una mera y expresa prohibición de su uso para fines personales, pero sin necesidad de que se concrete el tipo de control que va a ejecutar la empresa. Cuenta por tanto, con habilitación legal, y se trata de una medida ponderada, destinada a identificar si el trabajador cumplía con sus deberes y obligaciones laborales.

El examen del art. 20.3 ET arroja una vertiente que relativiza la necesidad de la idoneidad y proporcionalidad de los medios empleados

Las anteriores tesis se han visto confirmadas en la reciente **Sentencia del Tribunal Constitucional 39/2016, de 3 marzo**, que analizaba el supuesto de hecho, consistente en la instalación por parte de una empresa de un sistema de videovigilancia en un establecimiento en el que se atendía al público. Dicho sistema que se encontraba debidamente identificado de cara a los clientes que visitaban el establecimiento, no fue sin embargo, identificado ante la plantilla ni sus representantes como un medio de control disciplinario que pudiera ser empleado para sancionar comportamientos no deseados que, efectivamente, es lo que ocurrió.

Tras ver desestimadas sus pretensiones en todas las instancias, la trabajadora afectada solicitó amparo ante el Tribunal Constitucional, afirmando que la empresa se ha excedido en sus facultades de control, ya que aparte de incumplir la normativa específica en la materia —Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal e Instrucción 1/2006 de la Agencia Española de Protección de Datos sobre videovigilancia— abunda en que tal incumplimiento, impide entrar en una adecuada ponderación de los derechos fundamentales, ya que la empresa se ha excedido en la persecución de la ilicitud, incumpliendo ella misma, los deberes mínimos de información a los que está obligada.

Sin embargo, la Sala atendiendo a un estricto criterio de proporcionalidad, niega que se haya producido vulneración alguna, puesto que pese al incumplimiento —no negado— de las obligaciones empresariales en materia de información a los trabajadores, considera que ello no vicia la posibilidad de emplear dichas imágenes, puesto que el juicio de idoneidad, necesidad y proporcionalidad, es superado ampliamente por la empresa, al evidenciar la necesidad de la medida, demostrando que no se produjo un uso excesivo.

Lógicamente el razonamiento de la Sala, generó polémica e incluso varios votos particulares, en la línea ya enunciados en los párrafos precedentes, puesto que conllevaba un cambio de doctrina a lo sostenido tradicionalmente por el Tribunal Constitucional (**Cfr. Sentencia 29/2013, de 11 de febrero**).

Ambos votos particulares señalaban que el incumplimiento empresarial de las obligaciones legales a la hora de tomar las imágenes, no puede quedar salvaguardo mediante una comunicación genérica y en modo alguno precisa sobre el fin de la vigilancia. Inciden las opiniones disidentes en su preocupación por lo que entienden que es una ponderación irreal de derechos que supedita derechos básicos y consustanciales a la persona del trabajador como el derecho a la intimidad o a la propia imagen y que cuentan con un evidente fundamento constitucional a un poder disciplinario del empresario, el cual carece de ese sustento constitucional.

El razonamiento del Tribunal Constitucional traza una línea entre ambas figuras. La similitud de su valoración a la hora de ponderar los intereses en juego, demuestra un mayor peso de la protección de la actividad empresarial que de los derechos fundamentales del trabajador. Criticable o no, lo

cierto es que no es una tendencia aislada en nuestro ordenamiento.

Buena prueba de ello, es la **Sentencia dictada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (12 de enero de 2016, Asunto Barbulescu)**, en la que se analizaba el uso de una cuenta de Yahoo Messenger creada con fines profesionales, y que fue empleada posteriormente por el trabajador con fines personales, obteniéndose por la empresa una transcripción de más de cuarenta y cinco folios de conversaciones privadas del trabajador con la que era su pareja.

Afirma la Sala Europea que no resulta aceptable la queja del demandante, ya que la empresa accedió a dicha cuenta, tras afirmar el trabajador que solo era empleada para fines profesionales. En base a tal afirmación, entiende que no es criticable que la empresa accediera a las comunicaciones personales del trabajador, ya que la información que había recibido era exactamente la contraria, y además la empresa no accedió a ningún otro elemento o información contenido en el dispositivo, pese a que accedió y extrajo la información personal de las conversaciones mantenidas por el trabajador.

Nos hallamos por tanto ante un razonamiento muy similar a los examinados recientemente por la doctrina constitucional, en los que mediando un conflicto destinado a supervisar la actividad o los medios puestos a disposición del trabajador por la empresa, se acepta un «plus» o si se prefiere, un mayor ámbito de acción del empleador con el fin de poder evaluar por si misma el cumplimiento de las obligaciones de sus trabajadores.

Por tanto, no coincide esta conclusión con las mayores garantías que una actuación amparada por el art. 18 ET ofrece para el trabajador. La justificación para tal diferenciación en dos supuestos en los que rige el triple juicio de ponderación (idoneidad, necesidad y proporcionalidad) parece estribar en que en el caso del art. 18 ET, la medida afectaría directamente a la persona del trabajador mientras en el supuesto del art. 20.3 ET influye sobre el poder organizativo y disciplinario empresarial y sobre los medios puestos a disposición del trabajador por el empresario.

La pregunta que cabría efectuarse entonces si ese mayor control motivaría una menor exigencia en cuanto al cumplimiento de los requisitos de la ponderación. La respuesta inicial parece ser afirmativa, aunque no exenta de críticas, como ya hemos visto.

En todo caso, todo parece indicar que el debate, no ha hecho más que comenzar.