

Por:

Antonio V. Sempere Navarro* &

Carolina San Martín Mazzucconi**

NUEVAS TECNOLOGÍAS Y RELACIONES LABORALES: EL ESTADO DE LA CUESTIÓN

Resumen

La generalización del uso de las nuevas tecnologías en el ámbito laboral viene provocando, desde hace años, una serie de controversias jurídicas que están siendo resueltas fundamentalmente por los Tribunales. En este estudio se reflexiona sobre las respuestas que la doctrina jurisprudencial, judicial y científica está dando a los conflictos relativos al uso (individual y colectivo) de herramientas de trabajo informáticas y su control por el empresario, así como a la vigilancia tecnológica operada por este último en virtud de sus poderes directivos y la posible vulneración de derechos fundamentales de los trabajadores.

Palabras clave: Computadora, intimidad, buena fe contractual, vigilancia.

Abstract:

The widespread use of new technologies in the workplace is causing, for years, a series of disputes that are being settled primarily by the courts. This study reflects the responses given by jurisprudence, judicial and scientific doctrine to the conflicts about individual and collective using of computer tools, its control by the employer, as well as technological surveillance operated under his management and the possible infringement of workers' fundamental rights.

Key words: Computer, privacy, contractual good faith, surveillance.

Sumario

I. NUEVAS TECNOLOGÍAS E INSEGURIDAD JURÍDICA. II. CLAVES SOBRE EL USO Y CONTROL DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS EN EL ÁMBITO LABORAL. 1. Uso de herramientas informáticas y transgresión de la buena fe contractual. A. Principio general de transgresión de la buena fe contractual por el uso personal de herramientas de trabajo. B. Admisión de un margen de tolerancia para el uso personal de herramientas

* Catedrático de la Universidad Rey Juan Carlos. Profesor Extraordinario de la Universidad de Navarra. Profesor Honorario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Piura. Coordinador del Área Laboral de Gómez-Acebo & Pombo Abogados. Correo electrónico: antonio.sempere@urjc.es.

** Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad Rey Juan Carlos. Correo electrónico: carolina.sanmartin@urjc.es.

de trabajo. a. El perjuicio derivado del uso indebido. b. La intensidad del uso indebido. c. La existencia de normas de uso. C. La autoría en el uso de las herramientas informáticas. 2. Control por el empresario del uso de herramientas informáticas. A. La doctrina constitucional sobre la proporcionalidad de las restricciones de derechos fundamentales en el marco de la relación laboral. B. El conocimiento por parte del trabajador de que está siendo controlado. a. Vigilancia electrónica. b. Uso sindical de las herramientas informáticas. III. CONCLUSIONES.

I. NUEVAS TECNOLOGÍAS E INSEGURIDAD JURÍDICA

Hace ya diez años saltó a la palestra de la actualidad española el caso del trabajador de una entidad bancaria que había hecho un uso intensivo del correo electrónico corporativo para fines personales. El empleado fue despedido por tal motivo, desgranándose los argumentos jurídicos por los cuales su comportamiento constituía una transgresión de la buena fe contractual y merecía la sanción máxima¹. A este proceso siguieron otros, provocados por la generalización del uso de las nuevas tecnologías como herramienta de trabajo, superando con mucho las hasta entonces escasas controversias suscitadas por el uso personal del teléfono de la empresa. ¿Podían utilizarse las computadoras, los correos electrónicos y demás medios informáticos de trabajo para finalidades extralaborales? ¿Constituía en todo caso una transgresión de la buena fe contractual que incumbe al trabajador imprimir en la oficina los deberes escolares de su hijo? ¿Y mandar un mensaje de correo electrónico por su cumpleaños al primo que vive en el extranjero? Y, en caso de ser transgresiones de la buena fe contractual, ¿merecían ser sancionadas con el despido del trabajador?

Pronto a este frente de problemas y de interrogantes se sumó el situado en la otra cara de la moneda: ¿podía el empresario controlar libremente el uso que sus empleados estaban dando a las herramientas de trabajo informáticas? ¿Le estaba permitido monitorizar las computadoras? E incluso se fue más allá: ¿podía un empresario valerse de medios tecnológicos para vigilar que los trabajadores desarrollaran adecuadamente sus funciones? ¿Había algún impedimento para que el poder de vigilancia inherente a su condición de empresario se materializara a través de cámaras y sistemas de audio?

Para responder a estas preguntas poco aporta el legislador español: sólo nos indica que el trabajador debe al empresario el prestar sus servicios conforme a las reglas de la buena fe contractual (arts. 5.1.a y 20.2 del Estatuto de los Trabajadores), y que este último puede valerse de los medios que estime más oportunos para vigilar a los trabajadores si bien ha de respetar en todo caso sus derechos fundamentales (art. 20.3 del Estatuto de los Trabajadores).

Lo escueto de la dicción legal determinó que las soluciones vinieran de la mano de los Tribunales; soluciones que, sin embargo, casi nunca llegaron a conformar jurisprudencia, dada la alta singularidad de los casos. Pero con el tiempo, poco a poco, la doctrina judicial ha ido sentando algunas pautas que, no obstante su carácter

¹ STSJ Cataluña 14 de noviembre 2000 (AS 2000, 3444).

contingente, constituyen anclajes ciertamente bienvenidos en una materia como esta. Además, hace unos años por fin el Tribunal Supremo tuvo ocasión de dictar una sentencia unificando doctrina, que hoy es un referente esencial para resolver una parte de las controversias jurídicas típicas sobre la cuestión. Se trata de la importantísima sentencia de 26 septiembre 2007², que corrige algunas tendencias y apuntala otras, basándose fundamentalmente en un pronunciamiento del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 3 de abril de 2007. A esto se une la consolidada doctrina del Tribunal Constitucional sobre los límites que ha de respetar toda restricción patronal sobre los derechos fundamentales de los trabajadores; doctrina que se aplica a las medidas de vigilancia que suponen una injerencia en el derecho a la intimidad y al secreto de las comunicaciones de los empleados.

Aunque con estos mimbres los Tribunales han ido tejiendo un cuerpo de soluciones que intenta suplir el silencio legal, lo cierto es que muchas veces se afirma que la inseguridad jurídica sigue siendo una constante en la materia. Ello es así fundamentalmente porque las respuestas judiciales no poseen el carácter relativamente estable que sí presentan las normas, y las escasas incursiones del Tribunal Supremo brindan pautas aplicables tan sólo a una parte de los problemas. Pero existe un claro impedimento para que el legislador se atreva a tomar cartas en el asunto: está visto que las nuevas tecnologías no dejan de evolucionar, y lo que hoy se diga sobre ellas puede resultar obsoleto en un plazo no demasiado lejano.

Por ejemplo, en ese sonado caso a que se ha hecho referencia al principio, del trabajador de la entidad bancaria despedido por enviar ciento cuarenta mensajes personales de correo electrónico, nadie cuestionó quién era el verdadero autor de los envíos. Parece que se dio por hecho que si los mensajes se habían mandado desde la computadora situada en la mesa del trabajador, éste había sido su emisor; hoy, con los sistemas de control remoto de las computadoras, podría ser un punto a examinar. Igualmente, entonces se hizo un mero recuento numérico de los mensajes enviados, sin examinar la intensidad del uso irregular del correo electrónico (mensajes de cuántos bytes, con o sin adjuntos, redactados por el trabajador o meros acuses de recibo, etc.); hoy un trabajador sancionado podría alegar tales extremos para rebajar el carácter abusivo del uso de estas herramientas.

Igualmente, se han planteado algunos casos sobre control horario a través de la lectura biométrica de la mano, que permite identificar al trabajador mediante el reconocimiento tridimensional de su mano, largo, ancho y espesor³. Y, aunque los Tribunales

² RJ 2007, 7514. Véase un estudio de la misma en SEMPERE NAVARRO, Antonio Vicente y SAN MARTÍN MAZZUCCONI, Carolina. “¿Puede la empresa controlar el ordenador usado por su trabajador?”, en *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, núm. 21, 2007 (Base de datos westlaw: BIB 2007\1868).

³ La Agencia Española de Protección de Datos Personales define los datos biométricos como “aquellos aspectos físicos que, mediante un análisis técnico, permiten distinguir las singularidades que concurren respecto de dichos aspectos y que, resultando que es imposible la coincidencia de tales aspectos en dos individuos, una vez procesados, permiten servir para identificar al individuo en cuestión (tales como las huellas digitales, el iris del ojo, la voz, etc.)” (*Informe 1999-2000: Tratamiento de la huella digital de los trabajadores*).

no se han manifestado aún al respecto, conviene tener presentes las implicaciones para el derecho a la intimidad que se derivan de sistemas como las tarjetas con banda magnética y código de identificación personal, que en determinadas empresas permiten al trabajador, tras conectarla a un lector, acceder a ciertas salas, trabajar con el ordenador, poner en marcha máquinas de trabajo, etc. En definitiva, estas tarjetas permiten trazar un recorrido de las actividades realizadas por el trabajador en la empresa y ubicarlo en cada momento⁴. Con la misma filosofía, se empieza a oír hablar de los identificadores por radiofrecuencia (un chip o etiqueta que identifica y permite rastrear aquello en lo que se implanta); inicialmente pensado para cosas y animales, puede ampliarse a otros usos, como el seguimiento e identificación de personas⁵. Sobre los mismos, el Supervisor Europeo de Protección de Datos elaboró un dictamen⁶ en el que alertaba sobre lo que, a su entender, constituiría una nueva “revolución tecnológica”, ya que, a diferencia de lo que ocurre con los códigos de barras, el identificador de radiofrecuencia no se detecta a simple vista, ni hace falta acercarlo al lector para extraerle los datos. Tampoco se extingue o se destruye, con lo cual puede seguir acumulando y enviando información sin límite. Su implantación en el ámbito laboral podría generar una nueva serie de problemas aún ni imaginados en toda su dimensión.

¿Tiene sentido entonces una regulación legal, llamada a quedar superada por la realidad? Seguramente no. Por ello, desde la doctrina científica se reclama sin cesar -y con escaso éxito- un papel más activo de la negociación colectiva, como fórmula de equilibrio entre la normatividad y el dinamismo, entre la estabilidad y la continua adaptación a la evolución tecnológica. En su ausencia, interesada o inevitable, quizá haya que apostar por las “Políticas empresariales” sobre la materia, sea en forma de Códigos, Circulares o meras Instrucciones, pero con la suficiente difusión y publicidad como para propiciar un mínimo de certeza.

II. CLAVES SOBRE EL USO Y CONTROL DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS EN EL ÁMBITO LABORAL

La totalidad de controversias jurídicas que se plantean en torno a esta materia se ordenan en dos frentes distintos, avanzados en el epígrafe precedente. Es importante esta clasificación porque las claves para su análisis y solución son distintas.

Por un lado, tenemos el del uso de las herramientas tecnológicas por los trabajadores y los límites a una utilización personal. Aquí se pone sobre la mesa el alcance de

⁴ Llama la atención sobre estas tarjetas RODRÍGUEZ ESCANCIANO, Susana. “Vigilancia y control en la relación de trabajo: La incidencia de las nuevas tecnologías”, *La protección de datos de carácter personal en los centros de trabajo*, Cinca, 2006, p. 88.

⁵ Sobre los identificadores de radiofrecuencia y sus riesgos en el ámbito laboral, véase FARRIOLS Y SOLÁ, Antoni. “Introducción”, *La protección de datos de carácter personal en los centros de trabajo*, Cinca, 2006, pp. 33 y ss.

⁶ Dictamen del Supervisor Europeo de Protección de Datos relativo a la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de Las Regiones “La identificación por radiofrecuencia (RFID) en Europa: Pasos hacia un marco político”, documento COM (2007) 96, (2008/C 101/01), DOUE C 101/1, de 23 de abril de 2008.

la buena fe contractual que compete al trabajador y su posible transgresión. Además, junto a esta dimensión individual de la problemática se aprecia otra, de carácter colectivo, que tiene que ver con la utilización de los medios informáticos por parte de los representantes de los trabajadores y el juego de la libertad sindical.

Por otro lado, está el control empresarial de dicho uso, y, más ampliamente, la vigilancia llevada a cabo por el empresario a través de herramientas tecnológicas. Este frente de problemas supone analizar la típica confrontación que tiene lugar en el ámbito laboral entre poderes empresariales y derechos fundamentales de los trabajadores.

1. *Uso de herramientas informáticas y transgresión de la buena fe contractual*

A. Principio general de transgresión de la buena fe contractual por el uso personal de herramientas de trabajo

La celebración de un contrato de trabajo sujeta a las partes contratantes al mutuo deber de acomodar su comportamiento, a lo largo de toda la vida de la relación laboral e incluso en ocasiones una vez extinguida ésta, a las exigencias que comporta el básico principio de la buena fe, las cuales suponen la obligación de orientar la conducta respectiva con arreglo a pautas de lealtad, honradez y respeto a la confianza que legítimamente el uno deposita en el otro⁷. En este sentido, el art. 20.2 del Estatuto de los Trabajadores predica el sometimiento tanto del trabajador como del empresario a las exigencias de la buena fe. Específicamente en lo que al trabajador se refiere, éste ha de cumplir la exigencia de llevar a cabo el trabajo convenido de acuerdo con la buena fe que preside las relaciones contractuales (art. 5.1.a del Estatuto de los Trabajadores).

El Tribunal Supremo cuenta con una elaborada doctrina sobre el deber de buena fe, según la cual éste se concreta en una exigencia de comportamiento ético jurídicamente protegido y exigible en el ámbito contractual⁸. Para que exista transgresión por parte del trabajador se requiere que éste actúe con plena conciencia de que su conducta elimina los valores éticos que deben inspirarlo en el cumplimiento de los deberes básicos que el nexo laboral le impone⁹, o bien que usa con exceso la confianza que ha recibido de la empresa¹⁰. No hace falta acreditar ningún tipo de daño causado a la empresa con su comportamiento¹¹, si bien la existencia de un perjuicio es uno de los factores a considerar en la ponderación del requisito de gravedad de la transgresión¹².

Siendo el deber de buena fe uno de los deberes conexos a la prestación laboral que corresponde al trabajador, su transgresión implica un incumplimiento contractual.

⁷ AGUILERA IZQUIERDO, Raquel. *Las causas del despido disciplinario y su valoración por la jurisprudencia*, Aranzadi, Pamplona, 1997, p. 36.

⁸ SSTS 26 enero 1987 (RJ 1987, 130); 21 enero 1986 (RJ 1986, 312); 22 mayo 1986 (RJ 1986, 2609).

⁹ SSTS 24 febrero 1984 (RJ 1984, 918); 25 febrero 1984 (RJ 1984, 921); 26 septiembre 1984 (RJ 1984, 4478).

¹⁰ SSTS 25 febrero 1984 (RJ 1984, 921), con cita de la de 30 enero 1981 (RJ 1981, 570).

¹¹ SSTS 26 mayo 1986 (RJ 1986, 2689); 26 enero 1987 (RJ 1987, 130).

¹² SSTS 30 octubre 1989 (RJ 1989, 7462); 26 febrero 1991 (RJ 1991, 875).

De este modo, el uso de las herramientas informáticas para fines distintos del trabajo sin autorización del empresario, constituye en principio una vulneración del deber de buena fe y un abuso de la confianza depositada en el trabajador al suministrarle dichos instrumentos para desarrollar su trabajo; es decir, un incumplimiento del contrato¹³.

Sin embargo, no todo incumplimiento contractual por parte del trabajador es causa de despido, ya que éste constituye la sanción máxima ante infracciones laborales del trabajador y ello obliga a una interpretación restrictiva. Los más elementales principios de justicia exigen una perfecta proporcionalidad y adecuación entre la conducta infractora, la persona y la sanción, valorando las circunstancias concurrentes en el supuesto concreto; ha de seguirse, por tanto, la denominada teoría gradualista, según la cual la sanción de despido debe imponerse sólo en último caso, dada su trascendencia¹⁴. Se trata de graduar en cada caso la suficiencia de la gravedad para saber si efectivamente merece la imposición de un despido.

En el concreto tema que nos ocupa sucede lo mismo que respecto de cualesquiera manifestaciones de la buena fe: puede discutirse si su infracción admite gradaciones o basta cualquier incumplimiento para que surja, en toda su intensidad, el incumplimiento merecedor del despido. De este modo, algunos pronunciamientos que entienden, expresa o tácitamente, que no resulta de aplicación la teoría gradualista y que todo quebranto de la buena fe contractual siempre justifica el despido¹⁵, sin embargo parecen mayoría las sentencias en las que se aplican soluciones más matizadas¹⁶. Veamos con algo de detalle esos enfoques:

- La STSJ Andalucía/Málaga de 13 de febrero 2004 (JUR 2004, 125091) explica que “en estos supuestos de transgresión de la buena fe contractual por parte del trabajador resulta de difícil aplicación la teoría gradualista, pues en la pérdida de confianza de la empresa en el trabajador no cabe establecer grados, siendo intrascendente a estos efectos el mayor o menor importe de los daños o perjuicios sufridos por el demandado”.

¹³ Sobre la necesidad de concretar en la carta de despido las páginas web visitadas por el trabajador, las horas de conexión y su duración, los correos electrónicos enviados y las fechas de todas las conexiones imputadas: STSJ País Vasco de 20 marzo 2002 (JUR 2002, 141098). Véanse también STSJ Aragón de 4 marzo 2002 (AS 2002, 1342); STSJ Madrid de 14 mayo 2002 (JUR 2002, 199028); STSJ Cataluña de 9 julio 2002 (AS 2002, 2811).

¹⁴ Resulta interesante en este sentido la STSJ Murcia de 17 noviembre 2006 (JUR 2007, 14499), en la que se declara la improcedencia de un despido debido a que el empresario, que conocía la conducta del trabajador transgresora de la buena fe contractual, dejó que esta continuara hasta adquirir la gravedad suficiente como para justificar la sanción máxima.

¹⁵ STSJ Andalucía/Granada de 16 julio 2002 (JUR 2002, 245745); SSTSJ Murcia de 3 febrero 2003 (3) (AS 2003, 468 y 1356; JUR 2003, 93450); STSJ Asturias de 30 diciembre 2005 (AS 2005, 1853); STSJ Cataluña de 19 mayo 2005 (JUR 2005, 182977).

¹⁶ Ejemplos de pronunciamientos en los que se aplica la teoría gradualista en relación con el uso indebido de herramientas informáticas: STSJ Navarra de 21 junio 2005 (AS 2005, 1981); STSJ Cataluña de 14 septiembre 2005 (AS 2005, 3820); STSJ Canarias, Las Palmas, de 23 enero 2006 (AS 2006, 976); STSJ Madrid de 30 enero 2006 (AS 2006, 852); STSJ País Vasco de 12 julio 2005 (JUR 2005, 237916).

- Tajantemente, la STSJ Madrid 30 octubre 2001 (Rec. 3341/01) considera que “el trabajador utilizó un medio de trabajo para fines privados (...), unos hechos que revisten la gravedad suficiente como para ser merecedores de la máxima sanción posible, el despido, al implicar un claro quebranto, sin posibilidad de grados, de la mutua y recíproca confianza entre las partes”.
- Se considera suficientemente grave el que un trabajador navegue por páginas web de contenido ajeno al trabajo durante dos horas diarias (que es cuando se queda solo en el centro de trabajo) en 9 días a lo largo de un mes [STSJ Cantabria, de 13 noviembre 2003 (AS 2003, 850)], o más de una hora y media diaria durante un mes [STSJ Galicia de 4 octubre de 2001 (AS 2001, 3366)], o una media de 10 horas semanales a lo largo de poco más de un mes [STSJ Cataluña de 11 marzo 2004 (AS 2004, 1231)].
- La STSJ Madrid de 25 de abril de 2002 (JUR 2002, 167962) confirma también la procedencia del despido de un trabajador que había utilizado el correo electrónico con fines particulares “de modo no ocasional o esporádico, sino sistemático y masivo”.
- Reviste la gravedad necesaria para considerar procedente el despido disciplinario de un trabajador que en un total de 28 días laborables dedicó 18 horas a jugar al solitario en su ordenador [STSJ Cataluña de 15 octubre 2003 (Sentencia núm. 6377/03)], o el del que en 12 días de trabajo comprendidos en menos de 20 días naturales dedicó 32 horas a jugar a las cartas en su ordenador [STSJ Andalucía/Granada de 19 junio 2003 (JUR 2003, 79600)].
- En relación con el trabajador que utiliza el correo electrónico de la empresa para fines personales, la STSJ Madrid de 4 diciembre 2002 (AS 2002, 789) concluye que, “con independencia de que recibiese 47 mensajes, lo cual no puede evitar, sólo reexpidió tres en un período de casi ocho meses, (...) en modo alguno puede estimarse como falta merecedora de la máxima sanción de despido disciplinario”.
- Otro supuesto es el del trabajador que remite dos correos electrónicos a diverso personal de la empresa exponiendo sus quejas de índole laboral, entendiéndose en este caso que la utilización de su terminal de ordenador para la remisión de tales e-mails no reviste gravedad suficiente como para justificar un despido [STSJ Castilla y León/Valladolid, de 4 marzo 2004 (AS 2004, 696)].
- Igualmente se entiende carente de la necesaria gravedad propia del despido disciplinario el uso “aislado y puntual” de los medios informáticos de la empresa para fines personales [STSJ Madrid de 22 de noviembre de 2002 (AS 2003, 1207)].

- Tampoco reviste la gravedad que justifica el despido del trabajador la conducta consistente en invertir una media de 18 minutos diarios a lo largo de unos 20 días para consultar páginas de Internet extralaborales.
- La STSJ Madrid de 16 julio 2002 (AS 2002, 3036) considera que en cuanto la empresa constató un uso excesivo de Internet para fines personales, debió “advertir” sobre ello al trabajador y no proceder a sancionar con la máxima gravedad.
- La misma reflexión se aplica en la STSJ Cataluña de 5 marzo 2003 (JUR 2003, 129410) a otro caso para el que se indica que no mediando una prohibición expresa de conectarse a internet para fines personales, la empresa debería haber advertido al trabajador y, en su caso, sancionar su conducta “inmediatamente de producirse y percatarse del uso abusivo (...) y no esperar cierto tiempo para adoptar, sin más, la drástica medida del despido”. Carece de gravedad la inversión de escasos segundos en días esporádicos para visionar archivos de contenido personal descargados de Internet y archivados en el ordenador [STJS Cantabria de 1 marzo 2004 (JUR 2004, 84164)].

B. Admisión de un margen de tolerancia para el uso personal de herramientas de trabajo

Aunque, como se ha dicho, en principio la utilización personal de las herramientas informáticas constituye un incumplimiento contractual, lo cierto es que, en general, los Tribunales coinciden en admitir un cierto margen de tolerancia para estos comportamientos de los trabajadores, desplazando la frontera de la transgresión de la buena fe contractual más allá de lo que se entiende como un uso moderado de los mencionados instrumentos¹⁷. Para determinar en qué momento se cruza esta línea, han de considerarse las pautas que se explican a continuación.

a. El perjuicio derivado del uso indebido

En ocasiones los Tribunales atienden al perjuicio que el uso irregular de las herramientas informáticas provoca al empresario para considerar la existencia de una

¹⁷ SSJS Madrid núm. 33, de 18 septiembre 2002 (AS 2002, 2828) y de 23 abril 2004 (Sentencia 156/2004); STSJ Castilla y León de 28 febrero 2005 (JUR 2005, 90795); STSJ Cataluña de 1 febrero 2006 (AS 2006, 1293). Una muestra bastante significativa de las dificultades de señalar los límites del uso moderado puede encontrarse en el caso conocido en la instancia por la SJS Vigo núm. 3, de 29 de abril (AS 2001, 3653) y en suplicación por la STSJ Galicia de 4 de octubre de 2001 (AS 2001, 3366). Ante el supuesto de un trabajador que a lo largo de dos meses recibió un total de 92 mensajes personales (de un total de 412) y envió otros 85 (de un total de 220), el primer pronunciamiento calcula que ello supondría entre dos y tres mensajes personales diarios, lo que “en un puesto de trabajo de cierta responsabilidad, que precisa el uso del correo electrónico con tal asiduidad” ha de considerarse irrelevante a efectos de constituir una transgresión de la buena fe contractual, del mismo modo que sería igualmente intrascendente “hacer o recibir un par de llamadas telefónicas personales, en trabajadores con cargos de Dirección, cual es el actor”. No obstante, la STSJ llega a la conclusión opuesta, considerando que el número de mensajes personales enviados y recibidos es suficientemente importante como para desvelar una transgresión de la buena fe contractual.

transgresión de la buena fe contractual¹⁸. Más allá del eventual desprestigio para la imagen empresarial que de ahí pudiera derivarse, su utilización para fines ajenos a la actividad laboral en tiempo y lugar de trabajo supone un coste económico para el empresario; y ello no sólo por el efectivo coste de la utilización de dichos medios¹⁹, sino fundamentalmente por el tiempo dentro de la jornada de trabajo que el trabajador dedica a cuestiones extralaborales y que se ve “subvencionado” por el empresario (también, en el caso de que se estén mandando correos electrónicos a otros trabajadores, éstos invierten parte de su tiempo laboral en la lectura)²⁰, o el que se deriva de la reparación del servidor de red estropeado por el uso indebido del trabajador²¹, o infecciones por virus²². El coste económico ocasionado a raíz de una impresión de documentos personales puede tomarse en consideración²³.

Igualmente, resulta ponderable el desprestigio que significa para la imagen de la empresa la navegación por páginas de contenido pornográfico por parte de uno de sus directivos²⁴ o el envío de mensajes de correo electrónico con valoraciones ofensivas para los jefes del trabajador que, al trascender del ámbito propiamente empresarial, empañan la imagen de la empresa²⁵. Un evidente perjuicio para la empresa, de mayor o menor entidad según los casos, surge cuando el trabajador, valiéndose de las herramientas informáticas, extrae información sensible de aquella (copiándola en dispositivos y soportes externos, remitiéndola a correos personales, etc.), con el consiguiente riesgo de competencia desleal o de otro tipo de responsabilidades²⁶.

b. La intensidad del uso indebido

Se vienen detectando en los pronunciamientos judiciales reflexiones como las siguientes: “la conexión a Internet no supone el uso o visionado constante de las pá-

¹⁸ La SJS Madrid núm. 35, de 7 noviembre 2003 (Sentencia 534/03) da la pauta de que a veces la gravedad del uso indebido del ordenador no reside en la duración de la conducta infractora sino en los efectos causados (es decir, según los perjuicios que se derivan de dicho uso).

¹⁹ Un caso en el que se contempla el gasto telefónico derivado de la navegación por internet, ya que la empresa no tiene tarifa plana: STSJ Madrid de 13 noviembre 2001 (AS 2002, 471).

²⁰ STSJ Cantabria de 13 noviembre 2002 (AS 2003, 850); STSJ Galicia de 4 octubre 2001 (AS 2001, 3366); STSJ Castilla y León, Valladolid, de 29 marzo 2004 (JUR 2004, 141046); STSJ Cataluña de 15 octubre 2003 (Sentencia núm. 6377/03); STSJ Andalucía/Granada de 19 junio 2003 (JUR 2003, 79600).

²¹ STSJ País Vasco de 23 abril 2002 (AS 2002, 221662).

²² STSJ Canarias, Santa Cruz de Tenerife, de 19 enero 2004 (JUR 2004, 69775); STSJ Castilla-La Mancha de 10 de junio de 2004 (JUR 2004, 185372).

²³ STSJ Cataluña de 22 octubre 2002 (AS 2002, 3876), en la que, sin embargo, se considera que no existe transgresión de la buena fe contractual dado que esta práctica era conocida y consentida por el empresario y que no se había causado ningún perjuicio a la empresa.

²⁴ STSJ Galicia de 30 mayo 2003 (AS 2003, 3128).

²⁵ STSJ Cataluña de 26 de abril de 2002 (JUR 2002, 173900); STSJ Castilla y León/Valladolid de 4 marzo 2004 (AS 2004, 696).

²⁶ STSJ Cataluña de 14 septiembre 2005 (AS 2005, 3820); STSJ Canarias, Las Palmas, de 15 marzo 2005 (JUR 2005, 103472); STSJ País Vasco de 18 enero 2005 (JUR 2005, 77714); STSJ Castilla y León, Valladolid de 12 junio 2006 (JUR 2006, 211415); STSJ Asturias de 17 diciembre 2005 (JUR 2005, 189664).

ginas, no pudiendo conocerse la intensidad de uso durante el período de conexión”²⁷, o bien “de la lectura de los informes se observan múltiples conexiones de un minuto –lo que no permite saber si son conexiones aleatorias o premeditadas–, o si son errores de búsqueda –por reenvíos–, otras en cambio se prolongan tanto tiempo que, como reconoció el Perito, pueden ser simples olvidos mientras se sigue trabajando, incluso con el propio ordenador”²⁸.

Las páginas *web* pueden abrirse y mantenerse desplegadas sin que ello suponga estar consultándolas de modo continuo, al igual que sucede con programas de chats y servicios de mensajes instantáneos que funcionan *on-line*. Es lo mismo que si activamos el programa en el que tenemos configurada la cuenta de correo y lo dejamos abierto durante horas; ello no significa que estemos enviando mensajes o recibéndolos continuamente a lo largo de todo ese tiempo. Sería perfectamente posible tener operativo el correo durante todo el día y sólo dedicar unos pocos minutos a leer o escribir algún mensaje, del mismo modo en que puede iniciarse un programa del chat sin intervenir en él más que en momentos puntuales. Por otro lado, tampoco ha de tener el mismo valor infractor el envío de un correo ordinario que el de un mero acuse de recibo reclamado por el remitente, que incluso se envía de modo casi automático²⁹.

A la vista de tales reflexiones, la generalización de las nuevas tecnologías en el ámbito laboral y las múltiples variantes que su utilización ofrece, recomiendan afinar un poco más el concepto de uso, sustituyéndolo, al menos en ciertos casos, por el de uso efectivo³⁰.

c. La existencia de normas de uso

En los pronunciamientos judiciales de los últimos años aparecen con cierta frecuencia referencias a las normas o limitaciones respecto del uso de los medios informáticos, cuya inexistencia ampliaba, de algún modo, el margen de tolerancia en su utilización personal. No solía ser determinante, pero la ausencia de restricciones

²⁷ STSJ Madrid de 16 julio 2002 (AS 2002, 3036); STSJ Cataluña de 5 marzo 2003 (JUR 2003, 129410).

²⁸ SJS Vigo núm. 3, de 29 abril 2001 (AS 2001, 3653). El Grupo de Trabajo “Artículo 29” de la Directiva 95/46/CE (que es un grupo consultivo independiente compuesto por representantes de las autoridades de los Estados miembros encargadas de la protección de datos) ha destacado ya que no conviene sacar conclusiones precipitadas sobre el uso de Internet por los trabajadores, “dada la facilidad con la que pueden visitarse involuntariamente algunos sitios a través de respuestas de motores de búsqueda, vínculos hipertextuales ambiguos, pancartas publicitarias engañosas o errores al pulsar las teclas”, (Documento de Trabajo relativo a *La vigilancia y el control de las comunicaciones electrónicas en el lugar de trabajo*, de 29 mayo 2002).

²⁹ La STSJ Cataluña de 30 septiembre de 2006 (JUR 2006, 50983).

³⁰ Un análisis más detenido sobre este tema puede verse en SAN MARTÍN MAZZUCCONI, Carolina. “¿Cómo se mide el ‘uso moderado’ de Internet para fines personales? ¿Transgrede la buena fe contractual tener abierto un programa para chatear?”, *Aranzadi Social*, núm. 7-8, 2004 (Base de datos westlaw: BIB 2004\741). Véase igualmente SEMPERE NAVARRO, Antonio Vicente y SAN MARTÍN MAZZUCCONI, Carolina. *Incidencia de las nuevas tecnologías de la información y las comunicaciones en el ámbito laboral: una visión panorámica*, Agència Catalana de Protecció de Dades (www.apd.cat), 2007.

expresas jugaba a favor del trabajador³¹ -ya que contribuían a generar expectativas de intimidad en el uso de la herramienta³²-. Por el contrario, si tales reglas o pautas existían, su quebrantamiento suele considerarse como una conducta desobediente y sancionable³³, salvo, claro está, que la empresa hubiera venido tolerando este tipo de incumplimientos, o que no se sancionara a otros trabajadores por similar conducta³⁴. Conforme a la doctrina mayoritaria, cuando la empresa, al margen de las instrucciones emitidas, había venido mostrando cierta tolerancia hacia el uso indebido de las herramientas informáticas (bien no concediéndole trascendencia, o sólo descontando del salario el coste de las conexiones a internet), no podía sin más cambiar de actitud y perseguir tales conductas, sino que había de advertir de esta intención, por razones de evidente buena fe³⁵.

Esta posición de la doctrina judicial fue refrendada por el Tribunal Supremo en la ya citada sentencia de 26 de septiembre de 2007. Entre los diversos razonamientos que el Tribunal Supremo engarza sobre un supuesto de registro de ordenador, aparece la indicación a las empresas de que fijen las reglas de uso de las herramientas de trabajo tecnológicas por sus empleados, estableciendo prohibiciones totales o parciales a dicha utilización. El Tribunal asume que existe un “hábito social generalizado de tolerancia con ciertos usos personales moderados de los medios informáticos y de comunicación facilitados por la empresa a los trabajadores. Esa tolerancia crea una expectativa también general de confidencialidad en esos usos (...). Por ello, lo que debe hacer la empresa de acuerdo con las exigencias de buena fe es establecer previamente las reglas de uso de esos medios -con aplicación de prohibiciones absolutas o parciales- e informar a los trabajadores de que va existir control y de los medios que han de aplicarse en orden a comprobar la corrección de los usos, así como de las medidas que han de adoptarse en su caso para garantizar la efectiva utilización laboral del medio cuando sea preciso, sin perjuicio de la posible aplicación de otras medidas de carácter preventivo, como la exclusión de determinadas conexiones”.

³¹ Así se reconoce tácitamente en SSTSJ Madrid de 16 julio 2002 (AS 2002, 3036), 22 noviembre 2002 (AS 2003, 1207); SSTSJ Cataluña de 5 marzo 2003 (JUR 2003, 129410) y de 28 enero 2005 (JUR 2005, 81636); STSJ Cantabria de 1 marzo 2004 (JUR 2004, 84164); SJS Vigo núm. 3, de 29 abril 2001 (AS 2001, 3653); SSTSJ País Vasco de 21 diciembre 2004 (2) (AS 2004, 3242 y 3927); SJS Cantabria, Santander, núm. 612/2005, de 1 diciembre (AS 2006, 88).

³² MARTÍNEZ FONS, Daniel. “El control empresarial del uso de las nuevas tecnologías en la empresa”, *Relaciones laborales y nuevas tecnologías* (S. Del Rey Guanter, dir.), La Ley, 2005, p. 207.

³³ FERNÁNDEZ VILLAZÓN, Luis Antonio. *Las facultades empresariales de control de la actividad laboral*, Aranzadi, 2003, p. 93, mantiene que el margen de tolerancia de uso personal de instrumentos de trabajo sólo es admisible si el empresario no ha dado instrucciones claras para que se utilice exclusivamente en tareas laborales o directamente ha prohibido su uso extralaboral.

³⁴ Un caso de prohibición expresa de utilización del teléfono para llamadas particulares, pero desvirtuada por la práctica empresarial de tolerancia de tales conductas: STSJ Canarias, Las Palmas, de 24 septiembre 2004 (JUR 2004, 286692). Un supuesto de tolerancia en el uso personal del correo electrónico, pese a existir una prohibición expresa, en STSJ Cataluña de 30 septiembre 2006 (JUR 2006, 50983).

³⁵ THIBAUT ARANDA, Javier. *Control multimedia de la actividad laboral*, Tirant lo Blanch, 2006, p. 47; ROQUETA BUJ, Remedios. “El despido por la utilización personal de los medios tecnológicos de información y comunicación de la empresa”, *Actualidad Laboral*, 2005, ref. R599 (www.laley.net).

Ahora bien, conviene tener presente que, frente a la posibilidad admitida por el Tribunal Supremo de establecer prohibiciones “absolutas”, algunas sentencias -previas- censuraban las prohibiciones totales del uso personal de las herramientas tecnológicas, justamente por la idea de que en la sociedad del conocimiento y de las comunicaciones no se puede impedir, desde el sentido común, un uso social de aquéllas³⁶. Se ha dicho en este sentido, respecto del correo electrónico, que no se trata sólo de un instrumento productivo, sino también, en nuestra realidad actual, de un mecanismo de comunicación entre las personas, incluso en el trabajo³⁷. En lo que respecta a internet, semejante fuente de información, cada vez más completa y asequible, hace poco razonable en la actualidad que se exija a los trabajadores un uso estricta y rigurosamente laboral. Así, por ejemplo, no parece lógico considerar que exista una quiebra de la confianza y la buena fe por el hecho de que un trabajador verifique a través de internet la situación de una calle a la que ha de dirigirse después de terminada su jornada laboral, o consiga el número de teléfono de una agencia de viajes con la que contratará sus próximas vacaciones (el problema está en la frontera entre el uso racional y el abuso, que sí se incardinaría en la transgresión de la buena fe contractual)³⁸.

Junto a lo anterior, ha de tenerse presente la tendencia de nuestra sociedad a facilitar mecanismos que hagan posible atender a las responsabilidades familiares y personales, además de las laborales. Un cierto margen de uso personal de las herramientas de información y comunicación en la empresa, favorece esa reimpulsada conciliación de la vida laboral y personal³⁹.

La política comunitaria coincide también en esta tendencia flexibilizadora del uso de las nuevas tecnologías, pudiendo citarse algún documento de órgano consultivo en el que se mantiene que una prohibición terminante del acceso a Internet para

³⁶ La SJS Barcelona núm. 32, de 16 septiembre 2002 (AS 2002, 2637) recuerda que “el art. 3.1 CC consagra que las normas tienen que ser interpretadas conforme a la realidad social del tiempo en que se hayan de aplicar. En la medida en que Internet es una realidad social con creciente implementación en la producción y los servicios, no se puede eludir su uso social, incluso en el marco del centro de trabajo”. Esta tolerancia queda plasmada, por ejemplo, en el caso conocido por STSJ Cataluña de 11 marzo 2004 (AS 2004, 1231), en el que el uso de internet para fines personales “no está prohibido en la empresa pese a que tal uso deberá efectuarse de la forma más restringida posible”. Por su parte, las SSJS Madrid núm. 33, de 18 septiembre 2002 (AS 2002, 2828) y de 11 febrero 2003, consideran que las prohibiciones absolutas del uso personal de los medios informáticos resultan contrarias al derecho a la comunicación que consagra el art. 20.1.a) CE.

³⁷ FALGUERA I BARÓ, Miguel Ángel. “Uso por el trabajador del correo electrónico de la empresa para fines extraproductivos y competencias de control del empleador”, *Relaciones Laborales*, 2000-II, p. 475.

³⁸ Esta tolerancia queda plasmada, por ejemplo, en el caso conocido por STSJ Cataluña de 11 marzo 2004 (AS 2004, 1231), en el que el uso de internet para fines personales “no está prohibido en la empresa pese a que tal uso deberá efectuarse de la forma más restringida posible”. Por su parte, las SSJS Madrid núm. 33, de 18 septiembre 2002 (AS 2002, 2828) y de 11 febrero 2003, consideran que las prohibiciones absolutas del uso personal de los medios informáticos resultan contrarias al derecho a la comunicación que consagra el art. 20.1.a) CE.

³⁹ Por supuesto, esto no ha de llevarse hasta el absurdo extremo de considerar que la empresa debe suministrar a los trabajadores estos instrumentos tecnológicos si no los tiene implantados. Se trata de aplicar aquí la misma solución que el Tribunal Constitucional ha dado al uso sindical de las herramientas informáticas.

fines privados “no parece razonable y no tiene en cuenta la ayuda que Internet puede aportarles [a los trabajadores] en su vida diaria”⁴⁰.

C. La autoría en el uso de las herramientas informáticas

Hasta hace un tiempo, era verdaderamente excepcional el caso en el que se ponía en duda que el emisor de un determinado correo electrónico o el navegante de Internet era el trabajador a quien se había adjudicado por la empresa el uso del ordenador desde el que tal correo había sido enviado o efectuada la navegación. Hoy, en cambio, gracias al vertiginoso avance tecnológico, no siempre está clara tal conclusión, poniéndose sobre la mesa el elemento de la autoría como factor adicional a tener en cuenta; no basta con saber que ha existido una infracción, sino que resulta esencial identificar al infractor y ello no siempre es sencillo⁴¹.

En los pronunciamientos de los últimos años aparecen con cierta frecuencia referencias a claves de acceso a los ordenadores o a cuentas de correo electrónico (*passwords*, contraseñas), que en la medida en que sean conocidos sólo por un trabajador apuntan a su autoría respecto de determinadas infracciones en el uso de los medios informáticos de la empresa⁴². Pero en muchos casos los Tribunales se encuentran con contraseñas públicas o al menos conocidas por varios trabajadores, ante lo cual, una mayoría de sentencias simplemente concluyen que es imposible saber quién es el verdadero autor de la conducta irregular⁴³.

⁴⁰ Documento de Trabajo del Grupo de Trabajo “Artículo 29” relativo a *La vigilancia y el control de las comunicaciones electrónicas en el lugar de trabajo*, de 29 mayo 2002.

⁴¹ Por ejemplo, en una baja voluntaria cursada por correo electrónico desde el ordenador adjudicado al trabajador pero cuya clave suministra la empresa, y ante la negativa del trabajador a asumir la autoría de dicho mensaje, la STSJ Castilla-La Mancha de 15 enero 2004 (JUR 2004, 65255) considera dudoso que este último fuera el verdadero remitente.

Otro caso, esta vez en relación con la navegación por internet, se conoce en la SJS Madrid núm. 33, de 23 abril 2004 (Sentencia 156/04), que ante el registro de un ordenador establece que los archivos informatizados constituyen un medio probatorio válido pero que “se trata de documentos *sui generis* por cuanto no se encuentran en soporte papel sino que penden de un soporte físico específico de tipo informático, bien un PC o un servidor, una página web, etc. Ello obliga a quien presenta este tipo de pruebas a acreditar no sólo su existencia sino su vinculación con el soporte del que penden y demostrar en definitiva que esos documentos que en soporte papel se llevan a juicio, tienen naturaleza de documento informático contenido en una fuente cuya vinculación con su autor se debe concretar a efectos de imputar su autoría”, lo que puede hacerse de múltiples maneras, por ejemplo “acompañándose de otros medios probatorios instrumentales adicionales, tales como el reconocimiento judicial”.

⁴² Por ejemplo, STSJ Cantabria de 13 noviembre 2002 (AS 2003, 850); STSJ Aragón de 4 marzo 2002 (AS 2002, 1342). En la STSJ Canarias/Las Palmas, de 26 marzo 2004 (JUR 2004, 140928), se imputa al trabajador que, si no fue el autor material del uso indebido del equipo informático de la empresa, desde luego tuvo que consentir que un tercero no autorizado lo hiciera, cediéndole su clave de acceso.

⁴³ STSJ Madrid de 27 enero de 2004 (JUR 2004, 124596); SJS Cantabria, Santander, núm. 612/2005, de 1 diciembre (AS 2006, 88); SSTSJ Cataluña de 28 enero 2005 (JUR 2005, 81636) y de 30 septiembre 2006 (JUR 2006, 50983); STSJ País Vasco de 14 septiembre 2004 (AS 2004, 3984); SJS núm. 2 Badajoz, de 17 septiembre 2009. Salvo, por supuesto, que existan otros elementos distintos de la clave de acceso para saber quién ha utilizado la herramienta informática, como ocurre en STSJ Cataluña de 6 febrero 2004 (JUR 2004, 91946).

Por descontado, en el supuesto de ordenadores sin contraseñas o de uso indistinto por parte de varios trabajadores, la identificación del autor de su utilización se complica considerablemente⁴⁴.

2. Control por el empresario del uso de herramientas informáticas

Como se adelantó, el art. 20.3 del Estatuto de los Trabajadores permite al empresario controlar a sus empleados con los medios que considere oportunos, siempre que respete sus derechos fundamentales. Por tanto, en esta materia resulta imprescindible conocer la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el alcance de los derechos fundamentales de los trabajadores en el ámbito laboral y su confrontación con los poderes empresariales.

A. La doctrina constitucional sobre la proporcionalidad de las restricciones de derechos fundamentales en el marco de la relación laboral

Debe recordarse una obviedad: los trabajadores no dejan de ser ciudadanos por el hecho de comenzar a prestar servicios para un empresario, de lo que se deriva que los derechos fundamentales que la Constitución reconoce a todos los ciudadanos no se ven exceptuados por la existencia de una relación laboral⁴⁵. En suma, no se pierde la condición de sujeto de derechos fundamentales por convertirse en trabajador. Así lo ha expresado en reiteradas ocasiones el Tribunal Constitucional, afirmando que “la celebración de un contrato de trabajo no implica en modo alguno la privación para una de las partes, el trabajador, de los derechos que la Constitución le reconoce como ciudadano”⁴⁶, porque las organizaciones empresariales no forman “mundos separados y estancos del resto de la sociedad ni la libertad de empresa que establece el art. 38 del texto constitucional legitima que quienes prestan servicios en aquéllas por cuenta y bajo la dependencia de sus titulares deban soportar despojos transitorios o limitaciones

Unos pocos pronunciamientos mantuvieron el siguiente criterio: si la empresa consigue probar que el trabajador imputado se encontraba en su puesto de trabajo (desde el que se produjo la utilización indebida de los instrumentos informáticos) en el momento en que tuvo lugar la infracción, entonces se considera autor de esta última. Por supuesto, se trata de un criterio indiciario, perfectamente neutralizable por otros indicios o pruebas en contrario. En este sentido, véanse SJS Barcelona núm. 32, de 16 septiembre 2002 (AS 2002, 2637), confirmada por STSJ Cataluña de 11 junio 2003 (AS 2003, 2515)]; SJS Madrid núm. 35, de 7 noviembre 2003 (Sentencia 534/03). Una crítica a esta interpretación puede verse en SEMPERE NAVARRO, Antonio Vicente y SAN MARTÍN MAZZUCCONI, Carolina. “Nuevas tecnologías y relaciones laborales: una tipología jurisprudencial”, *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, núm. 10, 2006 (Base de datos westlaw: BIB 2006\106).

⁴⁴ Salvo que el lugar en el que está situado el equipo informático (despacho de uso exclusivo, por ejemplo) sólo permita su utilización por un trabajador; es el caso estudiado en STSJ Galicia de 30 mayo 2003 (AS 2003, 3128). Un pronunciamiento en el que se desestima el recurso de duplicación por ser imposible saber quién pudo manipular un ordenador: STSJ Navarra de 19 diciembre 2003 (JUR 2004 (110045)).

⁴⁵ Esta afirmación deriva de la aceptación generalizada de la teoría alemana de la *Drittwirkung*, por la cual los derechos fundamentales no sólo pueden ejercitarse frente al poder público, sino también frente a particulares en todos los ámbitos de la vida social, incluido el trabajo.

⁴⁶ STC 106/1996, 12 junio (RTC 1996, 106).

injustificadas de sus derechos fundamentales y libertades públicas, que tienen un valor central en el sistema jurídico constitucional”⁴⁷.

Ahora bien, los derechos fundamentales no son absolutos, pudiendo ceder ante intereses constitucionalmente relevantes⁴⁸. En el marco del contrato de trabajo se produce una limitación al ejercicio de tales derechos, en la medida en que se desenvuelve en el seno de una organización que refleja otros derechos reconocidos constitucionalmente en los arts. 38 y 33 CE y que impone, según los supuestos, la necesaria adaptabilidad para el ejercicio de todos ellos⁴⁹. Con esto quiere decirse que aunque la existencia de un contrato de trabajo no exceptúa el reconocimiento de los derechos fundamentales, lo que sí hace es modalizar de algún modo el alcance de tal reconocimiento de derechos. Si bien se reconocen a los trabajadores los mismos derechos fundamentales que a cualquier otro ciudadano, el marco de la relación laboral determina que los términos de dicho reconocimiento sean más restrictivos, reduciéndose el ámbito de la protección. Así por ejemplo, el derecho a la intimidad en virtud del cual decidimos cada día cómo vestirnos o cómo peinarnos, puede perder algo de fuerza en una relación laboral, si pensamos en el caso de un puesto de trabajo que exija llevar un uniforme determinado.

La razón de que esto sea así se encuentra en el ejercicio de los poderes empresariales, derivados de la naturaleza misma del contrato de trabajo y del reconocimiento de la libertad de empresa, y que se concretan en diversas facultades de organización del trabajo, control del cumplimiento de las obligaciones contractuales y, en su caso, sanción de los incumplimientos.

El contrato de trabajo genera “un complejo de derechos y obligaciones recíprocas que condiciona, junto a otros, también el ejercicio del derecho [fundamental de que se trate], de modo que manifestaciones del mismo que en otro contexto pudieran ser legítimas, no tienen por qué serlo necesariamente en el ámbito de dicha relación”⁵⁰. Cuando un trabajador es contratado se inserta en el círculo rector, organizativo y disciplinario del empresario, y queda sometido, en virtud de su posición subordinada, a las órdenes, instrucciones, controles y sanciones de su superior jerárquico, lo que en el día a día se traduce en una limitación de sus derechos fundamentales. Siguiendo con el ejemplo de antes, el empresario exige que se lleve un uniforme, o prohíbe fumar en una determinada área, o revisa un documento que ha ordenado redactar. En función del reconocimiento al empresario de este poder directivo y organizativo se restringe la amplitud de los derechos fundamentales de los trabajadores, al someterse a dicho poder.

⁴⁷ STC 197/1998, 13 octubre (RTC 1998, 197). En otras palabras: la relación laboral “no puede implicar, en modo alguno, la privación de tales derechos para quienes prestan servicio en las organizaciones productivas, que no son ajenas a los principios y derechos constitucionales que informan el sistema de relaciones de trabajo” (STC 98/2000, 10 abril [RTC 2000, 98]).

⁴⁸ SSTC 57/1994, 28 febrero (RTC 1994, 57); 143/1994, 9 mayo (RTC 1994, 143); 98/2000, 10 abril (RTC 2000, 98).

⁴⁹ SSTC 99/1994, 11 abril (RTC 1994, 99); 98/2000, 10 abril (RTC 2000, 98).

⁵⁰ STC 120/1983, 15 diciembre (RTC 1983, 120).

Sin embargo tal poder no es absoluto: los trabajadores no pierden totalmente sus derechos fundamentales porque no estamos en un sistema feudal sino en un régimen de libertades democráticas, donde no cabe exigir a los primeros un comportamiento que desconozca la defensa de sus propios intereses⁵¹. La cuestión es ¿hasta dónde puede llegar el empresario en sus facultades de dirección y control? y ¿hasta dónde tienen reconocidos los trabajadores sus derechos fundamentales en el seno de la relación laboral?⁵²

Es doctrina reiterada del Tribunal Constitucional que la interacción de derechos de los trabajadores y de su empleador conduce al acogimiento del criterio o principio de proporcionalidad, en virtud del cual toda medida restrictiva de derechos fundamentales (la intimidad, como principal afectada en nuestro caso) ha de ser idónea, necesaria, equilibrada y justificada. La idoneidad se cumple si la medida es susceptible de conseguir la finalidad pretendida, que debe ser conocer la conducta laboral de los empleados y no cualquier otra, como por ejemplo publicar, difundir o conservar los datos obtenidos. La necesidad de la medida se traduce en que la misma ha de revelarse como indispensable para el correcto y ordenado desenvolvimiento de la actividad productiva, al no existir otra acción más moderada que permita conseguir idéntico propósito con el mismo grado de eficacia. “Si existen otras posibilidades de satisfacer el interés empresarial menos agresivas y afectantes al derecho en cuestión, habrá que emplear estas últimas”⁵³. Por tanto, no basta con que la restricción de derechos sea idónea –aunque en cualquier caso debe serlo– sino que además ha de ser la menos agresiva de todas las posibles. El equilibrio o proporcionalidad en sentido estricto se alcanza si la medida es ponderada y equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto. La proporcionalidad en sentido estricto exige en cualquier caso el respeto del contenido esencial del derecho fundamental⁵⁴. Que la medida esté justificada significa que su adopción debe responder a motivaciones objetivas, distintas de la simple y llana conveniencia o capricho empresarial⁵⁵.

⁵¹ PEDRAJAS MORENO, Abdón. “Los derechos fundamentales de la persona del trabajador y los poderes empresariales: la Constitución como marco y como límite de su ejercicio”, *Actualidad Laboral*, núm. 4, 2000, p. 60.

⁵² De “atormentada relación entre los derechos fundamentales no laborales del trabajador y el poder de dirección del empresario”, que “se cimenta sobre la existencia de fronteras con contornos verdaderamente difusos”, habla MARÍN ALONSO, Inmaculada. “La utilización del correo electrónico por los sindicatos o sus secciones sindicales para transmitir noticias de interés sindical a sus afiliados o trabajadores en general”, *Aranzadi Social*, núm. 1, 2001, p. 31. Una reflexión sobre la mutua modalización de los derechos fundamentales del trabajador y de los poderes del empresario, en RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, Miguel. “Constitución, derechos fundamentales y contrato de trabajo”, *Relaciones Laborales*, 1996-I.

⁵³ STC 98/2000, 10 abril (RTC 2000, 98).

⁵⁴ CARRIL VÁZQUEZ, Xosé Manuel y SEOANE RODRÍGUEZ, José Antonio. “Vigilar y trabajar (una aproximación metodológica sobre la intimidad del trabajador como límite a las facultades de vigilancia y control del empresario. A propósito de las SSTCo 98/2000, de 10 de abril y 186/2000, de 10 de julio)”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, núm. 5, 2001, p. 904.

⁵⁵ CARDONA RUBERT, María Belén. *Informática y contrato de trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 67, señala, en referencia a los controles empresariales pero claramente extensible a toda medida del empresario restrictiva de derechos fundamentales, que la licitud de las mismas se vincula a su justificación “por criterios objetivos y necesarios”. La objetividad derivaría de la conexión estrecha de la medida empresarial con la organización productiva y su finalidad de protección y conservación de

En el marco de esta doctrina general, son los tribunales en el día a día los que tienen que señalar los límites concretos para los poderes empresariales.

B. El conocimiento por parte del trabajador de que está siendo controlado

Debe tenerse en cuenta el valor que posee la aceptación, por parte del trabajador, del control realizado por la empresa. El derecho a la intimidad preserva un ámbito que cada persona quiere reservar para sí, y consecuentemente deja fuera de su alcance todo lo que se decida participar a los demás. Esto abre la puerta a una concepción subjetiva de la intimidad, que queda constituida por lo que cada uno desea proteger de las intromisiones de terceros, y que permite que determinadas cuestiones o actividades queden o no amparadas por el derecho a la intimidad según la voluntad del sujeto.

La propia arquitectura jurídica de este derecho fundamental comporta la consecuencia de que si una persona da a conocer datos suyos que podrían considerarse privados, éstos dejan de serlo y no quedan amparados por su derecho a la intimidad. Lo mismo ocurre si en vez de dar a conocer abiertamente dichos datos, simplemente consiente que terceros puedan acceder a los mismos. Dicho de otra forma: la protección sólo existe en la medida en que cada individuo así lo desee, de tal modo que su voluntad sirve para levantar el muro de reserva o inaccesibilidad.

La citada Sentencia del Tribunal Supremo de 2007 incide especialmente en esta cuestión, advirtiendo que el control empresarial de las herramientas de trabajo sólo será respetuoso con los derechos fundamentales si, previamente, se ha quebrado la expectativa de intimidad que el trabajador pudiera tener respecto del contenido de la herramienta registrada; sólo así dejará de ser alegable este derecho frente a intromisiones empresariales. La forma que tiene la empresa de dejar claro que lo que se encuentre en el ordenador puede ser conocido por terceros, es poner este hecho en conocimiento del trabajador; de ahí surge la necesidad de que las empresas diseñen y difundan una política de control de las herramientas informáticas.

Esta posición del Tribunal Supremo sigue la línea esbozada por los pronunciamientos que declaraban lícitos los registros realizados sobre los correos electrónicos si la empresa informaba previamente a sus empleados que los llevaría a cabo⁵⁶, o si constaba que éstos tenían consciencia de que los mensajes eran controlados⁵⁷.

la misma, y la necesidad de la medida se aseguraría siempre que se hiciera precisa para la protección y seguridad del trabajador.

⁵⁶ La STSJ Madrid 31 enero 2002 (AS 2002, 916), entiende que la advertencia en la pantalla del ordenador según la cual se previene sobre la posibilidad de que la empresa controle el contenido del equipo, “supone una autorización que por sí misma legitima la medida”, teniendo en cuenta que el trabajador no elevó en su momento queja o reivindicación alguna sobre tal método de advertencia.

⁵⁷ A través de avisos que aparecen al conectar el ordenador: STSJ Madrid de 13 mayo 2003 (AS 2003, 3649). Véanse SSTSJ Cataluña de 6 mayo 2005 (AS 2005, 1886), y de 4 noviembre 2005 (JUR 2005, 16535).

También la tendencia comunitaria en este tema apuesta por la comunicación de los controles al trabajador, salvo supuestos verdaderamente excepcionales contemplados legalmente: el Documento de Trabajo del Grupo de Trabajo “Artículo 29”⁵⁸ relativo a la vigilancia y el control de las comunicaciones electrónicas en el lugar de trabajo, de 29 mayo 2002, contempla como uno de los principios generales aplicables a la fiscalización del correo electrónico y la utilización de Internet la *transparencia*, que significa que “el empleador debe indicar de forma clara y abierta sus actividades. Dicho de otro modo, el control secreto del correo electrónico por el empleador está prohibido, excepto en los casos en que exista en el Estado miembro una ley que lo autorice (...) para la salvaguardia de intereses públicos importantes, como la seguridad del Estado, o la prevención, la investigación, la detección y la represión de infracciones penales, o también la protección del interesado o de los derechos y libertades de otras personas”.

En este punto ha de prestarse atención al derecho al secreto de las comunicaciones, que ampara el uso del correo electrónico por el trabajador (art. 18.3 de la Constitución). Aunque los Tribunales no suelen tener en cuenta que, con independencia de la intimidad que pueda verse comprometida en la vigilancia que el empresario lleve a cabo respecto de los mensajes de e-mail enviados o recibidos por el trabajador desde la cuenta corporativa, que, en cualquier caso, estos se encuentran protegidos en su contenido por el más rígido derecho al secreto de las comunicaciones. Como se sabe, la posibilidad de acceder a estos mensajes reside, bien en una autorización judicial, bien en el consentimiento del trabajador, planteándose aquí serias dudas, para una parte importante de la doctrina científica, sobre la validez que a estos efectos tendría el mero consentimiento tácito de los trabajadores. Aunque el secreto de las comunicaciones requiere, como uno de sus elementos configuradores, que exista una expectativa de secreto respecto de lo comunicado, que desde luego se pierde si el trabajador sabe que su correo será fiscalizado, estos autores consideran que no resultan válidas las rupturas unilaterales de dicha expectativa (mediante advertencias empresariales) sino que se hace preciso un acuerdo con el trabajador⁵⁹.

a. Vigilancia electrónica

Las nuevas tecnologías se utilizan también para hacer más eficaz, cómodo y barato⁶⁰ el control empresarial de los trabajadores, a través de circuitos cerrados de

⁵⁸ Como explicamos en una nota previa, el Grupo “Artículo 29” es un grupo consultivo independiente compuesto por representantes de las autoridades de los Estados miembros encargadas de la protección de datos.

⁵⁹ Esta posición es mantenida por MARÍN ALONSO, Inmaculada. *El poder de control empresarial sobre el uso del correo electrónico en la empresa. Su limitación en base al secreto de las comunicaciones*, Tirant lo Blanch, 2005, pp. 156 y ss. La autora entiende que el establecimiento de reglas de uso del correo electrónico sólo sirven para delimitar la posible responsabilidad civil empresarial por actos ilícitos cometidos por sus empleados mediante esta herramienta informática, pero no para recortar el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones. Por su parte, THIBAUT ARANDA, Javier. 2006, p. 105.

⁶⁰ Como indica GOÑI SEIN, José Luis, no hay que olvidar que estos mecanismos de control resultan mucho más económicos que la supervisión humana, tanto por el reducido precio al que pueden adquirirse en el mercado, como por el inferior gasto que representa su mantenimiento en comparación con el

televisión, videocámaras y sistemas de audio⁶¹. No existe en el ordenamiento español una prohibición general de la instalación por el empleador de aparatos audiovisuales y otros mecanismos o dispositivos para vigilar a distancia el trabajo. Todo lo contrario: el art. 20.3 ET reconoce al empresario el derecho a adoptar las medidas oportunas para controlar el cumplimiento de las obligaciones laborales por los trabajadores, y, en su virtud, tradicionalmente se ha admitido la licitud de la contratación de servicios de detectives privados, guardias, personal de vigilancia, etc., que constituyen el precedente de la utilización de mecanismos audiovisuales de control distintos del que pueda ejercer directamente el empresario por medio de su visión y su oído.

Ahora bien, la vigilancia electrónica, naturalmente “mucho más penetrante e incisiva” que los sistemas tradicionales porque permite ejercer un control sin solución de continuidad y de una manera panorámica sobre la completa actividad del trabajador⁶², aumenta el riesgo de que exista una vulneración del derecho a la intimidad de los trabajadores en su centro de trabajo. Incluso puede hablarse, en relación con la videovigilancia, de una posible vulneración del derecho a la propia imagen de los trabajadores, entendido por el Tribunal Constitucional como autónomo respecto del derecho a la intimidad, y que protege frente a la captación, reproducción y difusión de la imagen de la persona⁶³. Según el Tribunal, con estas conductas sólo se quebrantarían ambos derechos (propia imagen e intimidad) si la imagen difundida, además de mostrar los rasgos físicos que permiten la identificación de una persona determinada, revelara aspectos de su vida privada y familiar que se han querido reservar del público conocimiento⁶⁴. A pesar de esta distinción, en algún pronunciamiento judicial se considera, sin argumentar al respecto, que la vigilancia electrónica avasalla, en su caso, tanto el derecho a la propia imagen como a la intimidad⁶⁵.

de la contratación de uno o varios trabajadores. GOÑI SEIN, José Luis. *La videovigilancia empresarial y la protección de datos personales*, Civitas-APDCM, 2007, p.17.

⁶¹ GOÑI SEIN, José Luis, alude a un doble argumento para la cada vez más frecuente incorporación de la videovigilancia en las empresas. Por un lado, señala la motivación defensiva, basada en la seguridad y la protección de las personas y de los bienes, dado que estos sistemas de vigilancia permite detectar y verificar conductas ilícitas; por otro lado, se relaciona también con el interés empresarial de ejercer el control de la actividad laboral de los trabajadores, para lo que constituye un instrumento excelente. GOÑI SEIN, José Luis. 2007, p. 16.

⁶² GOÑI SEIN, José Luis. *El respeto a la esfera privada del trabajador*, Civitas, Madrid, 1988, p. 147. Este autor insiste en la misma idea cuando señala que “la vigilancia mediante cámaras de televisión multiplica la capacidad de vigilancia del controlador, ya que supera el área de percepción visual del personal de vigilancia, permitiendo hacer un control más generalizado y más intenso (...). La vigilancia es total, y capta cualquier información concerniente al sujeto afectado”. GOÑI SEIN, José Luis. 2007, p.17.

⁶³ SSTC 139/2001, de 18 junio (RTC 2001, 139) y 83/2002, de 22 abril (RTC 2002, 83).

⁶⁴ STC 83/2002, de 22 abril (RTC 2002, 83). También MARTÍNEZ FONS, Daniel, “El poder de control empresarial ejercido a través de medios audiovisuales en la relación de trabajo. A propósito de las SSTC 98/2000, de 10 de abril y 186/2000, de 10 de julio”, *Relaciones Laborales*, núm. 4, 2002, p. 127, considera que el derecho que está en juego por la videovigilancia es el de la propia imagen, sin que necesariamente se vea afectado el derecho a la intimidad (salvo que la captación de la imagen del trabajador afecte al ámbito que éste reserva frente a la acción y conocimiento de los demás).

⁶⁵ SJS Madrid núm. 21, de 9 julio 2003 (AS 2003, 3210).

Sobre la confrontación entre la vigilancia electrónica y los derechos fundamentales de los trabajadores, ha de proyectarse en este punto la ya citada doctrina del Tribunal Supremo sobre los necesarios protocolos de control que neutralicen las expectativas de intimidad, así como la doctrina del Tribunal Constitucional sobre las medidas restrictivas de derechos fundamentales en el ámbito laboral.

Así, en principio, si se comunica al trabajador que se procede a la captación de su imagen o la grabación de sus conversaciones, no habría una intromisión ilegítima en el ámbito de su intimidad y su propia imagen. No obstante, hay un pronunciamiento sobre teleoperadores en cuyos contratos figuraba una cláusula que habilitaba a la empresa a controlar su trabajo mediante sistemas de escucha y grabación telefónica, considerando que la grabación continua e indiscriminada de las conversaciones del trabajador durante el tiempo de trabajo constituía una restricción desproporcionada del derecho a la intimidad del empleado⁶⁶.

En el marco de la nota de idoneidad (para conocer la conducta laboral del trabajador), los Tribunales vienen exigiendo que la vigilancia recaiga sobre la actividad laboral del trabajador, “en un círculo restringido que se limita a su propio quehacer profesional”⁶⁷. Se admite la vigilancia electrónica como medida de supervisión de la conducta del trabajador fuera de su tiempo y lugar de trabajo, cuando de ella se detrae una transgresión de la buena fe contractual por este último. Ejemplo paradigmático de esta situación es el control llevado a cabo durante la situación de incapacidad temporal del trabajador, por sospechar que desarrolla actividades incompatibles con dicho estado⁶⁸.

Por otro lado, la instalación de una cámara es lícita como medida de vigilancia siempre que se limite a tal fin, lo que excluye todo tipo de publicación y de difusión de imágenes captadas, o de conservación de las mismas una vez visualizadas dentro de un tiempo razonable y en las instalaciones de la empresa por la persona encargada del control, salvo que se haya apreciado infracción sancionable en cuyo supuesto podrán ser conservadas durante y a los solos efectos de prueba. Si existe una conservación de los datos personales así obtenidos, debe aplicarse la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, que regula todo tipo de tratamiento de información personal aunque no esté contenida en soporte informático.

La vigilancia ha de efectuarse en el lugar de trabajo, y concretamente en el sitio en el que el trabajador presta sus servicios⁶⁹. No queda amparada por el poder empresa-

⁶⁶ SJS Valencia núm. 7, de 7 diciembre 2000, citada por CAMAS RODA, Ferrán. “La intimidad y la vida privada del trabajador ante las nuevas modalidades de control y vigilancia de la actividad laboral”, AA.VV. *Nuevas tecnologías de la información y la comunicación y Derecho del Trabajo*, Bomarzo, 2004, p. 169.

⁶⁷ STSJ País Vasco de 25 septiembre 2001 (AS 2001, 3373).

⁶⁸ SSTSJ Galicia de 22 octubre 2002 (AS 2002, 3471) y de 27 noviembre 2003 (AS 2004, 1676). Para un caso de videograbación en lugares públicos fuera del centro de trabajo, declarado lícito aplicando la doctrina de la proporcionalidad: STSJ Galicia de 27 noviembre 2003 (AS 2004, 1676).

⁶⁹ Como ocurre en la STSJ Canarias/Las Palmas de 25 octubre 2003 (JUR 2003, 170618), sobre grabación de imágenes “en el lugar de trabajo del actor, dentro de una nave de empaquetado de plátanos

rial la captación de imágenes o audio en espacios personales de los trabajadores, como pueden ser los lavabos, las taquillas, las salas de descanso, etc., en los que las acciones desempeñadas por los trabajadores pertenecen al estricto ámbito de su intimidad y no guardan relación con una eficaz prestación de sus servicios⁷⁰. Incluso aunque pueda pensarse en un legítimo interés empresarial en vigilar la actividad en estas zonas, por ejemplo para evitar que se fume o cuando se hayan producido robos, la doctrina es tajante sobre el carácter absoluto de la interdicción de controles de este tipo en dichos ámbitos⁷¹. Ahora bien, no vulnera el derecho a la intimidad de los trabajadores la instalación de cámaras o sistemas de grabación sonora justo en el exterior de los locales en los que se desenvuelve la vida íntima de aquéllos⁷².

Al igual que sucede cuando la empresa accede al contenido de los mensajes de correo electrónico de un trabajador, en el caso de grabación de sus conversaciones vuelve a estar en juego, junto al derecho a la intimidad, el derecho al secreto de las comunicaciones. Este derecho opera respecto de terceros, pero no de los sujetos que se intercomunican, lo que significa que si uno de los interlocutores retiene por cualquier medio el contenido de la comunicación, no está contraviniendo lo dispuesto en el citado precepto constitucional⁷³.

Se observa un criterio judicial mucho más restrictivo de los poderes empresariales cuando se trata de grabar sonidos que cuando estamos ante grabación de imágenes; probablemente por entender que la grabación de una conversación puede delatar mucho más el ámbito de intimidad de una persona que la imagen muda⁷⁴. En este sentido, algunos pronunciamientos entienden válida la captación de imágenes pero la

propiedad de la empresa demandada durante el horario de trabajo y sobre la cinta de transporte de fruta donde operaba el demandante". Otro caso es el de la STSJ Galicia de 20 marzo 2002 (AS 2002, 3385).

⁷⁰ STSJ Canarias/Las Palmas de 25 octubre 2003 (JUR 2003, 170618). Véanse SSTSJ Asturias de 19 marzo 2004 (Rec. 1224/03 y Rec. 1225/03), y de 9 mayo 2003 (JUR 2003, 229062), todas sobre instalación de cámaras en el baño, aunque no con la intención de controlar el trabajo o detectar conductas irregulares.

⁷¹ Se argumenta que, con la videovigilancia en los lugares de ocio o descanso, el grado de intromisión en la intimidad de los trabajadores sería de tal calibre que resulta difícil imaginar un interés empresarial de suficiente entidad como para justificarlo. THIBAUT ARANDA, Javier. 2006, p. 30. MARTÍNEZ FONS, Daniel, añade que el control de la prohibición de fumar puede llevarse a cabo mediante otros mecanismos no invasivos, como la instalación de detectores de humo. MARTÍNEZ FONS, Daniel. "El poder de control empresarial ejercido a través de medios audiovisuales en la relación de trabajo. A propósito de las SSTC 98/2000, de 10 de abril y 186/2000, de 10 de julio", *Relaciones Laborales*, núm. 10, 2001, p. 35.

⁷² Sobre un caso de instalación de cámaras en el exterior de los aseos: SSTSJ Murcia de 3 febrero 2003 (3) (AS 2003, 468 y 1356; JUR 2003, 93450).

⁷³ STC 114/1984, de 29 noviembre (RTC 1984, 114). Aplica esta doctrina la STSJ Comunidad Valenciana de 15 septiembre 2004 (AS 2004, 3314).

⁷⁴ Destaca también la interpretación más amplia que se hacía cuando se utilizaban videocámaras sin dispositivos de recepción de sonidos, CAMAS RODA, Ferrán. "La intimidad y la esfera de vida privada del trabajador ante las nuevas modalidades de control y vigilancia de la actividad laboral", *XIV Jornadas Catalanas de Derecho Social*, 2003. En contra, considerando que el Tribunal Constitucional no ampara un doble criterio en relación con la videovigilancia según que incluya o no captación de audio: GOÑI SEIN, José Luis. 2007, pp. 39 y ss.

de voces no, o bien argumentan a favor de la proporcionalidad de la medida restrictiva de derechos señalando que la grabación no incluye sonido⁷⁵.

Las respuestas más claras hasta ahora en relación con este punto vienen del ámbito de la protección de datos. Teniendo en cuenta, por un lado, que son datos personales aquellos que permiten identificar a una persona y que la captación de la imagen y/o voz de un trabajador en el ámbito laboral cumple con dicho requisito⁷⁶, y, por otro lado, que existe tratamiento de datos personales tan sólo con la recogida de los mismos, incluso para ser reproducidos en tiempo real, la Agencia Española de Protección de Datos ha dictado una Instrucción sobre el tratamiento de datos personales captados mediante videovigilancia⁷⁷. En ella, además de recoger previsiones que ya se conocían (que la captación de imágenes sea adecuada, pertinente, no excesiva y justificada, que no pueda realizarse el control por otros medios menos intrusivos para los derechos fundamentales, que no se obtengan imágenes de espacios públicos), se establece la obligación de informar a los afectados de que están siendo objeto de control a través de cámaras de video, mediante, al menos, la colocación en las zonas videovigiladas de un distintivo informativo que así lo indica.

b. Uso sindical de las herramientas informáticas

Además del uso personal y laboral de los instrumentos tecnológicos de trabajo, cabe una utilización sindical, a través de la cual se propicia la comunicación entre representantes (de los trabajadores) y (trabajadores) representados, entre representantes y organización sindical, o de los representantes entre sí. Se trata de dar un uso a las nuevas tecnologías como vehículo de información, del mismo modo en que tradicionalmente se han venido distribuyendo múltiples escritos con una u otra denominación.

Conviene recordar las tradicionales previsiones legales sobre tablones de anuncios o difusión de información sindical⁷⁸. Los tablones de anuncios son elementos costeados

⁷⁵ Mantiene tácitamente esta posición la STSJ Asturias de 22 marzo 2002 (AS 2002, 632) cuando considera proporcionada la medida empresarial consistente en la instalación de cámaras, advirtiendo que la grabación fue sólo de imágenes y no de sonido. Véanse también STSJ Galicia de 22 diciembre 2005 (AS 2005, 778); STSJ Castilla-La Mancha de 28 febrero 2005 (JUR 2005, 201257).

⁷⁶ La Agencia Española de Protección de Datos Personales evacuó una consulta sobre la instalación de cámaras para el control de la actividad de los trabajadores, manteniendo que las imágenes captadas "sólo podrán ser consideradas datos de carácter personal en caso de que las mismas permitan la identificación de las personas que aparecen en dichas imágenes (...). En supuestos en que las imágenes se tomaran del lugar de trabajo sí se produciría dicha identificación, dado que siempre aparecerían en las mismas los trabajadores de la empresa en su lugar de actividad (lo que les hace perfectamente identificables)" (*Informe 2001-0000: Videovigilancia en el lugar de trabajo – Año 2001*).

⁷⁷ Instrucción 1/2006, de 8 de noviembre, de la Agencia Española de Protección de Datos, sobre el tratamiento de datos personales con fines de vigilancia a través de sistemas de cámaras o videocámaras (BOE de 12 de diciembre de 2006).

⁷⁸ El art. 81 del Estatuto de los Trabajadores reconoce a los delegados de personal o al comité de empresa el derecho a disponer de uno o varios tablones de anuncios en el centro de trabajo, puesto a su disposición por el empresario. Por lo que se refiere a la representación sindical, la Ley Orgánica de Libertad Sindical establece que los trabajadores afiliados a un sindicato podrán recibir la información que les remita su sindicato (art. 8.1.c), y que las secciones sindicales de los sindicatos más representativos y de los que tengan representación en los órganos unitarios, tendrán a su disposición

por las empresas⁷⁹, que sin embargo se utilizan para un fin distinto de la prestación de servicios, cual es facilitar la comunicación entre representantes y trabajadores. Las dudas se plantean respecto de los medios tecnológicos de comunicación propiedad de la empresa, porque ni el art. 81 del Estatuto de los Trabajadores ni el art. 8 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical se refieren a ellos sino sólo a los tablones. Pero es una regla básica de la hermenéutica jurídica que las normas no se dictan ni se aplican en condiciones de abstracción, sino en contextos históricos, sociales, políticos y culturales determinados, que condicionan su sentido. Por eso hay que tener en cuenta que cuando el legislador decidió que en los mencionados preceptos se aludiese a locales y tablones, muy probablemente no llegó a adivinar las implicaciones del progreso tecnológico sobre el ámbito laboral, y si lo hubiera podido saber seguramente habría contemplado también la comunicación informática, como medio mucho más eficaz y expeditivo. Incluso podríamos augurar que dentro de un tiempo más o menos prolongado los tablones dejarán de tener sentido en muchos ámbitos, siendo suplidos por cauces informáticos, más acordes con los nuevos tiempos.

Con base en esta interpretación contextual de la Ley, es lógico que se efectúe una lectura amplia de la misma y se considere que las funciones del tablón bien pueden cumplirse a través del correo electrónico y otro tipo de redes informáticas⁸⁰, y el hecho de que sean de propiedad del empresario no variaría en nada esta conclusión, puesto que los tablones también lo son y ello no ha impedido al legislador obligar a aquél a ponerlos a disposición de los representantes. También las salas de reuniones y el papel que muchas veces se utilizan para los comunicados pertenecen al empresario⁸¹. En este sentido es clara la Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 25 de Madrid, de 13 octubre 2000 (AS 2000, 3180), en la que se afirma que “la evolución tecnológica permite el empleo de medios más sofisticados, rápidos, útiles y directos, que el tradicional ‘tablón’ o la no menos habitual ‘hoja informativa’ expuesta en el mismo y/o entregada en mano, de tal manera que en aras a satisfacer ese derecho, no pueden existir impedimentos legales

un tablón de anuncios en el centro de trabajo, para facilitar la difusión de aquellos avisos que puedan interesar a los afiliados al sindicato y a los trabajadores en general (art. 8.2.a).

⁷⁹ Aunque así no se diga expresamente, tal como confirma la SJS Madrid n° 25, 13 octubre 2000 (AS 2000, 3180).

⁸⁰ Comparte esta opinión GARCÍA VIÑA, Jordi. “Relaciones laborales e Internet”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social-CEF*, núm. 223, 2001, pp. 50 y 51. No obstante, advierte que si se realiza una lectura restrictiva de las normas citadas, el derecho a recibir información que remite el sindicato sólo lo tienen los afiliados, ya que el resto de trabajadores tienen exclusivamente derecho al tablón de anuncios y a la información sindical fuera de las horas de trabajo y sin afectar al normal desarrollo de la actividad de la empresa. Por tanto, en el caso que se quisiera utilizar el correo electrónico para realizar estos actos de comunicación con los trabajadores será a cargo de los propios sindicatos. Por estas razones se puede afirmar que no existe obligación legal por parte del empresario de ceder estos sistemas informáticos y que los sindicatos sólo pueden llevar a cabo su labor de información respecto a materias sindicales, no por ejemplo, políticas. Véase también LUJÁN ALCARAZ, José. “Uso y control en la empresa de los medios informáticos de comunicación”, *Aranzadi Social*, núm. 3, 2001, pp. 19 y 20.

⁸¹ Por eso resulta intrascendente a estos efectos el que se mantenga que la disposición de un tablón de anuncios no forma parte del contenido esencial de la libertad sindical sino de su contenido adicional, bien porque se trata de un derecho incorporado por la ley, bien porque implica la imposición de cargas para el empresario (STC 173/1992, de 29 octubre [RTC 1992, 173]).

para utilizar otros medios que busquen esa misma finalidad y con las características ya expuestas [costeados por el empresario], aunque, lógicamente, su empleo deba adaptarse a sus particularidades y condiciones, en este caso el correo electrónico⁸².

A pesar de la claridad de este razonamiento, la falta de regulación expresa y específica ha seguido suscitando dudas: ¿Puede la empresa limitar o restringir el uso de los medios tecnológicos de la empresa por los sindicatos? ¿Constituye tal restricción una vulneración de la libertad sindical? Estas cuestiones no resueltas propiciaron el conocido litigio que tuvo lugar entre el sindicato Comisiones Obreras y el Grupo BBVA⁸³, basado en los siguientes hechos: el Grupo BBVA implanta un sistema de conexión electrónica, vía terminal, que extiende progresivamente a todos sus empleados, a los que (durante años) va animando a sustituir comunicaciones en papel o por teléfono por las de e-mail, sea con otros empleados o con clientes. En el marco de esa política de empresa tendente a potenciar el uso del correo electrónico “tanto interna como externamente” para eliminar burocracia, la sección sindical de Comisiones Obreras venía enviando mensajes de correo electrónico con información sindical a los trabajadores del Banco. Los envíos se realizaban desde el servidor externo del sindicato y a través del servidor interno de la empresa, sin que ésta se opusiera. En un determinado momento, el caudal de mensajes comenzó a ser de tal magnitud que colapsó el servidor del Banco y éste decidió establecer un filtro para rechazar aquellos correos que vinieran remitidos desde el servidor sindical.

Siempre al hilo del mencionado caso, a la pregunta de si los representantes sindicales tienen derecho a valerse de los instrumentos informáticos propiedad de la empresa para hacer efectiva la comunicación con los trabajadores, y si caben restricciones o límites a dicha utilización sin que ello suponga una vulneración de la libertad sindical, contestó en su día la Audiencia Nacional⁸⁴ con un criterio desautorizado al poco tiempo por el Tribunal Supremo⁸⁵, en pronunciamiento dictado en recurso de casación común pero con un grado de acatamiento por parte de los tribunales inferiores propio de doctrina unificada. Finalmente, el Tribunal Constitucional dijo lo que a día de hoy es la última

⁸² De ahí que haya de rechazarse, siempre según la SJS Madrid núm. 25, 13 octubre 2000 (AS 2000, 3180) “que la utilización sindical del correo electrónico deba configurarse como responsabilidad privativa del que nominativamente lo insta”. Dichas particularidades son, según esta sentencia, las siguientes: a) deben tener acceso al correo electrónico los mismos que normalmente ejercitan tal derecho en los tabloneros de anuncios.; b) ha de respetarse la libertad de expresión, si bien con las modulaciones propias de su ejercicio en el ámbito laboral; c) la información no debe desbordar el marco empresarial, yendo dirigida a informar exclusivamente a los trabajadores de la empresa; d) las comunicaciones deben salvaguardar el sigilo profesional que establece el art. 65.2 ET; e) la utilización del correo electrónico no debe impedir la actividad empresarial, aunque han de evitarse interpretaciones abusivas sobre tal subordinación y que en la práctica impidan su ejercicio.

⁸³ Sobre el mismo y las diversas respuestas judiciales hasta llegar a la sentencia dictada por el Tribunal Constitucional, véase SEMPERE NAVARRO, Antonio Vicente y SAN MARTÍN MAZZUCCONI, Carolina. “El uso sindical del correo electrónico a la luz de la STC 281/2005, de 7 noviembre”, *Aranzadi Social*, núm. 17, 2005 (Base de datos westlaw: BIB 2005\2568).

⁸⁴ SAN de 6 de febrero 2001 (AS 2001, 84).

⁸⁵ STS 26 noviembre 2001 (RJ 2002, 3270).

palabra sobre el tema⁸⁶: la empresa no tiene obligación de garantizar y disponer para uso sindical de correo electrónico, pero sí de facilitar su utilización sindical si ya existe y está funcionando.

Aunque sobre bases más sólidas, en buena medida la Sentencia del Tribunal Constitucional devuelve las cosas al estado en que las había dejado la Audiencia Nacional (que admitía el derecho de los órganos de representación a utilizar el correo electrónico corporativo para transmitir información de interés sindical a los trabajadores, pero siempre que tal uso fuera medido, racional, y no constituyera un abuso, por excesivo⁸⁷), desplegando a tal fin diversos razonamientos atinentes al contenido de la libertad sindical:

1. El uso sindical del correo electrónico corporativo como posible contenido de la libertad sindical: el derecho a la información y comunicación entre representantes sindicales y representados se sitúa dentro del contenido esencial de la libertad sindical (art. 28.1 de la Constitución), en su vertiente de acción sindical. Y para la promoción y efectividad del derecho, la Ley Orgánica de Libertad Sindical contempla obligaciones de terceros, que en la medida en que se establecen por el legislador, constituyen contenido adicional de la libertad sindical. En concreto, impone al empresario la carga de facilitar, en determinados casos, ciertos medios materiales: locales y tablones (art. 8.2 LOLS).

2. El contenido adicional se respeta aunque no se disponga de vías de comunicación informática: como parte de ese contenido adicional de la libertad sindical, la empresa sólo tiene obligación de poner a disposición de los representantes locales y tablones, quedando con ello garantizada la comunicación e información sindical. Porque “el ejercicio eficaz del derecho continúa siendo reconocible aunque los sindicatos no tengan acceso a todos y cada uno de los medios de transmisión que pueden favorecer el flujo de la información que remitan sus afiliados”. En definitiva, “no cabe entender, consecuentemente, que exista una obligación legal de facilitar la transmisión de información sindical a los trabajadores, afiliados o no, a través de un sistema de correo electrónico con cargo al empleador. Las empresas, dicho en otras palabras, no están obligadas a dotarse de esa infraestructura informática para uso sindical”.

⁸⁶ STC 281/2005, de 7 noviembre (RTC 2005, 281). Se aplica este criterio en la posterior STSJ Castilla y León, Burgos, de 23 marzo 2006 (AS 2006, 1488). Ya el Tribunal Supremo había dictado un pronunciamiento relacionado con el uso sindical de los medios informáticos de la empresa, considerando vulnerador de la igualdad entre sindicatos el que la empresa restringiera la utilización de aquellas herramientas sólo a los más representativos [STS de 25 abril 2005 (RJ 2005, 6285)].

⁸⁷ LUJÁN ALCARAZ, José. 2001, p. 19, plantea que de lo que se está hablando es de un uso del correo electrónico ajeno a la prestación de servicios, y la Audiencia Nacional lo está permitiendo siempre que no sea excesivo. Según este autor, el pronunciamiento “introduce así un importante elemento de valoración del uso no específicamente laboral de los medios informáticos de comunicación que si se revela útil en el caso analizado, puede serlo mucho más cuando se trata de resolver sobre la utilización de dichos medios para fines particulares del trabajador”.

3. El contenido esencial exige no obstaculizar injustificadamente el acceso a la comunicación informática: con independencia de que mediante la puesta a disposición de locales y tableros la empresa pueda estar cumpliendo debidamente con el contenido adicional del derecho fundamental, hay que tener en cuenta que los actos meramente negativos cuya finalidad sea entorpecer la efectividad de la libertad sindical, atentan directamente contra su contenido esencial. Por tanto, “el empresario tiene en todo caso una obligación de no obstaculizar injustificada o arbitrariamente el ejercicio de dicho derecho”, lo que, trasladado al supuesto, supone que si en la empresa está implantado un sistema de comunicación informático (cuyo uso sin duda contribuirá a dotar de mayor eficacia el ejercicio del derecho a la comunicación e información sindical), su negativa arbitraria a la utilización por los representantes vulnera la libertad sindical.

Ahora bien, estará justificada la negativa empresarial en aquellos casos en los que exista un abuso en la utilización del correo por los representantes colectivos. El Tribunal Constitucional vuelve así, sin mencionarlo expresamente, al criterio de la moderación que tanto había censurado el Tribunal Supremo; puede pensarse que para superar las críticas de vaguedad que se habían realizado a la sentencia de la Audiencia Nacional, la STC 281/2005 procura precisar un poco más el alcance de tal concepto (necesariamente indeterminado) a través de unos límites o reglas de uso, cuyo cumplimiento “deberá examinarse en cada caso”:

1º) El uso sindical del correo lo es sólo para transmitir información de naturaleza sindical y laboral. Aquí se plantea el problema de la fiscalización del contenido de los mensajes, en el que el Tribunal no entra. En ningún caso se puede traducir en una potestad censora sobre la información distribuida entre los afiliados o entre los trabajadores en general, tanto si se lleva a cabo a través de tableros de anuncios como por medio de correo electrónico, ni tampoco puede consistir en un control sobre el contenido de la información, más allá de la mera verificación de que ostenta naturaleza sindical y laboral⁸⁸.

2º) La comunicación no debe perturbar la actividad normal de la empresa. Sin perjuicio del examen de cada caso, con carácter general no constituye perturbación la recepción de mensajes en horario de trabajo puesto que pueden leerse en las pausas o al finalizar la jornada.

3º) La utilización del sistema de comunicación informática no debe ocasionar gravámenes adicionales para la empresa, significativamente mayores costes. De manera indirecta se vuelve a incidir en la idea de que se trata de aprovechar lo que la empresa ya tiene, no de crear nuevos instrumentos (aumento de capaci-

⁸⁸ Ahora bien, es evidente que en la mayoría de las ocasiones dicha verificación exigirá la efectiva comprobación del contenido material de los mensajes, descubriéndose el secreto de las comunicaciones. De lo que se trata es de no ir más allá, accediendo a datos propios de la intimidad personal de los interlocutores, que exceden de aquellos que inevitablemente son conocidos al analizar la naturaleza de la información transmitida.

dades, cambios de programas informáticos, etc.) al servicio de las necesidades o conveniencias sindicales.

4º) El uso sindical de la herramienta informática no debe entorpecer el uso específico empresarial para el que fue puesta en funcionamiento, prevaleciendo éste en caso de conflicto. De aquí se deriva una consecuencia, expresamente considerada por el Tribunal Constitucional, que posee singular relevancia como criterio a tener en cuenta en la materia: para garantizar la armonización del uso productivo y del uso sindical del correo electrónico, la empresa puede prede-terminar las condiciones de utilización para fines sindicales, siempre que no la excluya de modo absoluto⁸⁹.

En definitiva, si se observa bien, el Tribunal Constitucional ha renunciado a realizar una interpretación moderna y actualizada del derecho a contar con un tablón de anuncios o con un local, para extenderlo a un tablón virtual o al correo electrónico, y se ha centrado en el más amplio derecho de comunicación e información sindical. Es éste el que debe releerse y ejercitarse conforme a los avances tecnológicos. Y no se trata de reconocer un derecho ilimitado a informar por correo, igual que por tablones, sino un derecho limitado a informar por una de las vías más eficientes a tal efecto, siempre que la empresa disponga de la misma y sin que ello le suponga un gravamen adicional.

Seguramente esta opción del Tribunal, dejando de lado los argumentos que tanto se han manejado por la doctrina científica y judicial respecto de la asimilación del tablón físico al virtual, se deba a la técnica legislativa adoptada en relación con las modalidades de ejercicio de los derechos de información y comunicación en la empresa, que son particularmente precisas y que requerirían una interpretación evolutiva que el Tribunal Supremo no parece dispuesto a encarar⁹⁰.

En cualquier caso, el criterio sentado por el Tribunal Constitucional es muy importante, y no se observan especiales dificultades para proyectarlo más allá del estricto caso examinado. Eso significa que lo que aquí se mantiene respecto del uso del correo por los sindicatos, podría extenderse, en principio, al uso por los representantes unitarios, y no sólo del correo sino, en general, de las herramientas de trabajo propiedad de la empresa que sirven para ejercitar la libertad sindical.

III. CONCLUSIONES

Después de muchos años de reclamar la intervención del legislador para dar solución a los múltiples problemas relativos al uso y control de las nuevas tecnologías en el ámbito laboral, es necesario asumir que la Ley poco podría ayudar en una materia como ésta. La constante evolución tecnológica, de ritmo cada vez más vertiginoso,

⁸⁹ Por tanto, las restricciones al uso sindical no resultan contrarias a la libertad sindical, por ejemplo estableciendo horarios para la comunicación en momentos en que el servidor esté más descargado, o limitando el “peso” de los mensajes, etc.

⁹⁰ RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, Miguel Carlos y LÁZARO SÁNCHEZ, José Luis. “Hacia un tratamiento integrado de la comunicación electrónica no profesional”, *Relaciones Laborales y Nuevas Tecnologías* (S. DEL REY, coord.), *La Ley*, 2005.

desaconseja soluciones petrificadas en preceptos normativos, ya que en un breve lapso quedarían obsoletas y resultarían, en gran medida, inservibles.

Pero esta afirmación podría presentar una excepción, relativa a la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el alcance de los derechos fundamentales en el ámbito laboral y la proporcionalidad de sus restricciones en virtud de los poderes empresariales. Se trata de un marco interpretativo ya consolidado, cuya sólida construcción ha resistido inmutable el paso del tiempo y sigue siendo tan útil como el primer día. Quizá es hora de que el legislador la haga suya, confiriéndole naturaleza normativa.

Más allá de estas premisas básicas, el terreno sigue siendo de los Tribunales, con la carga de inseguridad jurídica que ello comporta. La importante sentencia del Tribunal Supremo de 2007 sobre registro de computadoras ha supuesto un punto de inflexión en esta materia, pero no resuelve todos los problemas existentes y está destinada, también, a quedar superada por la evolución tecnológica. La llamada del Tribunal Supremo a la regulación de protocolos de uso y control por las empresas empieza a dar sus frutos, y comienzan a aparecer códigos de conducta, acordados o fijados unilateralmente.

Quien debería asumir el protagonismo en esta materia es la negociación colectiva, lo que aportaría cierta estabilidad modulada por la necesaria dosis de dinamismo. Sin embargo, aunque el número de convenios colectivos que contienen cláusulas sobre este tema va incrementándose, lo hace ciertamente a un ritmo muy lento y con tratamientos casi siempre incompletos.

Mientras tanto, haciendo un repaso de las pautas judiciales sobre el uso y control de medios tecnológicos en la empresa, pueden extraerse tres ideas fundamentales:

- Las empresas harán bien en fijar protocolos de uso y control, ya que es la única manera de dejar clara la voluntad de no tolerar utilizaciones personales y de neutralizar posibles expectativas de intimidad. Por si quedaba alguna duda en este sentido, el Tribunal Supremo lo afirma ya claramente.
- Debe respetarse el principio de injerencia mínima, cumpliendo siempre el test de proporcionalidad exigido por el Tribunal Constitucional a la hora de regular y poner en práctica los protocolos de control. Por ello, aunque el Tribunal Supremo considera innecesario -por excesivo- aplicar a los registros de computadoras los requisitos previstos en el art. 18 del Estatuto de los Trabajadores para los registros de taquillas y efectos personales de los trabajadores, no está de más que las empresas se ciñan a dicho precepto, ya que el cumplimiento de sus exigencias será una garantía más de respeto a los derechos fundamentales.
- Conviene establecer medidas preventivas en vez de reactivas. Es ésta una pauta que gana fuerza en los grupos de trabajo comunitarios dedicados a

estos temas⁹¹, y que cuenta con una firme defensa entre nuestra doctrina laboralista⁹². Evidentemente, las empresas no están obligadas a establecer filtros y sistemas que restrinjan, desde el inicio, conductas infractoras, pero han de tener presente que ello les resultaría, sin duda, más rentable económicamente que montar mecanismos de control *a posteriori*.

⁹¹ En el Documento de Trabajo del Grupo de Trabajo “Artículo 29” relativo a *La vigilancia y el control de las comunicaciones electrónicas en el lugar de trabajo*, de 29 mayo 2002, se expresa que “la prevención debería prevalecer sobre la detección; es decir, que es mejor para el empleador prevenir la utilización abusiva de Internet que detectarla”.

⁹² CARDENAL CARRO, Miguel. “Desdramatizando el uso de internet en el trabajo”, *Aranzadi Social*, núm. 15, 2001, p. 36. Este autor afirma que a toda empresa que facilite acceso a internet a sus trabajadores ha de exigírsele que también asuma el escaso coste de preparar sus equipos informáticos para impedir una utilización indeseada.