

ÍNDICE.

1) INTRODUCCIÓN.....	2
2) PODER DE DIRECCIÓN Y CONTROL DEL EMPRESARIO.....	3
3) DERECHOS Y DEBERES DEL TRABAJADOR.....	5
4) SINDICATOS: DERECHO DE COMUNICACIÓN E INFORMACIÓN.....	8
5) IMPACTO Y APLICACIÓN A LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS.....	10
5.1) <i>EMPRESARIOS –TRABAJADORES.....</i>	<i>10</i>
A) PODER DE DIRECCIÓN DEL EMPRESARIO VS. DERECHO A LA INTIMIDAD.....	10
B) MEDIOS Y TÉCNICAS DE CONTROL.....	20
C) ALGUNOS SUPUESTOS CONCRETOS.....	27
Código de Conducta Telemático Para los Empleados de “La Caixa”.....	28
Propuesta del Acuerdo Laboral de Fusión, el caso de El Monte.....	30
Convenio Colectivo 2003-2005 de Telefónica de España.....	31
5.2) <i>SINDICATOS - EMPRESARIO.....</i>	<i>32</i>
6) DERECHO COMPARADO.....	48
7) CONCLUSIONES.....	50
BIBLIOGRAFÍA.....	52

1) INTRODUCCIÓN

La utilización de medios informáticos en la empresa es ya una realidad inevitable, pero, ¿cómo ha de hacerse? ¿Qué medidas se pueden o deben tomar? No todo son ventajas, ni todo inconvenientes.

A lo largo de los últimos años, las exigencias competitivas a las que se enfrentan las empresas han generado la necesidad de implantar sistemas y medios de trabajo que redunden en la mejora de su eficiencia. Obviamente, buena parte de este proceso modernizador, pasa necesariamente por el empleo generalizado de todos aquellos medios y avances tecnológicos a los que se va teniendo acceso.

Fruto de este proceso, en los últimos quince años se ha venido extendiendo en el ámbito empresarial la utilización de medios informáticos que, sin duda, ofrecen indudables ventajas, fundamentalmente en lo relacionado con el acceso a todo tipo de información y a la celeridad en la gestión.

No obstante, resulta también insoslayable el hecho de que, junto con la citada multiplicidad de ventajas, la implantación de estos medios (más concretamente, el acceso a Internet y el empleo de correo electrónico) ha traído asimismo consigo para la empresa, la necesidad de prevenirse frente a la utilización indebida de los mismos.

La comunicación electrónica se ha convertido sin duda alguna en el método preferido y predominante de comunicación de las empresas en el mundo entero. Como ya hemos comentado anteriormente, la capacidad para la transmisión instantánea y la extensa difusión del correo electrónico, han convertido al mismo en una herramienta esencial para aumentar la productividad y eficacia en el lugar de trabajo, dada la posibilidad de comunicarse en forma inmediata, interna o externamente, enviando documentos o mensajes sin necesidad de movilizarse del lugar de trabajo, como asimismo la posibilidad que brinda de intercambiar información en forma fluida entre las distintas sedes de una misma empresa o entre los clientes y empleados.

Los procesos tecnológicos crean nuevas realidades sociales que generan a su vez nuevos conflictos jurídicos. En tal sentido, no podemos desconocer que el uso del correo electrónico en el lugar de trabajo ha suscitado una serie de dificultades inesperadas para las empresas que proveen a sus empleados de esta herramienta de trabajo.

El conflicto a que nos referimos estaría dado entre los derechos de los empleadores a vigilar las actividades de los trabajadores, realizadas a través del correo electrónico, y el derecho de estos últimos a la privacidad en sus comunicaciones.

Las mayores dificultades se presentan por el uso incorrecto o el abuso de esta herramienta, que traerían como consecuencia, entre otras, la responsabilidad de la empresa por los actos realizados por un empleado; la posibilidad de importación de virus informáticos al sistema interno, poniendo en riesgo los sistemas informáticos de la empresa; o la salida, voluntaria o involuntariamente, de información confidencial; así como la disminución de la productividad. Es curioso, atendiendo a este último punto,

comprobar como el empleo excesivo de estos medios para fines ajenos a los propiamente laborales, pueden generar fenómenos que podríamos calificar como de "absentismo", sin necesidad de moverse del puesto de trabajo.

La mayoría de las grandes compañías en el mundo, han tomado enérgicas medidas contra el uso incorrecto del correo electrónico. Los despidos por el abuso o mal uso del correo electrónico se han incrementado en los últimos años. Según el estudio de Domecs.es, el 74% de los trabajadores en la empresa usa el e-mail para asuntos privados, el 53% dedican al menos 30 minutos a gestionar mensajes particulares, un 77% utiliza el correo a cualquier hora del día, un 10,2% cuando nadie le rodea, y un 7,3% en el descanso. La media de mensajes que recibe un empleado a la semana es de doce, envía una media de ocho y el 56% son de amigos.

Asimismo, las empresas han incorporado programas automatizados de vigilancia, software que les permite vigilar la totalidad de la actividad realizada a través de los ordenadores, incluidos el uso del correo electrónico.

El uso de estos programas, también ha generado una discusión acerca de la legitimidad de tales prácticas. Las empresas mantienen sus razones para vigilar su sistema informático y los empleados demandan la protección de la intimidad de sus comunicaciones electrónicas.

Todas estas cuestiones, en base a nuestros tres grandes pilares de estudio (Empresarios, Empleados y Representantes de los trabajadores), y algunas más que irán surgiendo, son las que iremos desarrollando a lo largo de este estudio.

2) PODER DE DIRECCIÓN Y CONTROL DEL EMPRESARIO

La relación de trabajo se configura como una relación jurídica sinalagmática, es decir, que cada una de las partes es al mismo tiempo deudora y acreedora.

El empresario es deudor de la remuneración que corresponde al trabajador y, a su vez, acreedor del trabajo del mismo. Tiene derecho a que el trabajador preste el servicio o realice la obra pactados en las condiciones legalmente previstas de diligencia, buena fe y obediencia.

La satisfacción del genérico derecho de crédito del empresario exige que éste por imperativo de la naturaleza de la relación laboral, ostente un haz de poderes destinados a la organización general de la empresa y a la ordenación de las prestaciones laborales (poder de dirección), y a la represión de las conductas laboralmente ilícitas del personal de la empresa (poder disciplinario).

La atribución de dichos poderes es una consecuencia inmediata de la celebración del contrato y un efecto mediato de la voluntad de la ley, que ha querido poner en manos del empresario, y no en otras, la organización y disciplina del trabajo en la empresa. El fundamento último de dicha atribución de poderes es la exigencia de organización del trabajo en la empresa.

El fundamento jurídico del poder de dirección encuentra su fundamento en el artículo 38 de la Constitución Española, el derecho a la libertad de empresa, y su

expresión básica en el Estatuto de los Trabajadores se encuentra en el art. 1.1 que configura el trabajo como “por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección del empresario”, en el art. 5c) en el que dispone que es deber básico del trabajador “cumplir las órdenes e instrucciones del empresario en el ejercicio regular de sus facultades directivas”, y en el art. 20.1 en donde se dice que “el trabajador estará obligado a realizar el trabajo convenido bajo la dirección del empresario o persona en que este delegue”.

Como se puede apreciar, el contenido de los poderes del empresario es amplio y variado, ya que comprende tanto funciones ordenadoras (dictar “órdenes e instrucciones”) como funciones de control y vigilancia y funciones de decisión sobre la organización de la empresa; específicamente, el art. 20.2 ET atribuye al poder directivo la misión de determinar el nivel de diligencia debida por el trabajador.

En cuanto al ejercicio del poder de dirección, el art. 20.3 ET autoriza al empresario a adoptar “las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control”, para comprobar el cumplimiento por sus trabajadores de sus obligaciones. Expresión de dicha potestad fiscalizadora patronal es el art. 18 ET que permite al empresario ordenar registros sobre la persona, taquilla y efectos particulares del trabajador, “cuando sea necesario para la protección del patrimonio empresarial y del de los demás trabajadores de la empresa”.

El poder de dirección del empresario encuentra un límite; toda medida de control respetará la dignidad y la intimidad de los trabajadores. Para garantizar este límite, se procurará la presencia de un representante de los trabajadores o en su defecto, de otro trabajador de la empresa, en toda medida de registro. Por lo tanto, el poder de dirección del empresario no es un poder absoluto o ilimitado que se puede ejercer en cualquier momento o circunstancia. Por un lado, deberá respetar los llamados límites externos, es decir, los derechos de los trabajadores reconocidos en la Constitución, leyes, convenios y contrato, siendo nulas las órdenes del empresario que contraríen dichos derechos. Por otro lado, el poder de dirección debe también respetar límites internos, en cuanto a que debe ser ejercido en forma regular, es decir, la orden dictada por quien no está legitimado para hacerlo, la orden abusiva o la que impone conductas antijurídicas, nocivas o técnicamente incorrectas podrán ser incumplidas por el trabajador, ya que no está dentro del deber de obediencia del mismo.

La configuración de la empresa como una estructura organizada con múltiples relaciones y niveles jerárquicos y la insuficiencia de los mecanismos civiles de la resolución por incumplimiento y de la indemnización de daños, hace necesario la recepción de un sistema sancionador en la relación laboral, es decir, ante un incumplimiento la empresa no tiene por qué adoptar necesariamente la drástica medida de la extinción laboral o solicitar al trabajador la indemnización de los daños causados. La recepción de un sistema disciplinario permite la graduación de faltas y de las correspondientes sanciones empresariales que permitan, por un lado, ejercer un efecto punitivo mientras que la responsabilidad resarcitoria permite indemnizar.

Al poder disciplinario del empresario no se puede renunciar de forma definitiva e irrevocable, pero sí que se permite la renuncia ocasional al ejercicio de tal poder, operando como una condonación de la falta del trabajador.

Generalmente, existen unas tablas de faltas y sanciones laborales que suelen ser muy pormenorizadas, distinguiéndose las faltas leves, las graves y las muy graves a las que corresponden sanciones que van desde la simple amonestación verbal al despido. El

Estatuto de los Trabajadores prohíbe directamente dos modalidades de sanción: la reducción del derecho al descanso y el descuento en la retribución.

En todo caso, las sanciones impuestas por la dirección de la empresa, cualquiera que fuese su grado, pueden ser impugnadas ante los Juzgados de lo Social

3) DERECHOS Y DEBERES DEL TRABAJADOR

Las nuevas tecnologías plantean un conflicto difícil de resolver por cuanto colisionan el ejercicio de derechos fundamentales por parte de los trabajadores, y el derecho del empresario a controlar y vigilar a sus trabajadores, para verificar el cumplimiento de sus obligaciones y deberes laborales.

Los derechos de los trabajadores, en la materia que se trata, están salvaguardados a través de los artículos 4, 17, 18 y 19 del ET y del art. 18 de la CE, como continuación del derecho del ciudadano en la empresa.

El acceso del empresario a los nuevos medios de comunicación utilizados por los trabajadores, puede suponer una intromisión ilegítima en su ámbito privado, vulnerando sus derechos fundamentales, tales como, el *derecho a la intimidad y el derecho al secreto de las comunicaciones* que consagran los anteriormente citados artículos 18 de la CE y el ET, si no se respetan las garantías allí previstas.

Cuando entran en colisión los derechos fundamentales del trabajador y el poder de dirección del empresario, debe tenerse en cuenta *el principio de proporcionalidad*, siendo preciso que la medida que adopte el empresario sea susceptible de conseguir el objetivo propuesto- juicio de idoneidad-; necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia -juicio de necesidad-; y, finalmente, debe ser ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto -juicio de equidad-.

Los deberes laborales que debe cumplir todo trabajador vienen recogidos fundamentalmente en el art. 5 del ET. Según este artículo, en su apartado a), los empleados tienen el deber fundamental de cumplir con las concretas obligaciones propias de su puesto laboral, de acuerdo con *las normas de la buena fe* y con la diligencia debida, además de contribuir a la mejora de productividad como exige la letra e) del mismo precepto. Y es precisamente como consecuencia de esa buena fe y del deber de actuación responsable, diligente y productiva que ha de exigirse al trabajador una utilización correcta y adecuada de los medios informáticos de que disponga. La importancia del deber de buena fe se manifiesta en el artículo 54 de ET, que trata sobre el despido disciplinario.

En España no existe aún una ley que regule el uso de Internet y del e-mail en el trabajo, ni normas que acoten los límites del control que las empresas pueden hacer del e-mail de sus asalariados. No obstante, existen intentos de regulación de la materia, por ejemplo la iniciativa de Izquierda Unida a la que, posteriormente, haremos referencia con más detenimiento. Se trata pues, de una asignatura de los poderes públicos el adaptarse en todo los sentidos y en los diferentes ámbitos de las relaciones jurídicas, como es el laboral, al impacto que está suponiendo Internet como nuevo sistema de información entre los usuarios. De hecho el artículo 9.2 de la CE afirma:

“Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social”

Y como no existe una normativa específica que resuelva las posibles cuestiones generadas por el control, por parte del empresario, del uso dado por el trabajador al e-mail, y como las interpretaciones son contrapuestas, en cuanto a los límites de lo que puede ser una manifestación del poder de control y vigilancia del empresario y el derecho a la intimidad del trabajador, podríamos preguntarnos, ¿hemos de aplicar la analogía? o ¿crear un nuevo tipo de derecho? o ¿trasladar las normas del mundo real al mundo virtual que ha supuesto la aparición de un medio de transmisión de información digital como es Internet? Mientras se da todo esto, lo que se puede ir estudiando es cada supuesto particular. Reconocer si la conducta de supervisión y control del empresario es lícita o no; ver si cabe que el empresario de forma indiscriminada pueda acceder cuando y como quiera al contenido de los e-mail emitidos y recibidos por el trabajador. Porque puede suceder que colisionen bienes y derechos constitucionalmente protegidos.

La protección de la intimidad de la persona se califica desde la Constitución como un Derecho fundamental, apoyado en su dignidad y en los derechos inviolables que le son inherentes; y la intimidad, por ello, merece siempre protección y amparo ante la sociedad, sean quienes sean los sujetos en cuestión. Pero, tratándose de proteger la Intimidad, también hay que tratar de buscar un equilibrio entre este principio y otros cuando entran en conflicto, sopesándose con relación a un determinado caso cuál de ellos tiene más peso y en qué medida debe prevalecer. Partiendo del hecho de que aun cuando un principio se imponga a otro, no significa que éste desaparezca del ordenamiento jurídico, ni que el que haya prevalecido en un caso prevalezca sobre el otro siempre. Porque aunque en un ordenamiento jurídico no pueden existir normas contradictorias, sí pueden existir principios potencialmente contradictorios

De lo que se trata es de conjugar un conveniente uso de las herramientas informáticas que facilita la empresa, con el derecho a la intimidad en el ámbito de las comunicaciones. Porque el uso de Internet para enviar mensajes conlleva muchas ventajas que no tiene el correo tradicional, como rapidez, economía y fiabilidad. Además, el correo electrónico permite el trabajo en grupo y enviar mensajes y ficheros a otras personas que tengan asimismo una dirección. Del mismo modo, la competencia del empresario para limitar el uso del correo electrónico para usos distintos del trabajo – los fines extra productivos – y la consiguiente capacidad de control, no es absoluta y es que los Derechos constitucionales se han de ponderar entre sí.

El control del empresario es necesario y tienen motivos para hacerlo, pero con la finalidad de minimizar problemas de seguridad en general; evitarse responsabilidades legales; *controlar* la información valiosa de la empresa y el uso que hacen los trabajadores de su tiempo de trabajo; proteger su ancho de banda y reducir pérdidas de productividad, etc., y no con el propósito de indagar en los aspectos propios de la vida íntima del trabajador, ya que cualquier control sobre la misma es presuntamente ilícito. Y es que uno de los límites que tiene el empresario es la dignidad del trabajador. El art. 10.1 de la CE enuncia que: “La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le

son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social”. Y otros límites, conexos con el anterior e igualmente constitucionales, son el derecho a la intimidad (18.1 CE), el derecho fundamental a la libre comunicación entre las personas, y el derecho fundamental de secreto de las comunicaciones (18.3 CE).

Hay que partir de que en principio, no siempre la intensidad y exhaustividad del control es aceptable constitucionalmente, porque el control puede ser innecesario, desproporcionado e ineficiente, amén de que puede llegarse a conculcar los derechos de las personas, porque en ocasiones parece presuponerse que sobre el trabajador no cabe confianza alguna, lo cual atenta contra la dignidad protegida por la Constitución. De esta suerte, la Sentencia 120 /1990 del TC, declara que la dignidad debe permanecer inalterada “cualquiera que sea la situación en la que la persona se encuentre...”.

Por otro lado, la Sentencia del TC de 28 de Febrero de 1994 (57) explica que: “...El derecho a la intimidad personal consagrado en el art. 18.1 de la CE aparece configurado como un derecho fundamental, estrictamente vinculado a la propia personalidad y que deriva, sin duda, de la dignidad de la persona humana que el art. 10.1 reconoce...”. Y del derecho a la intimidad, el Tribunal Constitucional español en el fundamento jurídico 3º de la sentencia 110/1984 manifestó que “su idea originaria, que es el respeto a la vida privada, aparece ya en algunas de las libertades tradicionales. La inviolabilidad de domicilio y de la correspondencia, que son algunas de esas libertades tradicionales, tienen como finalidad principal el respeto a un ámbito de vida privada, personal y familiar, que debe quedar excluido del conocimiento ajeno y de las intromisiones de los demás, salvo autorización del interesado. Lo ocurrido es que el avance de la tecnología actual y del desarrollo de los medios de comunicación de masas ha obligado a extender esa protección más allá del aseguramiento del domicilio como espacio físico en que normalmente se desenvuelve la intimidad y del respeto a la correspondencia que es o puede ser medio de conocimiento de aspectos de la vida privada. De aquí el reconocimiento global de un derecho a la intimidad o a la vida privada que abarque las intromisiones que por cualquier medio puedan realizarse en ese ámbito reservado de vida. No siempre es fácil, sin embargo, acotar con nitidez el contenido de la intimidad”.

El avance de las nuevas tecnologías abre nuevas posibilidades de comunicación que deben contar con las mismas garantías constitucionales, puesto que se utilizan y apoyan en los mismos derechos y para los mismos fines. Y la intimidad es un derecho constitucional del individuo, que en materia de comunicaciones ha venido ligada a los medios tradicionales: el correo postal, el certificado, apartados de correos, comunicaciones telefónicas, etcétera. Los avances tecnológicos han añadido nuevas herramientas para facilitar la labor a los trabajadores. El correo electrónico cada vez más está sustituyendo al teléfono y a las cartas, ¿no debería tener las mismas garantías y protección que el correo postal y las conversaciones telefónicas? El art. 18.3 CE dice: "Se garantiza el secreto de las comunicaciones y en especial de las postales, telegráficas y telefónicas salvo resolución judicial", de lo que se deduce que el secreto de la comunicación postal disfruta de una garantía especial y es un derecho limitado. ¿Y no podría entonces el correo electrónico poder disfrutar de este singular carácter? El correo electrónico es un Sistema de Comunicación Electrónica, que sin ser correo postal, procede de un molde similar, lo que hace es funcionar en una realidad diferente, la

virtual. Un medio, de hecho, cada vez más masificado y generalizado. Un medio que es nuevo. ¿Y qué nos impide entonces *definir al* medio de comunicación electrónico como un verdadero correo en versión actualizada?

4) SINDICATOS: DERECHO DE COMUNICACIÓN E INFORMACIÓN.

Los derechos de comunicación e información están dentro del contenido genérico, y a la vez esencial de la libertad sindical. Como así lo reconoce la Ley Orgánica del mismo nombre, este derecho no sólo corresponde a las organizaciones sindicales sino también a la representación unitaria de trabajadores que prevé, reconoce y legitima el Estatuto de los Trabajadores.

El alcance que estos derechos tienen en general es el siguiente: obligación por parte de la empresa de ceder, cuando las condiciones así lo permitan, un local y uno o varios tableros de anuncios, para que así haya lugar para el normal desenvolvimiento de los derechos sindicales susodichos; excluidas quedan las consideraciones generales referentes al derecho de reunión de los trabajadores pues no compete a este estudio.

Los artículos en concreto que recogen estos derechos se plasman en ,a los efectos preceptivos, el 81 del ET ; 8.1 y 8.2 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical y en el artículo 42.5 de la Ley 9/1987, referido este último al personal al servicio de la Administración pública. No obstante, existen muchos supuestos problemáticos que reclaman la intervención de la jurisprudencia, como también, por qué no, las deliberaciones de la doctrina no magistral ni judicial , para dar forma , interpretar y hasta reconducir el alcance de estos derechos.

Según Antonio Ojeda Avilés¹, las expresiones de los sindicatos, y cuando hablamos de sindicatos entiéndase también representación unitaria de los trabajadores, ya sean orales o escritas se harán con libertad, concepto que a los efectos que nos atañe no se interpretará de manera restrictiva, sino por el contrario, con igual amplitud que la libertad pública de opinión , mas con tres requisitos aditivos, a saber; el respeto a la producción, esto es, no se consiente distraer a los trabajadores innecesariamente influyendo en el normal desenvolvimiento de sus actividades y repercutiendo en suma en la producción o servicio que corresponda a cada caso; las publicaciones contendrán una sustancia social, hasta cierto punto, o/y laboral; y, finalmente, de ninguna de las maneras se concibe el uso masivo o no de informaciones de contenido deportivo, erótico, etc. Se induce de lo expuesto en este controvertido punto, que no es descabellado ni abusivo un comunicado de contenido social lícito, como es la posición de un partido ante un proyecto de ley laboral.

Por último, atendemos al concepto, a nuestro entender más polémico, -la comunicación a la empresa-, según entiende el presente autor. Al mostrarse la ley muda en este aspecto concreto, se entenderá que la comunicación al empresario será anterior o posterior a la transmisión de información a los trabajadores, con el objeto de exigir, si procediera, a los representantes de los mismos, las responsabilidades penales, civiles o cualquier otras que correspondiese²

¹ Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Sevilla.

² STC 120/1983, de 15 de Diciembre.

En la práctica empresarial, la comunicación de la información que ha de realizar la representación al empleador se consagra a través de la negociación entre delegado o comité y empresario. Esta negociación no ha de tomar cuerpo necesariamente en un documento tan formal como es un convenio colectivo, de manera que la comunicación previa a la empresa puede implementarse en otro tipo de acuerdo “menor” e incluso informal, bajo el dominio del principio de buena fe. A pesar de lo dicho, entendemos que por seguridad jurídica es menos voluble la firma documental que un mero, aunque bien intencionado, acuerdo de palabra.

Nos basamos en tres razones fundamentales para defender la comunicación previa: de un lado, el deber genérico de buena fe, que obliga a empresario, a trabajadores, y por extensión a los representantes de los mismos, se manifiesta aquí en la entrega de la información, en tanto en cuanto, la representación legal excluye toda presunción o sospecha de uso sibilino o mal intencionado de su derecho sindical, pues de otra manera, se podría interpretar que la maniobra de ocultar información, hasta un momento posterior a su conocimiento por los trabajadores, tiene la intención de provocar un daño a la empresa ya fuera económico, moral o de prestigio. De otra parte, es de lógica, que un conocimiento a priori del contenido de la comunicación paliaría, o incluso anularía, la existencia de posibles responsabilidades de los trabajadores, aunque no fuera dolosa o culpable, y por ende, de contingentes menoscabos a la organización, pues el empresario tendría la potestad de detener la probable merma. Finalmente, la propia representación de los trabajadores no ha de poner muchas trabas a la previa comunicación, pues los mismos, si quisieran mantener una comunicación con los trabajadores al margen del empresario, tendrían otros cauces menos “sospechosos” y más efectivos, como son, por ejemplo, una comunicación domiciliaria o el ejercicio del derecho de reunión.

Nos centramos, en este momento, en la obligación del empresario de proveer a los representantes de los trabajadores de medios para desarrollar su labor de representación. Como ya se señaló, el legislador compele al empresario a suministrar el uso de un local adecuado, así como todo lo que surja de la negociación colectiva. No se hace mención alguna a otros medios materiales, a excepción del tablón de anuncios. No obstante, parece que es de sentido común, obtener del empresario el material e incluso personal de oficina cuando se encuentren disponibles, sobre la base de deber de cooperación del empresario; eso sí, los medios se utilizarán siempre sin perturbar el normal desenvolvimiento del devenir laboral.

Hasta aquí la opinión del citado autor, a salvo la reflexión arriba reproducida. La jurisprudencia resuelve diciendo que el local tendrá un espacio suficiente y un mínimo de medios y enseres para desarrollar la función prevista, Sentencia del Tribunal Constitucional de 15-3-1984. De la misma manera, la transmisión de información a los trabajadores es un aspecto esencial de la libertad sindical, empero, no hay que olvidar que ha de ejercitarse sin perturbar el normal desarrollo de la actividad empresarial. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional 94/ 1995, señala que aunque dicho derecho se practique en la sede de la empresa, no por ello deja de ser un derecho fundamental, siendo su ejercicio legítimo y digno de respeto.

En el sentido arriba dicho, se considera lesión del derecho sindical objeto de nuestra investigación, la retirada de carteles informativos colocados en el centro de trabajo, según el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña 25-2-1999. Concluimos de lo hasta ahora expuesto, que la finalidad del tablón de anuncios es la de facilitar la difusión de avisos de interés para los afiliados, en particular y de los trabajadores, en general; esto es, el citado tablón estará ubicado ineludiblemente en un lugar accesible, a los efectos del

cumplimiento y satisfacción de la finalidad que le es propia , y que ya ha sido reproducida, Tribunal Central de Trabajo, 24- 7-86.

En un sentido similar se pronuncia la Sentencia del Tribunal Supremo de 15-2-1995 y el Tribunal Superior de Justicia de Canarias de 26-7-86 al argumentar que el derecho a gozar de un tablón de anuncios es que esté en un lugar adecuado, accesible y apropiado a la finalidad de difusión de avisos, comunicaciones e informaciones que puedan interesar a los trabajadores.

Para facilitar e implementar la comunicación entre representación legal de los trabajadores y los mismos, el empresario no sólo está obligado a facilitar a las secciones sindicales y representación unitaria medios materiales e instrumentales para el normal desenvolvimiento de su actividad, como son el tablón de anuncios y el local correspondiente, sino que también debe autorizar otros medios para el mejor desarrollo de la actividad objeto del presente trabajo, siempre que la fórmula elegida para transmitir la información no perturbe la actividad normal de la empresa. Si se cumplen los requisitos expuestos, estamos ante un satisfecho ejercicio del derecho fundamental, Sentencia del Tribunal Constitucional 94/1995.

Para finalizar lo presente citamos la doctrina del Tribunal Superior de Justicia de Asturias de 26-6-89, el local ha de ser apropiado y acondicionado convenientemente para el objeto que le es propio, lo que implica además, que ha de estar convenientemente equipado.

5) IMPACTO Y APLICACIÓN A LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS.-

5.1) EMPRESARIOS –TRABAJADORES.

A) PODER DE DIRECCIÓN DEL EMPRESARIO VS. DERECHO A LA INTIMIDAD.

La introducción de las tecnologías en las empresas está empezando a influir en el ámbito de las relaciones laborales. La posibilidad de que los empresarios controlen el e-mail utilizado por los trabajadores ha abierto el debate sobre una cuestión en la que puede estar en juego la protección de derechos constitucionales.

Pese a que el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones está adecuadamente regulado en nuestro Ordenamiento, en los últimos años, se ha producido un interesante debate al respecto de si dicho derecho era esgrimible en el seno de la empresa, por ello podríamos preguntarnos ¿tienen los trabajadores derecho al secreto de correspondencia con respecto a los mensajes de correo electrónico remitidos utilizando la cuenta facilitada por la empresa? Muchas empresas han pretendido arrogarse el papel de Gran Hermano, dando lugar a múltiples conflictos judiciales, con sentencias de distinto signo.

El debate tiene una trascendencia más allá de la polémica del e-mail. De lo que se trata en definitiva es de determinar el poder director del empresario, si los derechos de los que todo trabajador, en tanto ciudadano y persona, es titular, podían verse menoscabados

por la subordinación propia del contrato laboral. Ha sido una lucha apasionante, que sólo después de varios años ha comenzado a dar sus frutos.

Partiendo de que el correo electrónico no sea una propiedad del trabajador, resulta esencial definir qué se entiende por uso correcto del correo electrónico en la empresa. Porque junto al derecho a la intimidad del trabajador (art. 18 CE), está la responsabilidad de la empresa por la conducta de sus empleados en el trabajo y su poder de dirección y control (art. 20 ET).

Ahora bien, estos derechos se encuentran sometidos entre sí, a relaciones de coordinación, no de subordinación, puesto que ni la capacidad de control del empresario es absoluta, ni los derechos del trabajador ilimitados, porque los principios constitucionales deben coordinarse entre sí como valores que representan. De hecho, ambos se hayan sometidos al principio jurídico de buena fe contractual (art. 5.a. y 20.2 ET).

Se plantea entonces un conflicto entre el poder de dirección empresarial y el ejercicio de los derechos fundamentales del trabajador ; en concreto, el *derecho a la intimidad*, el *derecho al secreto de comunicaciones* y el *derecho a la libertad de expresión*

En este sentido, para determinar los posibles efectos derivados de la utilización del correo electrónico y de Internet en el medio laboral debemos solucionar una cuestión previa, el debate existente entre el poder de dirección empresarial y el ejercicio de derechos fundamentales por parte del trabajador.

El Grupo de Trabajo (Grupo de Berlín) creado como órgano consultivo de la Unión Europea en materia de protección de datos y vida privada, organizado en base al artículo 29 de la Directiva 95/46/CE, publicó en fecha 29 de mayo de 2002 un Documento proporcionando orientación sobre el contenido mínimo de las directrices de las empresas en relación con la utilización del correo electrónico e Internet.

El documento de trabajo indica que para que una actividad de control empresarial sea legal y se justifique, deben respetarse una serie de principios que enumeramos a continuación:

a) Necesidad. Según este principio, el empleador, antes de proceder a este tipo de actividad, debe comprobar si una forma cualquiera de vigilancia es absolutamente necesaria para un objetivo específico. Debería plantearse la posibilidad de utilizar métodos tradicionales de supervisión, que implican una intromisión menor en la vida privada de los trabajadores, y, cuando proceda, aplicarlos antes de recurrir a una forma de vigilancia de las comunicaciones electrónicas.

b) Finalidad. Este principio hace referencia al hecho de que los datos deben recogerse con fines determinados, explícitos y legítimos, y no ser tratados posteriormente de manera incompatible con dichos fines. En el presente contexto, el principio de «compatibilidad» significa, por ejemplo, que si el tratamiento de los datos se justifica a efectos de seguridad del sistema, estos datos no podrán tratarse posteriormente con otro objetivo, por ejemplo, para supervisar el comportamiento del trabajador.

c) Transparencia. Este principio significa que un 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. Ello puede ocurrir cuando se detecte una actividad delictiva particular (que haga necesaria la obtención de pruebas, y siempre que se cumplan las normas jurídicas y procesales de los Estados miembros) o cuando existan leyes nacionales que autoricen al empleador, previendo las garantías necesarias, a adoptar algunas medidas para detectar infracciones en el lugar de trabajo.

d) Legitimidad. Este principio viene a decirnos que una operación de tratamiento de datos sólo puede efectuarse si su finalidad es legítima según lo dispuesto en el artículo 7 de la Directiva y la legislación nacional de transposición. La letra f) del artículo 7 de la Directiva se aplica especialmente a este principio, dado que, para autorizarse en virtud de la Directiva 95/46/CE, el tratamiento de los datos de un trabajador debe ser necesario para la satisfacción del interés legítimo perseguido por el empleador y no perjudicar los derechos fundamentales de los trabajadores. La necesidad del empresario de proteger su empresa de amenazas importantes, por ejemplo para evitar la transmisión de información confidencial a un competidor, puede considerarse un interés legítimo.

e) Proporcionalidad. Según este principio, los datos personales, incluidos los que se utilicen en las actividades de control, deberán ser adecuados, pertinentes y no excesivos con relación a los fines para los que se recaben. La política de la empresa en este ámbito deberá adaptarse al tipo y grado de riesgo al que se enfrente dicha empresa. El principio de proporcionalidad excluye por lo tanto el control general de los mensajes electrónicos y de la utilización de Internet de todo el personal, salvo si resulta necesario para garantizar la seguridad del sistema. Si existe una solución que implique una intromisión menor en la vida privada de los trabajadores y que permita lograr el objetivo perseguido, el empleador debería considerar su aplicación (por ejemplo, debería evitar los sistemas que efectúan una vigilancia automática y continua).

f) Exactitud y conservación de los datos. Este principio requiere que todos los datos legítimamente almacenados por un empleador (después de tener en cuenta todos los demás principios) que incluyan datos procedentes de una cuenta de correo electrónico de un trabajador, de su utilización de Internet o relativos a las mismas deberán ser precisos y actualizarse y no podrán conservarse más tiempo del necesario. Los empleadores deberían especificar un período de conservación de los mensajes electrónicos en sus servidores centrales en función de las necesidades profesionales. Normalmente, es difícil imaginar que pueda justificarse un período de conservación superior a tres meses.

g) Seguridad. Este principio obliga al empleador a aplicar las medidas técnicas y organizativas adecuadas para proteger todos los datos personales en su poder de toda intromisión exterior. Incluye también el derecho del empleador a proteger su sistema contra los virus y puede implicar el análisis automatizado de los mensajes electrónicos y de los datos relativos al tráfico en la red.

En una reciente sentencia del Juzgado Social 32 de Barcelona, posteriormente ratificada por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en sentencia de 11 de junio de 2003, se aplicó la doctrina del Grupo de Trabajo "Artículo 29", declarando improcedente el despido de una trabajadora a la cual la empresa sometió a la monitorización del correo electrónico, por entender que la empresa no acreditó la existencia de una causa legítima para llevar a cabo tal monitorización, sino que antes al contrario, el ocupador ejerció dicha supervisión de forma coetánea a la interposición por la trabajadora de una demanda por acoso moral, lo que ponía en evidencia un claro objetivo de buscar un motivo para despedir a la actora y no la defensa del patrimonio o de los intereses de la empresa.

En el mismo sentido se pronunció el Juzgado Social de Vigo en sentencia de 29 de abril de 2001, donde se indicaba que debe tenerse en cuenta la doctrina de la STC de 10 de julio de 2000. En dicha sentencia se señala que la constitucionalidad de cualquier medida restrictiva de derechos fundamentales, viene determinada por la estricta observancia del principio de proporcionalidad... (y) es necesario constatar si cumple los tres requisitos o condiciones siguientes: si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito, con igual eficacia (juicio de necesidad) y finalmente si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto). Observemos que los principios enumerados por el Tribunal Constitucional son muy similares a los apuntados por el Documento de Trabajo "artículo 29".

Encontramos una sentencia de noviembre de 2000 de la Sala de lo Social en Málaga del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en la que se juzgaba la denuncia efectuada por un trabajador contra el empresario que le intervino y copió todos sus correos y ficheros personales, aún en presencia del comité de empresa, y que se inclina por el criterio empresarial, (a pesar de que la sentencia en cuestión da la razón al trabajador, pero solo por el hecho de que no se justificó el registro como obliga el artículo 18).

La resolución afirma, aún implícitamente, que el artículo 18 del Estatuto de los Trabajadores autoriza el registro en la terminal de ordenador que utiliza el trabajador, pues, a estos efectos, el ordenador lo asimila a la taquilla, basándose en que el ordenador es un instrumento de trabajo propiedad de la empresa y que no debe ser utilizado para otros fines distintos y diferentes que la realización de la actividad laboral, por lo que no cabe hablar de documentos personales incorporados al mismo.

Aunque continúan produciéndose casos de espionaje empresarial, la situación actual se presenta bastante equilibrada desde el punto de vista jurídico. Por un lado, abundantes sentencias han determinado que el uso abusivo del correo electrónico puede ser motivo de despido. Pero, por otra parte, también se ha determinado judicialmente que el contenido de los mensajes está protegido por el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones. Es necesario en consecuencia un punto de equilibrio, en la medida que la supervisión del empresario no vaya más allá del control del tráfico, sin entrar en el

contenido de las comunicaciones. Se trata en suma de exigir una equiparación del correo electrónico con las restantes comunicaciones a saber, un empresario puede controlar los números de teléfono a los que se llama, así como la duración de las llamadas, pero no puede realizar, en principio, "pinchazos" telefónicos. Así bien, el equivalente en Internet sería un control de destinatarios y volumen de mensajes, pero sin almacenar los contenidos.

A falta de una regulación expresa, la respuesta al debate, debemos buscarla en el equilibrio existente entre las facultades que le son reconocidas al empresario en el art. 20.3 ET "el empresario podrá adoptar las medidas más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales, guardando en su adopción y aplicación la consideración debida a su dignidad humana[...]", y por otro lado, los derechos que le son reconocidos al trabajador, contrastando lo manifestado con el artículo 4.2 e) ET, que dispone que el trabajador tiene derecho "al respeto de su intimidad y a la consideración debida a su dignidad".

Asimismo, la Constitución Española establece en su artículo 18.3 la garantía constitucional de secreto de las comunicaciones, en particular, las telegráficas, postales y telefónicas; donde parece, siguiendo una interpretación teleológica, que se encontrarían incluidos los mensajes de correo electrónico.

Pese a que la Ley otorga al empresario capacidad de dirección y control sobre la actividad laboral que realizan sus trabajadores, mediante la adopción de determinadas medidas, ello no puede confundirse con lo que sería una persecución indiscriminada y absoluta de carácter feudal llevada a cabo por los empleadores, vulnerando sistemáticamente la intimidad de los trabajadores, por ello deben examinarse las particularidades de cada caso.

Es obvio que nos encontramos ante un nuevo marco laboral en el que el uso abusivo del correo electrónico o de Internet puede comportar ciertas actividades por parte de los trabajadores consideradas como situaciones de absentismo laboral, en el supuesto de que el correo electrónico no sea utilizado por el trabajador para tareas exclusivamente relacionadas con la actividad profesional, amén de provocar un potencial riesgo en cuanto a responsabilidades de la empresa frente a terceros.

El art. 18 ET autoriza la realización de registros sobre la persona del trabajador, en sus taquillas y efectos particulares, pero sólo en determinadas circunstancias (cuando sea necesaria para la protección del patrimonio empresarial y del de los demás trabajadores de la empresa), y con determinadas condiciones (dentro del centro de trabajo y en horas de trabajo; respetando al máximo la dignidad e intimidad del trabajador y contándose con la presencia de algún representante legal de los trabajadores).

La cuestión a dilucidar a estos efectos es: ¿los archivos personales y el correo electrónico de los trabajadores son simples "*efectos particulares*", o pertenecen al ámbito de la *intimidad* del trabajador? Inclinar por una u otra respuesta, tiene importantes consecuencias, porque si se opta por la primera opción (correo electrónico y archivos personales equiparables a efectos particulares), tendrán razón los que aplican el artículo 18 ET con todas sus consecuencias (que, recordemos, faculta al empresario a registrar los efectos particulares del trabajador). Sin embargo, si optamos por la segunda opción (correo electrónico y archivos pertenecen al ámbito de la intimidad personal), la

vulneración de dicha intimidad -que es un derecho fundamental reconocido en la Constitución- sólo podrá hacerse con autorización y control judicial.

En cualquier caso, esta posibilidad de efectuar registros en las terminales de ordenador de los trabajadores no es un derecho absoluto e incondicionado de la empresa, pues el art. 18 ET, precepto al amparo del cual se efectúan los registros, lo condiciona a que ello sea necesario para la protección del patrimonio empresarial y del de los demás trabajadores de la empresa, y ello debe ser acreditado. En caso contrario, el registro violaría el derecho a la intimidad del trabajador, garantizada en el plano estrictamente laboral por el art. 4.2 e) ET y con carácter general en el art. 10 CE. En el proceso de tutela de la libertad sindical, una vez acreditada la vulneración del derecho fundamental, se presume la existencia del daño y debe decretarse la indemnización correspondiente, sin necesidad de que el sujeto que haya sido víctima de la lesión deba probar que se le ha producido un perjuicio.

La más reciente Jurisprudencia entiende como justificado el despido de un trabajador derivado del excesivo y abusivo uso del correo electrónico e Internet para usos particulares y no, en cambio, para usos exclusivamente profesionales, máxime, teniendo en cuenta, que la propietaria de los sistemas informáticos es la compañía, evitando de esta forma un bajo rendimiento del trabajador. Ahora bien, esta no es la cuestión conflictiva del debate ni la que debe ser analizada o clarificada, lo que realmente debe clarificarse es si el empresario puede o no examinar e inspeccionar el correo electrónico de sus empleados, cuestión esta que no ha sido solucionada, y que es objeto de diferentes opiniones y puntos de vista por parte de la Doctrina.

Hay quien expresa su convencimiento de que la legislación española actual ampara la inviolabilidad del correo electrónico al equiparlo al correo convencional. Y que, de este modo, no se puede admitir bajo ningún concepto que la empresa pueda entrar en los mensajes del empleado, salvo consentimiento expreso o autorización judicial.

Por otro lado, están los que, siguiendo el art. 18 ET, equiparan el correo electrónico a efectos personales, por lo que la empresa puede revisarlo siempre que detecte una anomalía en su uso conforme a los requisitos que establece dicho artículo.

Y hay parte de la doctrina, que considera el correo electrónico como una mera herramienta del empresario, por tanto, la posibilidad de inmiscuirse en su patrimonio es absoluta.

Xavier Ribas, Abogado Landwell-PwC y especialista en el sector, relataba en un artículo³ que “el derecho a la intimidad debe ser protegido dentro y fuera de las organizaciones, siempre que exista un espacio para la intimidad. Cuando una empresa prohíbe el uso del correo electrónico corporativo para fines personales y advierte sobre la posibilidad de control, el contenido de los mensajes deja de ser privado”.

³ “¿Una orden judicial para entrar en mi empresa?”

Según STSJ de Cataluña de 5 de Julio de 2000, tal advertencia puede resultar incluso innecesaria porque de todas formas se conculcaría la buena fe laboral.

Actualmente se está llegando al extremo de acudir sistemáticamente a este derecho fundamental para conseguir una mejora en las indemnizaciones por despido. Eso es lo que ocurre en los casos, cada vez más habituales, en que una de las pruebas utilizadas para justificar el despido ha sido un mensaje de correo electrónico enviado por el trabajador. Es bastante frecuente que éste amenace con denunciar a la empresa por haber interceptado una comunicación personal. Según un sector de la doctrina, la única forma de acceder al correo electrónico corporativo utilizado por un trabajador es mediante una orden judicial. Veamos si esta tesis se sostiene.

A finales de 1999 una administrativa de una empresa industrial fue despedida por enviar diariamente a su compañero sentimental, vendedor en una empresa competidora, un mensaje de correo electrónico con la lista de los clientes que solicitaban un presupuesto. Las compañías que figuraban en la lista recibían inmediatamente un presupuesto con descuentos especiales si adquirían esos mismos productos al competidor. Tras la anulación de varios pedidos, y la colaboración de algunos clientes fieles, la empresa afectada inició una investigación que permitió descubrir los mensajes enviados por la administrativa.

Uno de los argumentos que se utilizaron durante las negociaciones que siguieron al despido fue la similitud entre la regulación de los registros de taquillas en el Estatuto de los Trabajadores y los registros del correo electrónico del trabajador. Sin embargo, fue fácil acreditar que no existía tal analogía, ya que las taquillas están destinadas a albergar efectos personales y el correo electrónico corporativo está limitado a mensajes relacionados con la actividad de la empresa.

Pero, la base fundamental de la intervención practicada en el correo electrónico corporativo y el argumento decisivo que permitió llegar a un acuerdo amistoso, fue el consentimiento dado por la propia trabajadora, y formalizado unos meses antes, al aceptar las normas de seguridad del sistema informático de la empresa. La ley orgánica que desarrolla la protección del derecho a la intimidad establece que no se apreciará la existencia de intromisión ilegítima de la intimidad cuando concurra el consentimiento expreso del titular del derecho. Sin embargo, ese consentimiento expreso sólo es exigible en las comunicaciones personales, y en muchas organizaciones el correo corporativo es una herramienta empresarial destinada exclusivamente a cuestiones relacionadas con el puesto de trabajo. Por lo que no cabe hablar de intimidad donde no debe existir nada que sea de índole personal.

Parece existir una gran confusión sobre quién es el beneficiario del secreto de las comunicaciones en el seno de las empresas. Este bien jurídico tutelado por el art. 18 CE y por el 197 del Código Penal protege las comunicaciones de la empresa con terceros y el usuario de una cuenta de correo electrónico utiliza este sistema de comunicaciones por delegación de la empresa. No puede excluirse por lo tanto a la empresa del ámbito de protección por el simple hecho de que la comunicación corporativa la inicia una persona física.

Por todo esto, Xavier Ribas concluye diciendo que “El control del correo electrónico corporativo es, en la actualidad, una obligación legal para las empresas y un uso no apropiado puede generar graves perjuicios para las mismas, para terceros y para el propio trabajador. Es importante que seamos sensibles a este riesgo y aceptemos la necesidad de un eventual control del correo corporativo que estamos utilizando en nuestros puestos de trabajo. Y si mantenemos que no estamos hablando de un sistema de comunicaciones personal, ¿no es absurdo solicitar la intervención judicial para establecer un control que viene exigido por la propia Ley? El hecho de que alguien decida utilizar una herramienta corporativa para una comunicación personal no debe impedir la aplicación de las medidas preventivas que la empresa ha establecido con carácter previo. El que decide transmitir un mensaje de carácter privado por el servicio de megafonía de una empresa cometería una torpeza si después denunciase a los que oyeron sus palabras sin ser destinatarios de las mismas”.

Susana Linder, abogada de Jiménez & de Mulder Abogados afirma que “El derecho al secreto o privacidad de la correspondencia personal no debería ser "bandera de corso" para los trabajadores mal dispuestos a observar la buena fe contractual y/o la obediencia a las órdenes e instrucciones del empleador. El conflicto de derechos e intereses entre trabajador y empresario por el uso del correo electrónico de la empresa no debería situarse en el ámbito de protección de la inviolabilidad de la correspondencia personal sino en el ámbito del abuso o trasgresión de la buena fe contractual. El trabajador que abuse, en su particular beneficio, de los medios de la empresa o infrinja una prohibición del empresario sobre el uso de los medios de la empresa para fines distintos a los que están destinados, debe ser susceptible de sanción disciplinaria laboral, en la forma y grado que cada ordenamiento laboral nacional tenga ya establecido. El ordenador y correo electrónico de la empresa no es la "taquilla" del trabajador, sino el "bolsillo" del empresario⁴.

Jordi Bertomeu García comenta en un artículo editado en internet que: “Obviamente, tratándose el correo electrónico corporativo de una herramienta cuya propiedad es del empresario y siendo los sistemas informáticos propiedad de la empresa, puede considerarse lícito su examen, si bien no puede olvidarse (debido a la falta de regulación expresa actual al respecto) el riesgo que asume el empresario, que puede ser denunciado con posterioridad por parte del trabajador por la comisión de un delito contra la intimidad tipificado en el art. 197 CP, tal como ocurrió en el conocido caso "Deutsche Bank"⁵. Analicémoslo brevemente.

Uno de los primeros casos conocidos en España al respecto fue el que enfrentó a dicha entidad bancaria con uno de sus trabajadores, al ser éste último despedido por haber enviado dentro de su horario laboral, y en poco más de un mes, unos 140 e-mails (algunos incluso de carácter un tanto inapropiado). En una primera sentencia, dictada por el Juzgado de lo Social de Barcelona, se declaraba la nulidad del despido, pero en el recurso interpuesto ante el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, esta sentencia fue revocada en su integridad, declarando el despido procedente y entendiendo el contrato por extinguido. Debe tenerse en cuenta a efectos ilustrativos, si bien no con efectos jurisprudenciales en el ámbito laboral, los argumentos jurídicos del Auto del Juzgado de Instrucción 2 de Barcelona de fecha 25 de noviembre de 2001, por el que se acordó

⁴ El derecho al secreto en el sector de las comunicaciones electrónicas

⁵ Examen del correo electrónico por parte del empresario: nuevos usos en la sociedad de la información, nuevas situaciones jurídicas.

continuar procedimiento penal abreviado contra los directivos de una entidad bancaria que ordenaron la monitorización del correo electrónico de un trabajador. La juez consideró que los hechos presentaban los indicios de un delito de interceptación de comunicaciones, tipificado por el artículo 197 del Código Penal. El juicio oral no llegó a celebrarse, dado que se trataba de un delito perseguible únicamente a instancia de parte, y el trabajador perjudicado llegó a un acuerdo "in vocem" retirando la denuncia a cambio de una compensación económica, de modo que el Fiscal no siguió con el proceso.

El presente trabajo no estará completo si no se analiza este importante caso, porque más que ningún otro aclara la cuestión de hasta dónde puede llegar el empresario y hasta dónde está protegido el trabajador.

El despido, en lo social, es declarado procedente, pues el empleado abusó desproporcionadamente de los medios que han sido puestos a su cargo para trabajar, sin embargo, la empresa, aunque acertada su actuación en el fondo, se equivocó en las formas. Este caso ha demostrado, que el e-mail personal, aun usado en el ámbito laboral, constituye una armadura impenetrable salvo permiso del afectado, resolución judicial, o flagrante delito en el orden penal. Todo aquel que erigiéndose así mismo en juez se atreva a violar las excelencias de estos derechos fundamentales, con la magnitud que tienen estos y lo especialmente sensibles que son, ha de atenerse a las consecuencias, consecuencias que en este caso podrían haber sido incluso de cárcel. Exhortamos a que la empresa tenga especial cuidado en estas circunstancias, pues camina en arenas movedizas, un mal paso puede conducir al desastre. Existen otros medios que sin conllevar riesgos penales, ni incluso de otro orden, pueden conducir a los mismos resultados de fondo, en el presente caso, al despido del trabajador.

Bajo esta idea, podríamos decir que el empresario puede perfectamente implantar en el seno de la empresa una normativa relativa al uso de los sistemas informáticos, en especial el uso de Internet y de correo electrónico. No hay que olvidar que el empresario puede llegar a ser considerado responsable civil por culpa "in eligendo", por determinadas actividades de sus empleados en el uso de los sistemas informáticos, hecho que también justifica un control de los medios de trabajo propios de la compañía, entre los que destacan Internet y el correo electrónico.

Ahora bien, se entiende que el debate debe ceñirse únicamente al caso de cuentas de correo electrónico propiedad de las empresas o las denominadas corporativas, ya que en el caso de cuentas de correo electrónico que no son propiedad de la misma sino del trabajador, parece unánime la opinión de que no pueden ser abiertas por el empresario.

Así, la inviolabilidad de las comunicaciones telemáticas sólo puede ser restringida mediante la oportuna resolución judicial debidamente motivada que así lo acuerde. Y cualquier conducta, empresarial o no, que menoscabe este derecho, es constitutiva de delito. Pero el caso del empresario que pone a disposición del trabajador el correo como herramienta de trabajo y con esos únicos fines, es diferente. Aquí se da la duda de si debe pesar más el derecho a la intimidad o la necesidad de las empresas de ejercer un control sobre el correo electrónico de sus empleados. De si estaría en este caso justificada la vulneración de la intimidad.

En España no existe aún una ley que regule el uso de Internet y del e - mail en el trabajo, ni normas que acoten los límites del control que las empresas pueden hacer del e-mail de sus asalariados. Por eso, de momento, los conflictos se resuelven por analogía aplicando la legislación laboral prevista para estos supuestos, lo que da lugar a interpretaciones contrapuestas.

Y existiendo una necesidad evidente de delinear una normativa supra-estatal que preserve la intimidad y la libertad de los ciudadanos a la hora de mandar o recibir correos por la Red, la legislación europea, en los países que disponen de ella, está lejos de mantener un criterio homogéneo.

El Art. 5.a) ET sostiene que los empleados tienen como deber básico el cumplir con las obligaciones concretas de su puesto de trabajo, con diligencia y siempre de conformidad con las reglas de la buena fe: y dentro del deber de buena fe del empleado se incluye la utilización de los medios puestos a su disposición para los fines previstos por el empresario. La oficina, Internet y el correo electrónico están para trabajar, y no puede el empleado aprovecharse de los bienes del empresario con la disculpa de la protección que todo trabajador merece.

Es por ello, que el empleador podría acordar alguna medida disciplinaria como consecuencia de la vulneración de este apartado, llegando incluso, en el supuesto de utilización con fines personales con grave perjuicio para la empresa, a la sanción máxima del despido.

Y así, hay quien opina que el abuso del correo electrónico con fines privados sí debiera sancionarse. Pero, teniendo en cuenta, que si el trabajador pierde el tiempo leyendo y redactando sus e mail y no hace su trabajo, es en su resultado donde debiera juzgársele, no en su cuenta de correo. Porque el hecho de que se pida responsabilidades al trabajador por un uso inapropiado de un bien que es propiedad del empresario, no es lo mismo que la acción de acceder a una información que pudiera ser personal o confidencial.

El art. 197 del CP establece una pena de hasta cuatro años de prisión para aquel que, con el fin de descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de otro, sin su consentimiento, se apodere de sus papeles, cartas o mensajes de correo electrónico no estableciéndose en el texto penal excepción alguna en el ámbito laboral.

En la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Social, de 14 de Noviembre de 2000 (Rollo número 4854/2000), por la que se ha declarado procedente el despido de un trabajador sin derecho a indemnización, en base al envío de mensajes de correo electrónico "ajenos a la prestación de servicios" que se remitieron en horario laboral, en ningún momento se planteó debate alguno sobre una presunta intervención del correo electrónico por parte del empleador.

Porque en dicha sentencia el Tribunal ha procedido en conciencia y en base a la problemática jurídica planteada por las partes, y que en vista de los hechos aceptados por ambas, ha sido si puede o no despedirse a un trabajador en base al escaso tiempo que el mismo reconoció haber dedicado a asuntos personales.

Reprobar que el empleado se entretenga accediendo a determinadas webs que le distraigan es algo admitido, el problema es acotar los límites de control del e mail. Los avances tecnológicos han añadido nuevas herramientas para facilitar la labor a los trabajadores, y si el ordenador casi eliminó a la máquina de escribir de la oficina, después llegó Internet, un océano de información para cualquier negocio, y junto a él, el correo electrónico, que ya es imprescindible en una compañía moderna. Y aunque entonces todo parecían ventajas, emerge el riesgo latente al que nos venimos refiriendo en nuestro trabajo, el hecho de que el trabajador se exceda en su uso o que la empresa abuse del control al empleado.

Partiendo de que el correo electrónico no sea una herramienta propiedad del trabajador, y previendo el art. 1903 del Código Civil que los dueños o directores de un establecimiento son responsables del daño causado a un tercero por acción u omisión, interviniendo culpa o negligencia por parte de dependientes en el servicio de los ramos en los que estén empleados, o con ocasión de sus funciones lo que se llama culpa *in eligendo*, resulta esencial el definir qué se entiende por uso correcto del correo electrónico en la empresa. Porque junto al derecho a la intimidad del trabajador, un derecho renunciante, según abogados como Xavier Rivas y Sergio Pampliega, y que a continuación comentaremos en base a Sentencia del Tribunal Constitucional, está la responsabilidad de la empresa por la conducta de sus empleados en el trabajo, y por eso es necesario delimitar una eventual responsabilidad extracontractual del empresario, ya que estos empresarios podrían ser declarados responsables por falta de control en sus sistemas de comunicaciones y por no depurarlos de mensajes y materias inadecuadas.

Observamos la Sentencia del Tribunal Constitucional 126/2003, acerca del carácter renunciante del derecho a la intimidad. Dicha sentencia refleja que el contrato de trabajo no puede considerarse como título legitimador de recortes en el ejercicio de los derechos fundamentales que incumben al trabajador como ciudadano, que no pierde su condición de tal por insertarse en el ámbito de una organización privada. Pero partiendo de este principio, no puede desconocerse tampoco, que la inserción en la organización ajena modula aquellos derechos en la medida estrictamente imprescindibles para el correcto y ordenado desenvolvimiento de la actividad productiva, reflejo a su vez, de derechos que han recibido consagración en el texto de nuestra norma fundamental.

Manifestaciones del ejercicio de aquellos que en otro contexto sería legítima, no lo son cuando su ejercicio se valora en el marco de la relación laboral, por lo que no comprende en principio los hechos referidos a las relaciones sociales y profesionales en la que se desarrolla la actividad laboral, que están más allá del ámbito del espacio de intimidad personal y familiar sustraído a intromisiones extrañas por formar parte de la vida privada.⁶

B) MEDIOS Y TÉCNICAS DE CONTROL

Conscientes pues, los empresarios, de que esos mismos medios informáticos que tanto beneficio han traído a la empresa - y que son la envidia de la competencia - son fuente de un uso, que como poco podría calificarse de poco correcto, por los empleados, se van a

⁶ Sentencias en las que se apoya: SSTC 88/85, 99/94, 73/82, 120/83, 19/85, 170/87, 6/88, 19/89, 26/90

valer de esas mismas tecnologías para vigilar y controlar su actividad laboral, en definitiva, para “espíar” a los trabajadores.

Si tuviésemos que citar los principales riesgos por usos indebidos a los que se exponen las empresas en relación con estos instrumentos, habría que referirse, en primer lugar, al hecho de que supone una gran pérdida de tiempo de trabajo. Como ya comentamos en nuestra introducción, resulta llamativo comprobar como el uso excesivo de estos medios para fines ajenos a los estrictamente laborales, pueden generar fenómenos que podríamos llegar a calificar de "absentismo", sin necesidad de que el empleado se mueva del puesto de trabajo. Podemos observar como, jurisprudencialmente, se han venido recogiendo en los últimos años numerosos supuestos de sanciones y despidos fundamentados en la pérdida excesiva de tiempo de trabajo por utilización de internet para fines más relacionados con el ocio o gestiones personales que las propiamente laborales.

Ahora bien, no es éste el único riesgo al que se enfrenta la empresa, no debemos dejar de lado las infracciones de las normas de Propiedad Intelectual y de Protección de Datos Personales que, efectivamente, también se han recogido en la ya cada vez más extensa casuística, mostrándonos supuestos en los que miembros de la empresa han incorporado en sus terminales programas sin respetar las normas de propiedad intelectual. O, el importantísimo hecho de la fuga de información, espionaje industrial, importación de virus e inutilización de sistemas.

Para evitar que se produzcan estos riesgos existe una amplia oferta de productos comerciales que permiten a las empresas saber qué hacen sus empleados con la conexión de internet. Estos productos controlan, registran y analizan el uso de los recursos de la red empresarial, especialmente del correo y de la Web. Su misión es ayudar a la empresa a reducir pérdidas de productividad, proteger el ancho de banda, evitarle responsabilidades legales y minimizar problemas de seguridad en general.

Ahora bien, el empresario, a la hora de utilizar medidas de monitorización laboral ha de respetar el denominado principio de proporcionalidad e intervención mínima, que implicaría que el control y vigilancia no se lleve a cabo de forma masiva e indiscriminada, y mucho menos de forma encubierta, así como que la finalidad que persigue esté justificada, de modo que las medidas sean indispensables para la seguridad y el buen desarrollo de la actividad productiva.

Un dato que da que pensar, es el hecho de que en un periodo de dos años, los programas informáticos de espionaje laboral se han duplicado, de lo que se puede deducir que la monitorización de los empleados es algo cada vez más frecuente. Empresas y proveedores analizan el correo de sus usuarios para prevenir virus y "spam"; algunos programas instalan un código adicional que espía con propósitos comerciales; los administradores de sistemas monitorizan el tráfico en sus redes para comprobar que todo funciona y las empresas usan cada vez más estos medios para saber a qué se dedican sus trabajadores.

Hace diez años, la monitorización en las empresas era exclusiva de los administradores informáticos, que usaban herramientas del sistema operativo Unix para

vigilar el tráfico a efectos técnicos. Mientras, en el mundo Windows, nacían los primeros filtros parentales, como CyberPatrol, que bloqueaban el acceso a los sitios que los niños no debían visitar. Hoy, los filtros han ampliado el mercado a bibliotecas y, especialmente, empresas, diversificando las posibilidades de sus productos, que ya no sólo filtran sino que espían abiertamente la vida internáutica de los empleados.

Según un reciente estudio de Pricewaterhouse y la Universidad de Navarra, una de cada diez empresas españolas ha sancionado, al menos, a un empleado por utilizar Internet de forma "indebida" y el 3% ha despedido a alguien. En Europa, según Datamonitor, dos de cada tres empresas filtran el uso de Internet de sus trabajadores, el 40%, sistemáticamente. En Estados Unidos, la American Management Association (AMA), asegura también, que el 40% de empresas espían el correo de los empleados y una de cada cinco ha despedido a alguno por abusar de los recursos informáticos. Desde 2001, según la AMA, el control empresarial se ha duplicado.

La pionera empresa WinWhatWhere comercializa "Investigator", un programa que se instala en el ordenador del empleado y captura todos los movimientos del teclado, mostrando a distancia lo que hay en la pantalla, la navegación web, correo, mensajería instantánea y chat, con una función especial para no ser descubierto.

Pero las "estrellas del control" del momento son Spector y eBlaster, ambos de la misma compañía, SpectorSoft. El primero permite filtrar y grabar el contenido del correo, chat, mensajería instantánea, navegación web, teclado y pantalla. Cuando hay algún movimiento no permitido en el ordenador, el programa avisa por correo electrónico al espía. Con los datos recogidos, como sitios web más frecuentados o tiempo de visita, elabora todo tipo de estadísticas.

Por su parte, eBlaster es más de lo mismo, ahora bien, cuenta con dos funciones añadidas: envía copia de todos los mensajes enviados por el empleado y no es necesario estar en el ordenador de la víctima para instalarlo, es decir, puede hacerse remotamente a través de un mensaje que le es enviado, claro está, con el programa adjunto, y se le convence para que lo ejecute. La aparición de este "troyano" comercial ha alertado a la comunidad de seguridad porque, aunque ya existen programas de este tipo para Windows, como el gratuito Back Orifice, su popularización comercial hace temer un aumento de su uso entre delincuentes, además del aprovechamiento del agujero que deja abierto, por parte de intrusos ajenos a la empresa.

El-Espía no tiene este problema. Es el único programa comercial de monitorización para Windows hecho desde España, según su autor, Josep Llobet, un leridano de 45 años: "El-Espía permite la monitorización remota en una red de área local, pero no desde Internet, para evitar entradas de terceros". Llobet creó El-Espía hace cuatro años y hoy se comercializa en Estados Unidos con el nombre de SALUS y en Holanda y Portugal, como "BigBrother is Watching you!". Cuesta 42 euros y lo compran padres y empresas: "Lo quieren para casos puntuales. Lo que más se consulta es la actividad general y el acceso a páginas web", comenta su creador.

El-Espía captura golpes de tecla, aplicaciones usadas, inicio y fin de conexiones a Internet, páginas visitadas, claves... Según Llobet, "facilita el acceso a determinada información a usuarios muy poco especializados que, de otra forma, un informático experto podría rastrear". La mayoría de programas de este tipo aúnan dos formas de espionaje: el "keylogging" y la administración remota. Los "keyloggers" capturan lo que sale por la pantalla, lo que se envía a la impresora, lo que se teclea... Hay muchos, como

2Spy!, PC Activity Monitor Net, STARR Pro, ProBot SE o Spy Agent. Los administradores remotos, por su parte, toman el control total del ordenador, tal es el caso de programas como Radmin o el programa libre multiplataforma y Virtual Network Computing (VNC).

Hay también programas espía que no se instalan en el ordenador del empleado sino en los servidores de la empresa. Es el caso de Websense, líder en este campo, que filtra y monitoriza todo el tráfico web. Entre sus más de 18.500 clientes, el Banco de España, Banco Santander, la revista "Newsweek", las sopas Campbell, Coca-Cola, Toys R Us o General Electric. Stealth Email Redirector es otro ejemplo, reenvía a la dirección que se le indique todos los mensajes que pasan a través del servidor de correo y WebMail hace lo mismo con el correo por web. En su caso, Win Sniffer captura las contraseñas

A pesar del crecimiento de estos programas en el entorno Windows, los administradores de sistemas y usuarios de 'software' libre no se muestran impresionados: "No hace falta tanta parafernalia para saber qué hace un empleado. A nivel de servidor, con los programas libres se puede hacer de todo: ver el correo, las webs, cuando entra y sale del sistema... No hay que hacer nada especial, sólo configurar alguna opción del servidor. A nivel del equipo de trabajo, si se ha instalado administración remota segura (SSH), el administrador, valga la redundancia, puede entrar en el ordenador y ver qué se está ejecutando", afirma Celso González.

Existen otros productos también muy conocidos en el mercado, como puede ser el caso de SurfControl, utilizado para la gestión responsable del uso de Internet en el hogar, en la escuela o en el trabajo; Stealth Activity Recorder & Reporter ("STARR"), que indica lo que un usuario de cualquier ordenador de la red está haciendo en un momento dado en su máquina; spIE, que integrado con Internet Explorer, permite monitorizar y restringir el uso del navegador; TrafficMax, muy eficaz para la monitorización proactiva de tráfico de redes y de Internet (incluyendo el bloqueo de direcciones e informes de actividad); Websense, el producto estrella de gestión, monitorización y generación de informes sobre el uso de Internet en el trabajo; o el LittleBrother4.0, que controla el acceso a internet y el correo electrónico. La compañía incluso ha llegado a implantar una calculadora en su página web para que el empresario estime cuánto le cuestan los ratos de ocio de sus empleados.

Paralelamente, los trabajadores no se quedan a la zaga, y existen multitud de aplicaciones, la mayoría descargables desde la Red, que pueden ser usadas para garantizar la privacidad en sus horas de trabajo. Destaca el ejemplo de EPIC.org, un sitio web dedicado, exclusivamente, a combatir las prácticas éticamente dudosas de los empresarios.

Los "anti-espías" que proliferan también en el mundo Windows, los encontramos con nombres tales como Spy Sweeper, PestPatrol, SpyCop, Ad-aware, The Cleaner, SpywareBlaster o Anti-keylogger. Explica Flynn Kobé⁷: "Detectan a muchos bichitos, pero no a todos. Si un jefe espía a un empleado, no hay ninguna defensa, a no ser que la persona espiada sea una experta. Los anonimizadores de la navegación no sirven para nada, si te espían a nivel de oficina, y el único 'webmail' inmune es Hushmail, que encripta todas las comunicaciones". Añade, de nuevo, Celso González: "Sólo el cifrado es capaz de evitar que vean lo que estás haciendo, eso sí, seguirán sabiendo que haces algo, aunque no sepan el qué".

⁷ "crecen los productos para espionaje de empleados" Mercé Molist

⁸ Idem

Juan Luis Podadera⁹, autor del detector de espías SpyHunter, explica que "la monitorización en el trabajo es algo duro de combatir, ya que el ordenador es del empresario y no del usuario, que tiene limitados los programas que puede ejecutar o modificar. Salvo cifrar la comunicación, no hay muchas alternativas. Además, los antivirus detectan una cantidad limitada de espías y sólo los que se encuentran gratuitamente por Internet. Nunca he visto que detecten un programa comercial".

De todas formas, dice el experto en virus Wintermute, "no hay nada indetectable al 100%, siempre va a existir un autómatas capaz de descubrirlo. En programas detectores de intrusiones, existen técnicas para descubrir procesos que no hayan sido usados antes, uso de puertos y conexiones no habituales, uso excesivo de la CPU... de modo que podrías ver un funcionamiento raro por estadística".

A modo de curiosidad comentaremos el hecho de que instalar un "keylogger" y un administrador remoto en el ordenador de un empleado, sin dejar rastros, son seis horas de trabajo y cuatro o cinco horas, cada quince días, para revisar los datos monitorizados.

La pregunta más inmediata que nos surge tras conocer todos estos datos es, ¿son legales estas técnicas de control?

Los posibles riesgos o problemas, anteriormente comentados, justificarían "a priori" la realización por parte de la empresa de un control efectivo de la utilización que, en el seno de la misma, se hiciese tanto del correo electrónico como de internet. Así el art. 20 ET otorga al empresario el derecho a la vigilancia en el uso de los medios de producción (de los cuales es dueño), para verificar el cumplimiento por parte del trabajador de sus obligaciones y deberes laborales

No obstante, este control plantea determinados problemas derivados del posible enfrentamiento entre el derecho arriba citado y los derechos fundamentales que el art. 18 de la CE reconoce a toda persona en relación a su intimidad, al secreto de las comunicaciones y a la libertad informática.

Sin embargo los tribunales se han pronunciado al respecto, y la STC 186/2000 recoge:

"El recorte a la intimidad ha de ser necesario para lograr el fin legítimo previsto, proporcional y respetuoso con el contenido esencial del derecho. El derecho a la intimidad del trabajador se modulará en la medida estrictamente imprescindible para el correcto y el ordenado desenvolvimiento de la actividad productiva. La constitucionalidad de cualquier medida restrictiva del derecho viene determinada por la estricta observación del principio de proporcionalidad.

El poder de dirección del empresario, es imprescindible para la buena marcha de la organización productiva, artículo 33 y 38 de la CE y 20 del ET. Atribuye al empresario, entre otras facultades, la de adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento, por parte del trabajador, de sus obligaciones laborales. Mas esa facultad ha de producirse en todo caso, como es lógico, dentro del debido respeto a la dignidad del mismo, como, del mismo modo y expresamente, nos lo recuerda la normativa laboral.

La conexión de la intimidad con la libertad y dignidad de la persona implica la esfera de la inviolabilidad de la misma frente a ingerencias externas. El entorno personal y

⁹ Idem

familiar sólo en ocasiones tendrá prospección hacia el exterior, por lo que no comprende, en principio, los hechos referidos a las relaciones sociales y profesionales en los que se desarrolla la actividad laboral, que se encuentra más allá del ámbito del espacio de intimidad, personal y familiar sustraído ha intromisiones extrañas por formar parte del ámbito de la vida privada.

El empresario no queda apoderado para llevar a cabo, so pretexto de las facultades de vigilancia y control que le confiere el art 20.3 del ET, intromisiones ilegítimas en la intimidad de sus empleados en los centros de trabajo.

Los equilibrios y limitaciones recíprocas que se derivan para ambas partes del contrato de trabajo suponen, por lo que ahora interesa, que también las organizaciones empresariales se encuentran limitadas por los derechos fundamentales del trabajador, quedando el empleador obligado a respetar aquello.

Desde la prevalencia de tales derechos, su limitación, por parte de las facultades empresariales, sólo puede derivar del hecho de que la propia naturaleza del trabajo contratado implique la restricción de los mismos.

Pero el ejercicio de las facultades organizativas y disciplinarias del empresario no puede servir, en ningún caso, a la producción de resultados inconstitucionales, lesivos de los derechos fundamentales del trabajador, ni se permite la sanción del ejercicio legítimo de tales derechos por parte de aquel, dada la posición preeminente de los derechos fundamentales, valga la redundancia, en el ordenamiento jurídico, teniendo siempre presente el principio de proporcionalidad.”

El derecho a la intimidad y al secreto de las comunicaciones, impediría, en un primer análisis, el acceso al contenido de los correos electrónicos que se envíen o reciban, aún en el seno de la empresa. Así pues, nos encontramos ante la necesidad de compatibilizar dos derechos que, hoy por hoy, encuentran numerosos puntos de fricción. La jurisprudencia, hasta hace no demasiado tiempo, ha sido titubeante y no ha contribuido a la determinación de unos límites precisos.

La Sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Cataluña de 23 de octubre de 2000, analiza el derecho a la intimidad de los trabajadores consagrado en el artículo 18.1 CE, y en el art 4.2 ET, en relación con la instalación de programas diseñados por la empresa para controlar la utilización que el trabajador hace de su ordenador, sin tener conocimiento de ello y sin que la aplicación pueda ser detectada por el usuario. En este caso, la Sentencia considera lícito el uso de estos medios, ya que los encuentra justificados, idóneos, necesarios y proporcionales al fin perseguido, requisitos que la doctrina constitucional establece imprescindibles para modular los derechos fundamentales (STC 10 Julio de 2000).

Por el contrario, el Juzgado de lo Social nº 31 de Madrid, con fecha 26 de marzo de 2001, declaró la nulidad del despido de un sindicalista por vulneración de los derechos fundamentales, al monitorizar su ordenador para controlar su acceso a Internet. El Juzgado entiende que los resultados de control se llevaron a cabo con vulneración de su derecho a la libertad sindical. Asimismo, la Sentencia, en contra de lo que viene estimando otros Tribunales, señala que el ordenador no es simplemente un instrumento de la empresa, sino que además es un instrumento de comunicación con el resto de compañeros.

Si bien, hay que tener en cuenta, como vamos a ir viendo a lo largo de todo el trabajo, que en ocasiones, esta vigilancia es tan extrema que puede ser lesiva, de forma directa, para el derecho a la intimidad del trabajador y, más concretamente, al derecho fundamental del secreto de las comunicaciones. Las empresas suelen justificar esas conductas alegando su finalidad de garantizar el cumplimiento de las obligaciones contractuales a las que obliga al trabajador el propio contrato, así como evitar problemas de seguridad, virus y fuga de datos; unos fines que, si bien son legítimos, pueden acarrear problemas legales.

De este modo, la empresa, al hacer uso de programas informáticos de monitorización, no hace más que ejercer la facultad que le otorga la Ley, en concreto el Estatuto de los Trabajadores, y ello con la finalidad de proteger el patrimonio empresarial o la productividad de los empleados. Un ejemplo de esa facultad de vigilancia se encontraría en el art. 18 del ET, que regula la causa justificativa y el procedimiento a seguir en los registros que se pudieran efectuar en las taquillas y efectos particulares del trabajador.

No obstante, y en base a la casuística jurisprudencial que se ha ido recogiendo a lo largo de los últimos años, cabría establecer algunos parámetros de actuación, como el hecho de que resulta muy necesario el desarrollo en el ámbito de empresarial de un Código de Conducta interno que ofrezca instrucciones claras a los empleados sobre cuál debe ser el uso que se haga de los medios informáticos, y que, asimismo, prevea la posibilidad de realizar controles periódicos que permitan ejercer una vigilancia efectiva sobre el cumplimiento de tales instrucciones. De esta manera, el incumplimiento de estas medidas podría ser considerada como "trasgresión de la buena fe contractual", pudiendo traer consigo incluso el despido. Pero para que esta fórmula surta efecto, es necesario que previamente se de a conocer a los trabajadores su existencia. Y para ello, hay que procurar su difusión a través de medios como el empleo de la Intranet corporativa, la emisión de circulares internas, o incluso la adición de una cláusula al contrato de trabajo en la cual se de a conocer al empleado la existencia de este Código y se requiera su compromiso a respetarlo.

Tras haber analizado los cuestionarios que adjuntamos en el Anexo, llegamos a la conclusión que, sólo en empresas que por su tamaño e intenso uso de las herramientas informáticas hay mayor conflictividad en la materia, se hace necesaria una regulación formal; mientras que en aquellas organizaciones en donde dicha conflictividad no se produce, apuestan por la responsabilidad de los trabajadores.

Para la jurista Lourdes Vargas Cabeza¹⁰, miembro de Legalia Abogados, existen tres supuestos posibles. En primer lugar, nos plantea una situación en la que la cuenta de correo se utilizaría exclusivamente para conceptos laborales. Se puede instalar en el contrato una cláusula que registre el hecho de que el correo electrónico sea exclusivo de la labor profesional o bien, un código de conducta de la empresa que han de respetar todos los trabajadores. El empresario entonces tendría acceso libre a la cuenta de correo. Por otra parte, nos presenta un uso mixto de dicha cuenta, es decir, donde se precisaría de un consentimiento expreso del trabajador cada vez que la empresa quisiera acceder a ella. Y finalmente, la opción de considerar el uso privado del correo electrónico, de este modo el empresario no podría acceder a la cuenta de correo.

Si no se dice nada, hay que entender que la cuenta de correo forma parte del equipo de trabajo del empresario o para desempeño de la actividad laboral, debiendo considerarse

¹⁰ "Límites a la utilización del correo electrónico en la empresa" Julio 2001

legítima la entrada siempre que concurra peligro para el patrimonio empresarial (sobrecarga de la red, correos masivos, etc)

Aún cuando se lleve a cabo la implantación de la medida anterior, resulta imprescindible que la empresa desarrolle, tanto las funciones de control, como las posibles actuaciones sancionadoras, con la debida medida y atendiendo al principio de proporcionalidad. Hay que tener en cuenta que la mera aceptación de un código interno no despoja al trabajador de los derechos constitucionalmente reconocidos. Por ello, y según Paloma Llana¹¹, letrada y miembro de la corte de arbitraje del Colegio de Abogados en Madrid, “Si por fundadas razones decide controlar la navegación de los empleados, no se debe abrir el correo sino listarlos (como ocurre con las llamadas telefónicas) y utilizar el registro y archivo que genera el ordenador sobre los sitios webs que ha visitado el usuario.” De esta forma no sería necesario tomar mayores medidas garantistas (teniendo en cuenta que los empleados conocen y asumen el control empresarial).

No obstante, en el supuesto de que se quisiera realizar una intervención concreta en el terminal del trabajador, o una apertura de los correos enviados o recibidos por el mismo, la protección a la intimidad y dignidad exigiría la adopción de todas las prevenciones y garantías que se puedan exigir. Así, por un lado, la medida debe fundarse en motivos o sospechas sobre la comisión de infracciones muy graves de las normas de conducta y de la buena fe contractual; y por otro lado, que se respeten las garantías que el art. 18 del ET dispone para el registro de las taquillas y efectos personales de los trabajadores (esto es, que se realice en horas de trabajo y con la participación de un representante de los trabajadores y respetando la dignidad del trabajador). Hay que tener en cuenta, que cuando se da apertura a un correo, se está invadiendo la intimidad, no sólo de empleado remitente o destinatario, sino también de su interlocutor, por lo cual las precauciones tienen que ser máximas.

Por otro lado, según la STSJ Madrid 16 de Julio de 2002, también hay que aceptar que la utilización tanto del correo como de internet para fines personales, en tanto sea moderado y esporádico, debe ser tolerado, ya que los Tribunales han estimado que no se trata de un uso abusivo.

No obstante, y aún a pesar de que estas pautas son las que se van consolidando a la hora de definir las posibilidades de control de los medios informáticos en la empresa, hay que advertir que nos encontramos todavía en una fase de cierta indefinición, y que, por tanto, conviene aplicar los principios de prudencia y proporcionalidad en tanto el legislador o su intérprete no nos ofrezcan soluciones más fiables.

C) ALGUNOS SUPUESTOS CONCRETOS.-

Ante la falta de regulación normativa específica, jurisprudencia clara y consolidada o una doctrina homogénea y unívoca, las empresas han optado por resolver el problema que es materia de estudio en esta investigación, como ya hemos apuntado anteriormente, a través de pactos concretos con los trabajadores de su empresa o mediante códigos de conducta para el uso de los medios informáticos.

A continuación, presentamos una visión de cómo, tres entidades, han enfrentado el problema de la utilización de los medios informáticos de la empresa por parte de los

¹¹ “Cuando el uso de internet acaba en despido”

empleados, dejando el tratamiento de los sindicatos y representantes de los trabajadores para un momento posterior.

La primera solución que vamos a estudiar será la dada por la Caja de Ahorros y Pensiones de Barcelona, “La Caixa”, posteriormente, analizaremos la propuesta realizada por los sindicatos en la negociación del Acuerdo Laboral de Fusión de “El Monte”, así como la consulta realizada sobre la misma a la Asesoría Jurídica de la Asociación de Cajas de Ahorros para Relaciones Laborales. Por último, abordaremos el Convenio Colectivo 2003-2005 de Telefónica de España S.A.U., abarcando de ésta manera, las posiciones de los interlocutores así como un pacto entre ambos.

Código de Conducta Telemático Para los Empleados de “La Caixa”.

En 2003, de manera unilateral, esta Entidad tuvo a bien publicar un Código de Conducta que regulase la utilización de las herramientas informáticas en la empresa, ya que su uso incrementa exponencialmente los riesgos a los que se enfrenta. Lo primero que hay que resaltar es la configuración de las mismas como herramientas de trabajo propiedad de la Empresa, que están asignadas a la prestación de servicios propios de ésta, cuya finalidad es garantizar la rapidez y eficacia en la prestación de dichos servicios. Existe, además, un interés empresarial por proteger la información que posee, debido al “carácter sensible y estrictamente confidencial” de las operaciones que se llevan a cabo. Es por ello, que el Código de Conducta es aplicable a todo aquel que se comunique a través de la red interna de la entidad, así como a todos los empleados de “La Caixa”.

Posteriormente, en el código de conducta que estamos comentando, aparece una distinción en función de los distintos tipos de herramientas informáticas, dándole un tratamiento adecuado a cada caso. Dicha distinción es la misma que recogemos a continuación:

a) Utilización de equipos informáticos (hardware).

Todos los equipos son propiedad de “La Caixa” y son facilitados a los empleados para que presten sus servicios laborales. Por lo tanto, queda bien claro que no son idóneos para un uso no laboral. Al no ser propiedad del usuario, se prohíbe cualquier alteración del equipo o su conexión a otros (P. Ej. agregar una disquetera o conectarlo a una impresora) sin la autorización expresa y supervisión de lo que el Código de Conducta llama “Seguridad Informática”, que no es más que un equipo dentro de la Entidad dedicado a velar por la seguridad de la empresa en este nivel.

Como es evidente, si la precaución y cautela son exigibles en el uso de los ordenadores de sobremesa (*desktops*), con más intensidad lo serán si lo que se está utilizando es un *laptop* u ordenador portátil.

En lo que respecta a este apartado, el documento estudiado finaliza con la prohibición de acceder a los sistemas por medio de una contraseña o identificación ajena, a menos que se cuente con la autorización expresa de dicha persona o de su superior jerárquico. Lo cual redundará en la idea de la ajenidad de dichos medios para el empleado y su pertenencia a la organización empresarial.

b) Utilización de los programas y de los archivos informáticos (software).

De nuevo se reincide en la adscripción de estos medios a una finalidad profesional. Ese punto es de especial cuidado ya que engloba a todos los archivos, programas y documentos incluidos en los sistemas informáticos de “La Caixa”. Es decir, afecta directamente a la información confidencial de la empresa, a los datos personales que posea, bien de sus empleados, bien de sus clientes y a posibles responsabilidades de la Entidad derivadas de la Ley de Propiedad Intelectual y/o Industrial, entre otros muchos riesgos.

Así pues, se establece que la información confidencial no podrá enviarse a terceras personas o distintas compañías de las que deban recibir tal información. Los archivos que contengan datos personales, se habrán de tratar con extrema cautela si son susceptibles de estar bajo el amparo de la Ley de Protección de Carácter Personal.

Tampoco se podrán instalar, visualizar o reproducir ningún tipo de archivo, programa, etc... que pueda ser ofensivo o atentatorio contra la dignidad humana. En concreto, para la instalación de programas se precisará de la supervisión de Seguridad Informática ya que puede ser necesaria la licencia que autorice su uso, y la falta de la misma puede ser causa de responsabilidad, no sólo para el empleado, sino también para la Entidad. Mención expresa merecen los programas enviados a través de correo electrónico que requieran instalación en los equipos informáticos, en estos supuestos la reiteración en el cumplimiento de las pautas establecidas y la absoluta necesidad de control por parte de los responsables de la seguridad en los sistemas no es gratuita, ya que es ésta una de las vías potencialmente más peligrosas para la empresa. Ello no obsta para que, “La Caixa”, haya previsto la ejecución automática del antivirus para una mayor cautela.

“La Caixa”, además, prevé como consecuencia de las necesidades de protección ante amenazas informáticas, la posibilidad de revisar, periódicamente, los archivos y contenidos elaborados por cada empleado y almacenados en la red telemática local de la entidad, así como el contenido del disco duro de los equipos informáticos. Esta facultad de revisión se ejecutará, siempre, por parte de los servicios técnicos de la empresa.

c) Navegaciones en la red de Internet.

Una vez más, se reitera el concepto clave presente en el Código de Conducta, el uso de estas herramientas debe responder a un fin exclusivamente profesional, ya que son instrumentos de trabajo. Esta idea va acompañada por las cautelas presentes en el apartado anterior, se han de extremar las precauciones para evitar un uso ofensivo o atentatorio contra la dignidad humana o los derechos fundamentales, así como procurar el máximo respeto a las leyes de propiedad intelectual o industrial.

Como garantía de cumplimiento de estas previsiones se articula, de nuevo, una facultad de revisión a favor del empresario que, a través de los servicios técnicos o de auditoría, y siempre que sea necesario para la protección del patrimonio empresarial o de terceras personas o por motivos de funcionamiento de la empresa, podrá revisar periódicamente los datos de las conexiones a Internet y el contenido concreto de esas conexiones efectuadas desde los ordenadores utilizados por los empleados en el desempeño de sus funciones.

d) Uso de correo electrónico o e-mail.

El tratamiento de ésta herramienta es, cuanto menos, delicada, dada su relación con el artículo 18.3 de la Constitución, relativo al secreto de las comunicaciones. La

solución adoptada en el Código de Conducta de “La Caixa”, parte de una distinción que resulta medular para el correcto tratamiento del e-mail como herramienta profesional. Por un lado, se regula un **correo electrónico empresarial o profesional**, destinado a la prestación de servicios propias de la relación laboral. Por otro, se dota a cada empleado de un correo electrónico personal, para uso exclusivamente particular.

Sobre el primero se especifica claramente, que no puede haber expectativa alguna de privacidad en su utilización, ya que se trata de una herramienta propiedad de la empresa y cuya razón de ser es únicamente la mejora de la prestación de servicios propios de la entidad. Su contenido, al estar inevitablemente unido a la actividad de la empresa para con sus clientes, proveedores, empleados, etc...debe ser auditable por los servicios técnicos de “La Caixa”, y así se establece en el texto estudiado, siempre y cuando existiese una causa que lo justifique como la salvaguarda de la entidad y los demás empleados o el funcionamiento de la misma. En caso de extinción de la relación laboral, consecuentemente con estos planteamientos, la empresa tendrá acceso al buzón para poder reenviar los mensajes profesionales a quien corresponda.

Respecto del **correo electrónico personal** la empresa se limita, únicamente, a proporcionarlo y a asegurar la gratuidad del servicio hasta la extinción de la relación laboral. El esfuerzo de la entidad por desvincularse de este correo es notorio, a diferencia del anterior, el servicio se presta a través de un servidor externo, se prohíbe referencia alguna a la entidad en la dirección de correo electrónico (en el profesional el dominio es lacaixa.es) y la titularidad del correo no es de la empresa sino del empleado, quedando exenta aquella de cualquier responsabilidad por un uso ilegal o inadecuado del mismo. Por ello, el uso que hagan del correo personal no puede ser fiscalizado, en ningún momento ni en ningún modo, por la entidad, quedando en manos de las autoridades judiciales tal cometido.

La utilización de la dirección personal en horario de trabajo sólo podrá ser ocasional y siempre y cuando no interfiera “en el normal desenvolvimiento de la actividad productiva”.

El Código de Conducta finaliza determinando su entrada en vigor y vigencia, estableciéndose como de obligatorio cumplimiento para todos los empleados de “La Caixa”.

Propuesta del Acuerdo Laboral de Fusión, el caso de El Monte.

Como estaba previsto, a continuación realizaremos una aproximación a la propuesta hecha por los sindicatos a la entidad El Monte para la regulación del uso del correo electrónico e Internet.

a) Correo electrónico.

A diferencia del documento anterior, en este caso no se prevé más de un buzón o cuenta por empleado por lo que su titularidad, empresarial o personal, no es clara.

Por un lado, se propone que el buzón electrónico se configure como un derecho del trabajador y no como una herramienta de la empresa. Primeramente, porque se permite el cifrado voluntario de las comunicaciones personales y se confirma su protección a través de las leyes que amparan el secreto de las comunicaciones, y también, porque en ningún momento se vincula su existencia a una finalidad empresarial.

Por otro lado, y como consecuencia de lo anterior, no se establece una facultad de revisión a favor de la empresa, más que cuando existan indicios de abuso o fraude de Ley.

El uso que el trabajador puede hacer del buzón no se limita al ámbito exclusivamente profesional, con él podrá comunicarse, dentro de los límites de la buena fe, por cuestiones tanto personales como profesionales con los sindicatos, administraciones públicas y terceros ante necesidades propias. Dicho uso encuentra sus límites en la legalidad existente y en concreto, en el respeto la dignidad de las personas, prohibiéndose comentarios ofensivos basados en el género, raza, sexualidad,... y las afirmaciones difamatorias.

b) Uso de Internet e Intranet.

De nuevo se evita cualquier referencia a la finalidad que dicha herramienta tiene en la empresa y a cualquier vinculación a la prestación de servicios objeto de la relación laboral.

La propuesta se limita a establecer un derecho del empleado a acceder a sitios y grupos de noticias relacionados con “los sindicatos, el empleo, la salud y seguridad, igualdad de oportunidades y otros asuntos relevantes para sus derechos en el trabajo” (*sic*).

En cuanto a la facultad de revisión o seguimiento de las páginas web visitadas por los empleados, sólo será posible cuando exista un indicio razonable de que el empleado ha cometido “un delito o falta disciplinaria grave”.

Ante estas propuestas, El Monte, decidió realizar una consulta de la que es fruto el **Informe de ACARL**, cuyas ideas básicas exponemos a continuación.

La premisa con la que parte es la de la cautela, ya que no hay unos cimientos sólidos sobre los que elaborar las recomendaciones relativas al control de correo electrónico e Internet para evitar el uso abusivo, o desproporcionado, por parte del empleado.

Sin embargo se marcan tres pautas para reconducir el problema a una solución. En primer lugar, expone el hecho de que se trata de unos medios propiedad de la empresa, y cuyos resultados son pertenecientes a la misma. También recuerda, que el secreto a las comunicaciones es prioritario pero no absoluto. Y finalmente, nos plantea que el control está justificado por la exigencia de buena fe y las posibles responsabilidades en las que pueda incurrir la empresa, siempre y cuando existan indicios de irregularidades.

A partir de estas pautas, la asesoría jurídica realiza una serie de consideraciones a la regulación del pacto en concreto. Observan que hay un reconocimiento del acceso a Internet y al uso del correo electrónico demasiado amplio, por lo que se deberían incluir condiciones de moderación y mesura en el uso de tales herramientas. Igualmente, se recomienda incluir un límite de tiempo de uso.

Convenio Colectivo 2003-2005 de Telefónica de España.-

“Ambas partes son consientes de la creciente importancia que están adquiriendo las nuevas tecnologías en todos los procesos de comunicación [...]. Dado que esta nueva

situación puede producir efectos no deseados, por la posible utilización no adecuada de los mismos, ambas partes consideran conveniente acordar las normas que deben regir la utilización de (estas) herramientas [...]”

Esta es la introducción que da paso a los apartados que regulan la utilización del correo electrónico e Internet. La regulación parte de las dos premisas fundamentales que están presentes en la temática, tal y como ya hemos avanzado en este trabajo: el legítimo derecho de la Empresa de controlar el uso adecuado de las herramientas y medios técnicos que pone a disposición del trabajador para realizar su actividad y, por otra parte, la salvaguarda del derecho a la intimidad.

Dicho esto, se establece que los trabajadores podrán utilizar los medios, en el sentido más amplio posible, en el desempeño de su trabajo o en su relación con los representantes colectivos. Si son usos que exceden de lo habitual deberán usar los cauces adecuados para no causar daños a la Red Corporativa.

Del mismo modo, queda prohibida la falsificación de mensajes, el envío de material ofensivo o discriminatorio, el uso de estos medios en perjuicio de la empresa y el envío en cadena, así como la descarga de archivos no relacionados con la actividad laboral.

El incumplimiento de estas normas acarreará las restricciones y sanciones oportunas. Si existiesen indicios de un uso ilícito o abusivo por parte del empleado, se prevé que la empresa pueda realizar una auditoria, en presencia de algún representante del trabajador o sindicato al que éste estuviese afiliado, para garantizar el mayor respeto de la dignidad e intimidad del empleado.

Nótese la diferencia existente entre la facultad fiscalizadora del empresario del último supuesto y el de “La Caixa”, y de cómo la negociación colectiva puede dar una solución satisfactoria para ambas partes en cada caso concreto.

5.2) SINDICATOS - EMPRESARIO.

Primeramente, para comenzar este capítulo haremos unas reflexiones previas acerca de la postura de los sindicatos más representativos, y de la patronal, así como un análisis de los acuerdos de mayor calado a los que han llegado vía negociación.

El sindicato CCOO estableció unas pautas para la negociación colectiva, vigentes durante la preponderancia de la Sentencia de la Audiencia Nacional, pero que continúa invariada, pues la línea para la negociación en el 2004 recoge básicamente los mismos puntos que procedemos a reproducir:

- El sindicato apuesta por un uso razonable y democrático de la comunicación electrónica, con mesura y normalidad.
- El correo electrónico está protegido por el derecho constitucional del secreto de las comunicaciones, al amparar la Ley tal derecho, como dijimos, la empresa en circunstancias normales no puede acceder al correo virtual.

- En caso de indicio de abuso por parte de los trabajadores, el control no podrá ejercerse sin la presencia de la representación de los trabajadores correspondiente, Artículo 18 del ET.
- La grabación, reproducción o visualización del contenido del correo se considera un tipo delictivo, artículo 197 del Código Penal.
- Libre acceso del sindicato al correo electrónico en la empresa, financiación por parte del empresario en lo referente a uso, renovación y formación de estos medios.
- En caso de que se cuente con una Intranet corporativa , y técnicamente sea posible, se deberá ubicar un tablón virtual sindical.
- La empresa facilitará un área de descanso con acceso a medios informáticos para su uso en periodos de descanso o fuera de las horas de trabajo.
- Los trabajadores tienen derecho a acceder a Internet o intranet para visualizar asuntos relacionados con sindicatos, empleo, salud, seguridad, higiene, etc.
- El empresario se compromete a no visionar de manera indiscriminada los sitios web visitados, sólo lo hará cuando existan signos razonables de comisión de delito o falta disciplinaria grave, y siempre con la presencia de un representante de los trabajadores.
- El control y vigilancia del empresario no debería realizarse sin la existencia de una negociación previa.
- Será necesario probar que los ilícitos se han llevado a cabo por el propio trabajador en cuestión.
- Los trabajadores pueden hacer uso del correo electrónico para sus comunicaciones con sindicatos o administraciones públicas para cuestiones personales y profesionales, así como con terceros ante necesidades personales.
- La recepción y emisión de correos electrónicos no deberá ser observada como un hecho sancionatorio, salvo mala fe o abuso de derecho.
- Sería aconsejable que sea puesta a disposición de cada trabajador una dirección de correo corporativo.
- Los trabajadores se comprometen a obrar de buena fe, usando los medios informáticos para los asuntos descritos, no otros.
- Lo dicho hasta ahora también será de aplicación para trabajadores subcontratados o para relaciones contractuales análogas.
- Con respecto al teletrabajo, se partirá del Acuerdo Marco del teletrabajo.

Queremos destacar un antecedente, relativamente remoto, que hemos encontrado en relación con la elaboración de pauta sindical, este es el Código de Conducta de la UNI o Union Network Internacional, es un sindicato internacional con sede en Ginebra, que en Marzo de 1998 ya apostaba por el derecho de uso, por parte de los sindicatos, de las herramientas de la empresa, como es el caso del e-mail, para comunicarse e informar a sus afiliados.

La otra cara de la moneda, con respecto a la negociación colectiva en el polémico asunto de los ciberderechos, , así como sus puntos de vista respecto a aspectos concretos del presente variable tema, la constituye la postura de la CEOE. Las conclusiones de la misma son las siguientes:

- La aplicación de las medidas de control telemáticas están justificadas, sobretodo, por la posible responsabilidad económica de la empresa, por el mal

uso de estos medios en el trabajo (LOPDGP y LSSI), así como por los daños económicos indirectos que puede causar el uso de las nuevas tecnologías para fines extraproductivos.

- En el mismo sentido de lo anterior, respecto a la posibilidad de comisión de delitos a través de la red.
- La interpretación de la facultad de control del empresario se contempla desde una perspectiva amplia; el límite a esta facultad se encuentra en los derechos fundamentales.
- Valoración “ad hoc” de cada caso en función de las características productivas específicas de la empresa.
- El empresario no tiene porque soportar los costes económicos que supongan la comunicación privada de los trabajadores.
- El ejercicio de los derechos fundamentales no tiene porque interferir en el propio desarrollo del proceso productivo.
- Las lagunas legales serán cubiertas por la negociación colectiva, se respetará el Principio de norma mínima, esto es, se atenderá a la legislación que realmente existe en la materia aunque ésta sea genérica.
- Sumisión tanto de empresarios y trabajadores a la buena fe contractual.
- Los mecanismos informáticos son instrumentos empresariales, como lo es, por ejemplo, el teléfono.
- El correo electrónico es un instrumento de producción o prestación vinculado a los intereses de la empresa, mas también es un sistema de comunicación.

La patronal, o CEOE, y los sindicatos han tardado en llegar a un acuerdo respecto a este polémico asunto, finalmente llegó a suscribirse el 5-2-2004. Varias unidades organizativas, la Confederación General del Trabajo y la AEB o Asociación Española de Banca, se han mostrado reticentes a suscribir varios puntos del acuerdo, como el que nos interesa en concreto. El Acuerdo para la negociación colectiva de 2003 prorrogado, retoma el compromiso de que su comisión de seguimiento prosiga el análisis de la repercusión de las nuevas tecnologías en el ámbito laboral, en su dimensión individual y colectiva.

Así mismo también queremos destacar al respecto, el Acuerdo Marco sobre Teletrabajo suscrito entre la Confederación Europea de sindicatos y las patronales europeas el 16 de Julio de 2002, en el que ambas partes se comprometieron en el plazo de tres años a desarrollar la cuestión de la incidencia de las nuevas tecnologías en el ámbito laboral. Con respecto a los derechos de representación colectiva se cita que los teletrabajadores tienen el mismo nivel de ejercicio que el resto de trabajadores, valga la redundancia, de la empresa. El teletrabajo no será obstáculo para la comunicación entre esos y sus representantes. También los representantes serán informados y consultados sobre la introducción del teletrabajo en la organización conforme a la legislación europea, nacional, convenios aplicables y prácticas nacionales al respecto.

A nivel nacional se desarrolla la repercusión del Acuerdo Marco citado, a través de la comisión de seguimiento del Acuerdo para la negociación colectiva, por medio de seminarios, debates, etc. La comisión se compromete también a adaptar el Acuerdo Marco a la realidad española, interpretando a favor tanto de los trabajadores como de la empresa. Además, las partes firmantes del Acuerdo para la negociación colectiva “comparten en su totalidad el citado Acuerdo Marco sobre Teletrabajo”

Consideramos interesante comentar ahora, la repercusión que han tenido las Sentencias de la Audiencia Nacional (AN), y Tribunal Supremo (TS) referentes al caso BBVA. Analizaremos asimismo, el actual estado de la cuestión como su previsible evolución futura.

Según el Tribunal Supremo en Sentencia de 26-11-2001, el uso que hace el sindicato del e-mail, para comunicar e informar a los afiliados en particular, y a los trabajadores en general, está supeditado a permiso expreso de la empresa o en su caso a negociación colectiva; en caso contrario, esto es, que no exista permiso expreso o negociación colectiva, no es lícito que el sindicato, en el caso concreto CCOO, se comunique con los trabajadores a través de este medio.

La Sentencia dicha, anula otra de la Audiencia Nacional de 6-2-2001, que concedía a la representación sindical, la posibilidad de comunicación por correo electrónico, siempre que se usara con mesura. La controversia llegó hasta estos tribunales, debido a un abuso de derecho del sindicato CCOO, de esta manera, la organización a la que hacemos referencia, colapsó el sistema telemático de la empresa con el envío de mensajes electrónicos. Entonces el BBVA, como salvaguarda de sus intereses y nivel de productividad, comenzó a filtrar correos y rechazar los que provenían de Comisiones Obreras.

El Tribunal Supremo, argumenta que el artículo 8 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical, consagra el derecho a los afiliados a recibir información, empero no establece, que sea la empresa la que tenga que ceder los medios materiales para llevarla a cabo. Continúa la Sentencia arguyendo, que no hay norma jurídica alguna que conceda al sindicato el poder de utilizar los medios informáticos del banco para realizar sus actos comunicativos.

En realidad, la empresa no se opuso a la comunicación informática que se venía produciendo hasta que se colapsó el sistema, afectando, entonces, de manera significativa a sus intereses, de este modo, cuando ese hecho se produjo, como ya se indicó, comenzó a filtrar los mensajes. Tal circunstancia, la de filtrado, fue comunicada a la otra parte en discordia.

Por lo expuesto, la conclusión es la siguiente: El sindicato, y por extensión la representación unitaria de trabajadores, pues ambos en la práctica ostentan las mismas garantías y competencias, no pueden usar el e-mail para su corriente tránsito de información con los trabajadores, usando los canales comunicativos de la compañía, salvo aceptación expresa de la empresa o negociación colectiva.

No obstante lo anterior, el sindicato CCOO ha recurrido la Sentencia vigente ante el Tribunal Constitucional en amparo, calculamos que la resolución está próxima, el sindicato mayoritario tiene el apoyo moral de IU y de la Asociación de Internautas, no obstante, de la entrevista personal realizada a miembros del sindicato, que se desarrollará más abajo, se desprende un cierto pesimismo particular del entrevistado.

Finalmente, dicha organización de trabajadores, argumenta que la STS del caso BBVA es “retrograda y muy poco sólida desde un punto de vista jurídico, además la citada Sentencia incurre en contradicciones, la consideramos incompatible con nuestro ordenamiento constitucional”, de esta manera, interpretan que la LOLS establece el derecho de los sindicatos a comunicarse con los trabajadores con medios telemáticos. Se

solicita, como colofón, un cambio legislativo que actualice y adapte el derecho laboral a las nuevas tecnologías.

Procederemos seguidamente, a analizar e interpretar la legislación o reglamentación oficial más significativa, ya sea nacional, europea e incluso internacional, que incide en el derecho del sindicato a la comunicación e información por medios telemáticos. Tenemos que señalar que no existe regulación específica, aunque sí genérica, demasiado genérica, del derecho de acción sindical por el cauce de las nuevas tecnologías.

Así el artículo 2.1 del Convenio 135 de la OIT, no autoriza el derecho de la representación legal a obtener por parte del empresario un buzón virtual, no obstante, una interpretación espiritualista de la norma nos impelería a considerar el buzón virtual como vía necesaria para facilitar el flujo de información, interpretación aquella que quizás sea demasiado arriesgada de acometer, esto es, interpretación quizás demasiado forzada de la letra de la norma. El artículo 2.3 del mismo cuerpo legal reconoce que la ejecución de los derechos sindicales no perjudicará el funcionamiento eficaz de la empresa correspondiente.

El artículo 11 del Convenio 87 de la OIT, obliga a los estados firmantes, entre ellos España, a adoptar todas las medidas apropiadas para garantizar a los trabajadores el derecho a la sindicación. Como ya se señaló casi inservible a lo que nos interesa, no podemos olvidar que el Convenio citado es de 1948.

Lo dicho en el párrafo precedente reproduzca en esencia con respecto al Convenio de la OIT nº 98. En casi idéntico sentido léase la Recomendación 143 de la OIT, a salvo tan sólo su artículo 16 donde se establece que la empresa debe poner a disposición de los representantes de los trabajadores las facilidades materiales que sea necesaria para el ejercicio de sus funciones. Sin embargo leer aquí e-mail o tablón virtual, pudiera ser una interpretación desproporcionada, demasiado desproporcionada, una interpretación que posiblemente muchos tribunales no asumirán.

Para concluir este análisis internacional, aludimos al Convenio 151 de la OIT sobre protección del derecho de sindicación y los procesos para la determinación de las condiciones de empleo en la administración pública, así como observación individual de las relaciones de trabajo en la misma, que aplica lo plasmado hasta ahora en el derecho internacional a los trabajadores públicos.

En el ámbito nacional nos encontramos con el artículo 28.1 de la CE, el cual contiene el derecho a la libre acción sindical, comprensiva de todos los medios lícitos, y sin la debida injerencia de terceros, esta interpretación la avalan los tribunales, nos remitimos por ello a los párrafos que vamos a dedicar al comentario de la jurisprudencia existente en la materia.

Básicamente nos encontramos bajo el influjo de 3 artículos: Art. 81 del ET, Art 8.1.b) y c) y Art 8.2 a. de la LOLS

Por último el artículo 42.4 y 5 de la Ley 9/87 que corresponde a los funcionarios públicos, reconocen el derecho de información y comunicación sindical, los medios con los que contarán son; un ambiguo *local adecuado*, y quizás un obsoleto, al menos en determinados sectores, *tablón de anuncios*, en el sentido más tradicional.

El pasado 28 de Noviembre de 2000, se debatió en el Senado la moción presentada por Izquierda Unida, reclamando el reconocimiento de los derechos de los trabajadores y sus representantes para utilizar dentro de las empresas el correo electrónico e Internet. En el marco de dicho debate se consensuó, por los grupos parlamentarios la siguiente moción que fue aprobada por unanimidad:

“El Senado insta al Gobierno a que en el plazo más breve posible estudie la forma de poner en marcha las medidas necesarias para considerar el correo electrónico e Internet como instrumentos de comunicación e información de los trabajadores con sus representantes sindicales y viceversa, siempre que la actividad y características generales de las empresas lo permitan, facilitando el acceso de los trabajadores y sus representantes sindicales al correo electrónico de Internet de la empresa con garantía de inviolabilidad de las comunicaciones conforme al marco legal vigente.”

Consideramos necesario reproducir la nueva redacción que de los artículos 81 del ET, 8.1 y 8.2 de la LOLS, realizó Izquierda Unida en su proposición de ley en el Senado rechazada por los votos del Partido Popular y de CIU. Pues entendemos que puede ser especialmente representativa de cara a un futuro, sobretodo después del triunfo electoral de su aliado político el PSOE, entiéndase lo de aliado político con reservas. Esperemos que la regulación no se haga esperar demasiado. Ha de ser atendiendo a las circunstancias, no muy alejada de esta propuesta, no olvidemos que el PSOE votó a favor de la misma en el Senado, es correcto intuir que IU tratará de nuevo de iniciar los trámites, ahora cambiado el gobierno, para la implementación de los artículos citados en el sentido que ya redactó y que, como dijimos, aceptó el PSOE en el Cámara Alta:

Artículo 81 del ET; *En las empresas o centros de trabajo, siempre que sus características lo permitan, se pondrá a disposición de los delegados de personal o del Comité de Empresa, un local adecuado en el que puedan desarrollar sus actividades y comunicarse con los trabajadores, así como uno o varios tableros de anuncios, asimismo cuando en las empresas estén suficientemente implantadas las nuevas tecnologías de la información, se les facilitará un lugar en la intranet de la empresa y los medios técnicos necesarios para garantizar la comunicación electrónica entre trabajadores y representación legal. Las posibles discrepancias se resolverán por la autoridad laboral, previo informe de la inspección de trabajo”*

Artículo 8.1 c) de la LOLS; *Recibir la información que le remita su sindicato a través de todos los medios de comunicación existentes en cada momento. En aquellas empresas cuyo desarrollo tecnológico lo permita, para garantizar que los trabajadores que no dispongan de buzón personal de correo electrónico tengan acceso a la información sindical a través de la red, se habilitarán en los lugares comunes los medios técnicos para posibilitar su acceso.*

Artículo 8.2 LOLS: *Con la finalidad de facilitar la difusión de aquellos avisos que puedan interesar a los afiliados al sindicato y a los trabajadores en general, el sindicato y sus secciones sindicales tendrán derecho a dirigirse a los mismos, en sus respectivos puestos de trabajo, por medio del correo electrónico, la empresa pondrá igualmente a su disposición un tablón de anuncios que deberá situarse en el centro de trabajo y en el lugar donde se garantice un adecuado acceso al mismo de los trabajadores, en aquellas empresas cuya actividad lo permita se facilitará un lugar en la intranet de la empresa, un buzón sindical de libre acceso en la empresa y los medios electrónicos necesarios para garantizar la libre comunicación electrónica.*

Palacio del Senado, a 9 de Mayo de 2001. El 26 de Septiembre de 2001 el pleno del Senado con los votos de los partidos ya citados rechazó la proposición de ley de Izquierda Unida.

Queremos reflejar, en el mismo sentido, que los programas electorales de los tres partidos nacionales mayoritarios, PP, PSOE e IU, no especifican en concreto, ningún compromiso electoral al respecto.

A falta de ley, la importancia la toma la negociación colectiva, pasamos por lo dicho a reproducir la que consideramos más importante y en el mismo sentido a clarificarla.

Existen sectores, empresas, o conjunto de las mismas, que no regulan estos términos, la mayoría. Existen otros que sí lo hacen, concediendo más o menos facultades a los representantes de los trabajadores para comunicarse por estos medios informáticos, como por ejemplo el Convenio Colectivo de Banca.

A falta de legislación al respecto, como ya se ha repetido hasta la saciedad, la negociación colectiva ha lugar, prevemos que hasta que no haya regulación oficial, el número de convenios aumentará reconociendo en mayor o menor grado la posibilidad de sindicatos y representación legal, de usar medios informáticos para ejercer la actividad sindical que estamos tratando, máxime después de la suscripción de la prórroga del Acuerdo Interconfederal para la negociación colectiva, de la que ya nos ocupamos.

No podemos olvidar que la STS en el caso BBVA avala una postura restrictiva de la empresa, ésta puede prohibir el uso de e-mails por parte de la representación. Pasaremos a exponer primeramente los Convenios más representativos en la materia para finalizar con un análisis cronológico, con el objeto de investigar el sentido de la negociación colectiva durante la vigencia de la doctrina del TS, de la AN o de ninguna de las dos.

Pasamos, primeramente, a reproducir literalmente el contenido del artículo 104 del Convenio Colectivo de Cajas de Ahorro de 2003 a 2006, en el que se subordina lo que se pacte a una futura legislación. Sin embargo se exhorta a la representación de los trabajadores a negociar sobre este importante concepto, permitiéndose como medida general el uso de las nuevas tecnologías por los sindicatos, mas sin olvidar el respeto al desarrollo normal de la actividad y su producción.

Artículo. 104.

Las partes acuerdan que mientras no exista una regulación expresa, de carácter general, que afecte al uso y utilización de medios tecnológicos (Internet, Intranet y correo electrónico), las Cajas de Ahorros sometidas al ámbito funcional de este Convenio Colectivo abrirán procesos de negociación con los representantes legales de los empleados, tendentes al establecimiento de las medidas que permitan el uso por los sindicatos de estos medios, sin que ello afecte al proceso normal de actividad y producción.

Queremos destacar la gran cantidad de trabajadores que ven, "sobre satisfechos", más allá de la letra de la ley, su derecho a recibir información de la representación colectiva debido a la buena fe negocial tanto de empresa y sus representantes, que perciben la importancia de la normativización o regulación de un capítulo que tendrá cada vez más importancia en el futuro. Como dijo Heráclito "todo fluye". De nuevo la realidad social y tecnológica superan la capacidad del legislador, la inabarcabilidad de ésta es suplida por la buena voluntad y por la visión de los cambios que acontecen en las necesidades de la empresa, las partes ahora afectadas, patronal y sindicatos, han de dar ágil respuesta a una cuestión social y económica continuamente evolutiva, continuamente cambiante, cuestión que ellos mismos tienen de resolver.

En la misma dirección avanza el Convenio Colectivo de la Banca para el año 2003-2004, que ha añadido un nuevo artículo a propósito de las comunicaciones de la representación de los trabajadores, de tal suerte que la empresa siempre que disponga de intranet como herramienta usual de trabajo y de información a sus trabajadores, pondrá a disposición de los sindicatos que tengan la representación suficiente en el Comité, de un sitio particular en el que puedan difundir las comunicaciones que periódicamente dirijan a sus afiliados y trabajadores en general.

Estas zonas particulares a las que nos estamos refiriendo, serán recursos independientes de gestión documental, de acceso público para la plantilla y exclusivamente de consulta para el personal. Lo que este Convenio está reconociendo es el tablón virtual, pero, ¿nos encontramos ante una concesión graciosa por parte de la empresa o ante una obligación que la empresa tiene con respecto a los sindicatos que la tecnología no ha hecho más que revelar?, nos remitimos para ello a lo expuesto en las conclusiones.

Continúa el Convenio reflejando que, el contenido de las comunicaciones han de contener menciones estrictamente laborales, queda prohibido el uso para otros fines, y el texto de las mismas se sujetará a lo previsto en el artículo 4.2e) del ET. Finalmente, se irán suprimiendo los tabloneros de anuncios tradicionales excepto en aquellos centros en los que no se tenga acceso a intranet.

El Acuerdo sobre canales de comunicación electrónica sindical en Barclays Bank, SA de 31 de Mayo de 2002, establece que la entidad dotará a la sección sindical de CCOO de una cuenta de correo electrónico para transmitir información a los empleados, Comisiones Obreras será por su parte, responsable del uso correcto de la cuenta, y se compromete a ir sustituyendo paulatinamente los medios tradicionales de información por los tecnológicos en proporción a la evolución de la implementación de las nuevas tecnologías en la empresa. Para finalizar esta reflexión, el acuerdo asume su subordinación a disposiciones oficiales futuras.

En una línea parecida, continúa el Convenio Colectivo de Telefónica suscrito el 5 de Abril de 2001, donde se garantiza al delegado de personal o comité de empresa un lugar en la intranet de la empresa, este medio lo poseerán también las secciones sindicales que procedan. También tienen derecho, los organismos de trabajadores arriba señalados, a usar el sistema de correo electrónico corporativo para la actividad representativa, se puede usar así, para recibir y para enviar correos. Los representantes de los trabajadores han de dar a conocer previamente el contenido de los correos a la empresa para su conocimiento, y hasta para su rechazo, siempre y cuando nos encontremos ante una conculcación de la verisimilitud de los hechos a transmitir, o ante una falta de honestidad o de respeto a las buenas maneras. En otro orden de cosas, la representación se compromete a ejercer este

derecho de manera razonable. Se concede a la representación legal de los trabajadores la posibilidad de acceder a internet, de acuerdo con las normas generales de la compañía, así como la futuribilidad, si ello fuera posible, de crear su propio sitio web con los medios de internet / intranet que la compañía pone al alcance de la citada representación. Por último destaca un apunte, entendemos que significativo, y es que en el presente acuerdo entre sindicatos y Telefónica, se recogen sanciones e infracciones expresas respecto del mal uso de las tecnologías de finales de siglo XX en el trabajo.

Se puede vislumbrar, que los convenios o acuerdos que recogen en su cuerpo estas materias, de una forma u otra, reconocen la *potestas* del sindicato de comunicarse con los trabajadores, lo expuesto lo corrobora el Convenio Colectivo de Getronics Solutions SL en España en vigor desde el 1 de Enero de 2003 en el cual, sucintamente diremos, que se facilita el uso de la intranet de la empresa a los representantes de los trabajadores y se permite, por consiguiente, la prudente explotación del correo sindical en la empresa. El Acuerdo SHS Polar Sistemas Informáticos de 24-9-2003 permite el uso del correo electrónico sindical para la comunicación con sus afiliados y trabajadores.

En la misma tesitura, comentamos el Acuerdo de Ibercaja de 12 de Diciembre de 2000, que aunque un poco “antiguo”, es bastante significativo, pues se facilitan medios de última generación a los sindicatos, derecho de acceso a internet, y la comunicación por medios informáticos con los trabajadores. Va por delante, bastante por delante, no sólo del legislador, sino también de los tribunales, por tanto durante largo tiempo ocurrió, ocurre y seguirá ocurriendo, que “al margen de la ley”, de buena fe, ambas partes, con base a las necesidades y posibilidades concretas regulen los ciberderechos. Ambas partes, finalmente, parece que se hacen cargo de que no pueden, no se pueden permitir el lujo de esperar, a que el legislador se pronuncie sobre determinados temas, como son los ciberderechos o las 35 horas, pues todos los días han de poner, las empresas, sus productos y servicios en la calle, han de satisfacer al cliente, que *in fine* es su razón de ser y existir. Es bien sabido, como condición ineludible, que para tener contento al cliente externo, ha de tenerse contento, o al menos no descontento al interno, de forma que la representación negociadora de los trabajadores al obtener estos recursos de la empresa, salen triunfantes de la negociación, aunque, quizás no se estén dando entera cuenta de que el verdadero triunfador es la empresa, y por extensión ellos mismos, que conviven en perfecta simbiosis, o deberían convivir, de manera que, para concluir, lo que afecta a la una afecta a la otra y viceversa. Por fin, tienen intereses individuales contrapuestos, no hay duda, mas los intereses más importantes son comunes, y la prueba está en que en la mayoría de las ocasiones se alcanza un acuerdo, pues de ello no sólo depende aspectos tan volubles como el buen clima laboral, sino quizás, la propia supervivencia de la empresa.

Para concluir, hemos hecho un estudio cronológico de los Convenios colectivos existentes que regulan la comunicación sindical a través de las nuevas tecnologías, así como la normativización de estos derechos en general. Pues pensamos que quizás, durante la preponderancia de la SAN del caso BBVA, la regulación de los ciberderechos en los Convenios serían “pro sindicatos” y viceversa bajo la égida del TS.

De dicho análisis no podemos concluir tal conclusión, basta tan sólo con echar un vistazo a las fechas, pues hay Convenios con regulación beneficiosa para los sindicatos antes de los pronunciamientos judiciales, durante la vigencia de la AN y después.

Por lo expuesto se intuye, que en los ámbitos, sectores o empresas donde se regulan estas cuestiones el sentido común de las partes en “litigio”, sindicatos y comité de

empresa y aquella, ha imperado, independientemente de la tendencia de los tribunales. Como en tantas ocasiones, la negociación colectiva ha dado satisfacción a las necesidades sociales y tecnológicas mucho antes que lo hace el derecho. Sin embargo no podemos olvidar que si los sindicatos desean hacer uso del e-mail para con sus afiliados, van a tener que, como en toda negociación, desgastarse y ceder en otros conceptos, este tema será tratado más adelante cuando reproduzcamos el contenido de la entrevista con el sindicato. Por últimos destacar que los convenios existentes que se preocupan por la materia, incluidos los de sectores tan importantes como la banca, han reconocido la posibilidad de usar el “mailing” sindical, concesión graciosa o negociada actualmente y desde el 26-11-2001, que no derecho de la representación de los trabajadores.

Estudiado los Convenios colectivos más representativos no queremos dejar pasar la ocasión sin aprender de los expertos o conocedores de la materia, para luego sumergirnos en la autoridad de los pronunciamientos judiciales.

En España, se está construyendo el derecho a la libertad informática, partiendo del artículo 10.1 de la Carta Magna donde se reconoce la libertad de la persona. Hay que partir de aquí, debido a que en la CE no existe el reconocimiento expreso a la libertad informática. Este derecho se está construyendo desde 1993 con algunas Sentencias².

Según la página web “dimensis.com”, la LOLS en su Título IV y el artículo 81 del ET, recoge el derecho a la información sindical y de disposición de los medios necesarios para implementar este derecho, como son los locales adecuados y los tableros de anuncios, la redacción literal de los preceptos no permite concluir la facultad del sindicato a poseer, de la mano del empresario, uso de correo e internet.

Dicho artículo se ampara en la STS de 3 de Octubre de 1995, que resolvió la primera cuestión referida al uso del e-mail por parte de la representación de los trabajadores, dicha Sentencia expone con meridiana claridad, que no existe norma jurídica alguna que avale el uso de la página web corporativa o su correo electrónico para ejercitar comunicaciones sindicales. El futuro está, expone la siguiente web, en la negociación colectiva, basándose también en la STS del caso BBVA.

Otros autores, no comparten el mandato del TS respecto a la prohibición absoluta de uso de e-mail por parte de la representación de los trabajadores, al no ser que exista consentimiento expreso o connivencia. Argumentan que una interpretación espiritualista del artículo 8.2 de la LOLS, aconseja permitir el uso de los nuevos soportes electrónicos para este tipo de comunicaciones siempre que no perjudique el normal funcionamiento de la empresa, la protección de los intereses empresariales ya viene recogida, continúa el autor, en el artículo 68 del ET.

Por lo tanto, mientras no se masifique la negociación colectiva al respecto, se deberían de permitir estas comunicaciones sindicales por medio de las nuevas tecnologías siempre y cuando no perjudiquen el normal funcionamiento de la empresa³.

Es compartido por la doctrina mayoritaria, la necesidad de regular de forma imperiosa el uso de internet y las nuevas tecnologías.¹⁴ Ésta corriente continua diciendo que existe un choque de derechos, como otras tantas veces ocurre, entre intimidad y

¹² Presidente del Tribunal Constitucional, Manuel Jiménez de Parga el 26-5-2002.

¹³ Abogado Fernand Jornet Aixard de www.derecho.com

¹⁴ Marta Fernández, escritora de Expansión.

empresa, y según algunos, la última STS del caso BBVA, ha dejado de lado el derecho a la intimidad del trabajador.

En esencia el autor *dixi* que para que las comunicaciones entre empleados y sus representantes sean fluidas, parece lógico que hoy en día se utilicen medios como el correo electrónico, pues ésta es la manera más rápida, eficaz y cómoda de comunicarse con los trabajadores, las nuevas tecnologías brindan una celeridad sin precedentes. Ha de tenerse especial precaución con ciertos grupos de trabajadores, los llamados teletrabajadores, para los cuales, que pasan todas las horas del día delante del ordenador, está desfasado el lustroso tablón.¹⁵

Las voces "pro empresarios" no son reducidas, así los empresarios no tienen ninguna obligación de dejar sus medios materiales para favorecer la comunicación entre sindicatos y trabajadores.¹⁶ Por el contrario, otro sector comenta en sentido inverso y expone que las normativas al respecto no se han adecuado aún a los tiempos, es lógico pensar que hoy por hoy, el correo electrónico es el sustituto natural del tradicional tablón de anuncios, por lo tanto el sindicato estaría en disposición de utilizarlo, negar que los sindicatos usen internet es negar un derecho sindical.¹⁷ En la misma línea aunque con algunos matices, la misma parte de la doctrina apostilla que allí donde los conflictos socio-laborales han sido zanjados y/o la negociación colectiva no ha recogido la regulación de los *ciberderechos* en la empresa, por falta de previsión o descuido, y se ha percibido la necesidad de su regularización a posteriori, la solución está en la elaboración por parte de la propia empresa de códigos de conducta o protocolos, que bajo el amparo de la buena voluntad, resuelva esta cuestión y solvente futuros problemas y mal entendidos, pues la renegociación del convenio o la introducción de un anexo sería menos práctica, siempre y cuando se salvaguarden los derechos sindicales en las nuevas tecnologías. A pesar de lo dicho, este hablante matiza, no es sencillo elaborar un código de conducta válido para todos los sectores, porque en muchos ámbitos los trabajadores no usan ordenadores para sus tareas diarias.¹⁸

Encontramos ciertas opiniones que hemos denominado *particularistas*, si se nos permite la expresión; lo primero de lo que hay que hacerse cargo es del gran vacío legal sobre las nuevas tecnologías en el entorno laboral, este vacío ha de ser cubierto por una negociación colectiva en cada una de las empresas. Y prosigue parafraseando, el uso del correo electrónico *per se* no es malo siempre que las actividades de información se hagan sin abuso de los medios que la empresa pone a disposición sindical. Si la empresa entiende, por tanto, que existe una desproporcionada utilización de estos medios, perjudicando sus intereses, la compañía podría incluso registrar la cuenta de correo del empleado.¹⁹ Esta opción es parcialmente compartida y matizada por otros juristas, así, el único legitimado para limitar el uso de los e-mails en la empresa es el jefe, el uso dependerá siempre de las normas que proponga la empresa. De manera que usar las nuevas tecnologías no es malo, abusar de ellas si, un trabajador que use desproporcionadamente el ordenador podría incluso llegar a ser despedido conforme a derecho.²⁰

¹⁵ Hugo Écija, de Abogados Écija y asociados.

¹⁶ Salvador del Rey, socio de Cuatrecasas y Vicepresidente de la Comisión de Relaciones Laborales de la Asociación Internacional de abogados.

¹⁷ Joseph Montoya, coordinador del área político sindical de UGT.

¹⁸ Francisco González, miembro de la Secretaría de Comunicaciones de la Federación de Servicios Financieros de CCOO.

¹⁹ Juan García Blasco, Catedrático de Derecho del Trabajo de la Universidad de Zaragoza y Presidente de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos.

²⁰ Abogado laboralista Ignacio Arrundi

Como en toda cuestión contingente, encontramos opiniones demasiado parciales, a priori, y hasta radicales, si se nos permite la licencia, como son las siguientes; los derechos sindicales de expresión en la red están siendo ignorados en muchas empresas²¹.

Kriptópolis y la Asociación de internautas suscribieron un manifiesto por la intimidación electrónica el 8 de Nov de 2000 en la que reclamaban entre otras reivindicaciones el derecho de los trabajadores de comunicarse libremente con sus representantes.

Anteriormente, hicimos referencia al artículo 28.1 de la CE, el mero enunciado del artículo al que hacemos referencia se revela como insuficiente, es por ello, por lo que nos vemos en la necesidad de desarrollarlo jurisprudencialmente. Destacan las SSTC 37/83, 51/84, 134/94 entre otras, nos centraremos en la STC 94/1995, por entenderla especialmente significativa.

Dicha Sentencia se apoya en el artículo 2.1 del Convenio 135 de la OIT ya comentado, y reza que las trabas no razonables o innecesarias que dificulten el contacto inmediato entre los representantes y los trabajadores han de ser entendidas como violación del derecho de libertad sindical, el límite de la acción sindical está en la posible perturbación o colisión con el normal desarrollo de la actividad en cuestión, no otro.

Ya citamos la STC de 15-12-83, también hemos de traerla a colación en los siguientes términos, pues nos servirá, sobre manera, para definir el contexto de nuestro estudio. El Magno Tribunal dijo que se permite a la representación la publicación y distribución de cualquier material que esté relacionado con el interés laboral o social de los trabajadores, con la única limitación de que esta actividad no perturbe el desarrollo normal del trabajo.

Queremos destacar una Sentencia, que aunque es del 13 de Octubre del 2000, anterior por tanto a las Sentencias más recientes en la materia, y aunque es “menor”, Juzgado Social nº 25 de Madrid, entendemos que es un alarde de lógica, sentido común y la suscribimos en gran medida. En ella se cita, que la evolución tecnológica permite el empleo de medios más satisfactorios, rápidos, y directos que el tradicional tablón, o la hoja informativa o panfleto. Existen hoy medios tecnológicos que consiguen cumplimentar el derecho a la comunicación sindical con prontitud y eficiencia, sin embargo habrá que atenderse a los casos particulares de cada centro productivo en concreto. Dicha Sentencia lo que hace es equiparar el tablón de anuncios tradicional al virtual, en aquellos centros particulares donde aquel no pueda cumplir, no ya con eficiencia sino con eficacia, la función que le es propia, debería de sustituirse por un nuevo modelo de panel de información. El Tribunal probablemente esté pensando, por ejemplo, en el teletrabajo.

Esta rica resolución, menciona también el correo electrónico y su eventual uso por parte de los sindicatos exponiendo que ha de solicitar permiso a la empresa para su uso, teniéndose que esperar a la contestación pertinente de esta. El correo electrónico sólo se podrá usar sin consentimiento en caso de la necesidad por parte del sindicato de realizar comunicaciones de urgencia, por ejemplo solicitar a los trabajadores que hagan un paro de 5 minutos por algún acontecimiento trágico reciente.

²¹Profesor Manuel Castells, de la Universitat Oberta de Catalunya.

Finalmente, hemos considerado lo prescrito por el artículo 64 del ET al que ya hicimos referencia, nos hemos preguntado, ¿cuáles son las consecuencias jurídicas para el empresario de no informar o no recabar el informe previo preceptivo a la representación de los trabajadores en lo relativo a medidas de control, ya sea de revisión o implantación?

Las consecuencias jurídicas son la imposición de una sanción económica por incumplimiento laboral grave, sanción que impone la autoridad laboral y que oscila entre los 300 y 3000€ aproximadamente. Pero lo más importante es esto, la falta de información o recepción de informe no implica la nulidad de un despido cuya prueba sea obtenida por los medios de control no informados o consultados a la representación de los trabajadores.²²

Seguidamente, incluida por supuesto en este contexto de doctrina de opinión profesional, reproducimos una de las entrevistas personales que realizamos, por entenderla especialmente significativa.

La persona entrevistada fue Don JC Sánchez Narváez, abogado y responsable de la acción sindical en Cádiz, la entrevista se realizó el Lunes 8 de Marzo de 2004 en la sede de CCOO, sita en El Puerto de Santa María, el contenido de la misma fue la siguiente:

Según el entrevistado ya referido, no hay fuentes en el tema, no existe legislación, el único lugar donde podemos acudir es a los tribunales (en el sentido ya visto), con respecto a las posibilidades de legislación futura Don Jose Carlos no se muestra para nada optimista, expone que algunas instituciones se han aprovechado de la última resolución del TS. Nos pone el ejemplo de la gerencia de urbanismo de Jerez de la Frontera, allá los sindicatos se comunicaban con los trabajadores a través del e-mail, existía una flexibilidad de 15 minutos, en ese momento, el sindicato hizo una convocatoria a los trabajadores que no gustó nada a tal gerencia, y en represalia, según nos comentó el sindicalista, prohibió el uso del e-mail sindical. Continúa diciendo que el legislador español podría atender a lo existente en el derecho comparado, continental preferiblemente, ya que a pesar del esfuerzo denodado y loable de la jurisprudencia que rellena los vacíos legales en la materia, en uno u otro sentido, lo mejor es que nuestro legislador tome de una vez por todas cartas en el asunto.

“El derecho responde a intereses”, nos citó, Europa central es un ejemplo de tutela de los derechos fundamentales, el anglosajón es todo lo contrario, máxime a partir del tristemente famoso 11 de Septiembre. En los convenios colectivos observamos el encuentro de intereses contrapuestos, es menester la negociación en este tema.

Don Jose Carlos preveía que la presión de la jurisprudencia tarde o temprano, en lo relativo al volumen de casos fundamentalmente, hará actuar al legislador, el sentido de la norma dependerá del partido gobernante en el momento justo. A pesar de lo expuesto no se puede olvidar que el potencial legislador que afronte la tarea de regular esta materia, no importa de qué signo o de qué partido estará anquilosado por la Sentencia del Tribunal Constitucional en la materia que ha de advenir.

En lo referente a la realidad de la negociación colectiva, nos argumenta que la negociación colectiva se encuentra muy atomizada por el tejido productivo de las relaciones de trabajo, las empresas que existen son por lo general muy pequeñas, por lo

²² STSJ de la Rioja 146/2002, STSJ de Galicia de 22 de Enero de 2000 y STSJ de Cataluña de 5 de Febrero de 1999.

que la mayoría de los convenios o acuerdos de empresa en sus contenidos son muy endebles. En Cádiz por ejemplo, nos ilustraba, existen actualmente 185 Convenios colectivos en vigor, 50 de ellos sectoriales, el 70% de las empresas tienen menos de 25 trabajadores aquí lo que se negocia es salario y jornada.

Entonces, la negociación colectiva avanzará en esta materia exclusivamente en determinados sectores o en empresas grandes, sobretudo en el sur. Otro ejemplo que nos puso es que los convenios de Cádiz que afectan a las pymes engloban a 15000 trabajadores, aquí la negociación en ciberderechos no avanzará mucho porque a los propios trabajadores no les interesa la cuestión. En resumen los convenios colectivos en este asunto avanzarán en empresas grandes estatales o a lo sumo autonómicas así como en determinados servicios sectoriales como son bancos, seguros, etc.

Tal abogado nos explicaba que lo que el sindicato no arranque en los tribunales lo arrancará en la negociación colectiva, la prueba está en lo que actualmente ocurre en la negociación colectiva respecto a las 35 horas, no se han establecido legalmente, sin embargo en el sector público ya se cuentan con ellas, y en el sector privado es a lo que se tiende, no obstante nos reconocía por experiencia personal, que cuesta mucho trabajo alcanzar acuerdos en la negociación colectiva y desgasta mucho. Lo ideal sería que la legislación le reconociera el derecho objeto de nuestro trabajo a los sindicatos, para que estos pudieran desmontarse de este caballo de batalla y tomar cualquier otro.

Por último, nos dijo que para él es fácil la negociación en estos términos (ciberderechos), en empresas grandes y de sector servicios, no en las más pequeñas, también admite que el empresario tiene una fuerza moral a la hora de negociar lo que estamos tratando, fuerza moral que le ha otorgado el TS, y que antes poseía el sindicato de la mano de la AN, si el TC finalmente da la razón al empresario se seguirá negociando en la misma línea y planteándose año a año la cuestión, si da la razón a los sindicatos, estos ostentarán ahora una fuerza, que ni siquiera el legislador les podrá arrancar.

Tómese con cautelas todo lo dicho, no podemos olvidar la probable subjetividad, ya fuera inconsciente del entrevistado, pues es parte, por lo tanto no debe ser juez.

Saliéndonos un poco del tema de los ciberderechos en concreto, el susodicho apuesta por el juicio de proporcionalidad en estos temas de las nuevas tecnologías, ante un potencial despido. En un sentido parecido nos indica que los derechos fundamentales de los que estamos hablando son inespecíficos, así no se quedan a las puertas de la fábrica, además de trabajadores son ciudadanos y personas, mas en el ámbito laboral admite que estos derechos se modulan. Más concretamente, platicando acerca del derecho fundamental a la intimidad, que es el más afectado potencialmente y actualmente cuando las nuevas tecnologías inciden en la empresa, éste se manifiesta como irrenunciable, empero, con cierto pesar nos comentaba que en los contratos del día a día, esto es en la praxis, se producen abusos de todo tipo al respecto.

Nos informa que la polémica desde un punto de vista más general, comenzó con la empresa Hipercor cuando comenzó a poner cámaras a los trabajadores, excediéndose en su derecho de proteger su patrimonio. Además, a medida que se pone trabas a un instrumento o coyuntura, como lo es por ejemplo el poder de dirección del empresario, ya sea por ley o jurisprudencia, se otean las “trampas legales” para saltarse los presuntos impedimentos, nos puso el ejemplo de las ETT, en un tiempo no muy lejano ahorrraban costes, ahora no tanto, tan sólo proporcionan agilidad, sin embargo obsérvese que muchas

ETT se constituyen como empresas de servicios. La “trampa legal” en el contexto del que estamos hablando la es el e-mail corporativo, según nos comentó.

Seguía exponiendo, que no ve ilegalidad alguna en encriptar mensajes, ya sea por parte del sindicato o de los trabajadores individualmente considerados, es más reconoce que a veces el sindicato usa mensajes engañosos colocados en el tablón de anuncios tradicional, por ejemplo nos contó la experiencia de empresas en las que el sindicato tenía poca fuerza entonces procedía a publicar anuncios de grandes movimientos futuros de personal y convocatorias de asambleas que en realidad no existían , pero que hacían parecer al sindicato más fuerte de lo que en realidad era.

Ha quedado claro que la representación de los trabajadores no tiene derecho *per se* a usar el e-mail para comunicarse con los operarios, aunque esta afirmación posteriormente puede ser matizada. Lo que vamos a analizar ahora es si el empresario tiene la obligación o no de aportar a su cargo y coste otros medios tecnológicos para una eficaz comunicación entre aquellos y sus representados.

Nos remitimos a lo dicho y a las Sentencias alegadas cuando se resolvió la cuestión introductoria de este trabajo con respecto a su capítulo sindical, así como a las conclusiones, pero a pesar de ello y para clarificar más si cabe la cuestión , quisiésemos acometer una breve reflexión.

El empresario tiene el deber de aportar estos medios tecnológicos a la legal representación cuando concede permiso expreso para usar estos cauces de comunicación, o bien cuando concede vía negociación la posibilidad de información telemática, ya que de otra forma, esto es si se concediera el derecho a, pero no se concedieran los medios, no sería entonces una veraz concesión.

Mas cuando la representación sindical o unitaria no goce del ejercicio de estos medios de transmisión de información, el empresario deberá otorgar un local adecuado, que tendrá aparatos informáticos, dependiendo de la utilidad que éstos supongan para los representantes en concreto, en relación con el utilitarismo que proceda con respecto a la dimensión de la empresa en particular, medios informáticos que no tendrán ya la finalidad de transmitir información , sino de servir a otros asuntos que sólo la informática puede asumir. Así por ejemplo en una empresa con notables dimensiones de personal la representación de los trabajadores sólo podrá llevar una contabilidad, registro, y organización eficaz por medio de la computadora.

Llegados a este punto, vamos a concretar aún más el procedimiento deductivo de análisis que estamos realizando, de manera que, procede el examen de las experiencias existentes al respecto, esto es, ¿ qué pasa verdaderamente en las empresas en el día a día?

Algunas entidades permiten la comunicación entre representantes de los trabajadores y estos por medio de las nuevas tecnologías, como, por ejemplo, el Deutsche Bank e Ibercaja, los cuales han optado individualmente por favorecer la comunicación sindical a través de la Red.

No obstante, entidades financieras como Banco Santander Central Hispano, BBVA o Caja Madrid prohíben tajantemente la comunicación de los sindicatos con la plantilla a través de la web, haciendo una interpretación literal, que no espiritualista, de las normas arriba señaladas. En la misma línea encontramos a Banesto , el cual impide el envío de

información sindical, no obstante dicha entidad negocia con los representantes de los trabajadores un protocolo de nuevas prácticas.

Especial mención merece La Caixa, que recientemente ha elaborado un unilateral código de conducta de obligado cumplimiento en la empresa, en el que no se dice nada acerca de la contingencia de comunicación por parte de los sindicatos o representación legal para con los trabajadores, pero que si establece de manera pormenorizada las posibilidades de actuación de los trabajadores y de la empresa respecto del buen o mal uso de los medios informáticos.

Quizás muchas empresas deberían de tomar ejemplo del sector banca , que o bien a través de protocolos, o bien a través de Convenio colectivo, reconocen en la realidad la incidencia que las nuevas tecnologías de la información tienen en el trabajo, al margen y como superación del derecho, desactivando de esta guisa potenciales descontentos y conflictos, no cediendo en algo que les perjudica realmente, sino adaptándose como tantas otras veces a los tiempos. Y decimos esto no en un sentido retórico pues actualmente, la mayoría de las empresas no han querido o no han podido regular estos conceptos, normalmente se restringe el uso del correo electrónico no sólo para con los representantes de los trabajadores, sino también para con los trabajadores, argumentando potenciales ataques de virus y fugas de información, así mismo, estas empresas usan los despidos o sanciones para paliar el futuro mal uso del ordenador y nuevas tecnologías, que independientemente de que esté justificado o no, crea conflicto, que hubiera podido ser salvado, creemos que en gran medida, con un protocolo consensuado y equitativo, observando no ya la cúspide del TS, sino la realidad concreta de la empresa en especial.

Por lo que vemos, las empresas han visionado la importancia de una cuestión tan contingente, tan polémica, cuestión que tendrá más importancia a medida que pasen los años y a medida que las tecnologías ocupen un lugar aún más neurálgico en la red productiva, no sólo de cada empresa sino también del país y el mundo.

De esta forma, empresas de la importancia de El Monte, con más de 2000 trabajadores, pidió el 29 de Octubre de 2001 asesoramiento jurídico sobre la cuestión, tal consulta se realizó , como ya se habrá notado, en la época de la observancia a la doctrina de la AN, la respuesta a la consulta fue, como no podía ser de otro modo, de respeto a la doctrina imperante, respecto escrupuloso, el mismo ceñía la posibilidad de comunicación por correo electrónico a la representación de los trabajadores, no a los obreros individualmente considerados.

En el mismo orden de cosas, podemos citar lo que ocurre en la citada empresa más recientemente, donde se permite a los sindicatos enviar correos electrónicos a sus afiliados y trabajadores. El Acuerdo de Condiciones de Trabajo de la Caja de ahorros andaluza, plasma documentalmente las facultades y posibilidades de la representación colectiva, dicho documento es de fecha de 5 de Febrero de 2002, en el que se expone, como en otras muchas empresas, que la representación de trabajadores posee local adecuado, incluyendo ordenador, impresora y las últimas tecnologías, reconociéndose la posibilidad de transmitir información por cauce de los medios citados, cuando ello sea posible.

La conclusión, de lo que realmente ocurre en la empresa española, obtenida entre otras fuentes, de las respuesta emanantes del anexo final de este estudio, así como de lo reflexionado en los párrafos precedentes es la siguiente, en la realidad las sociedades pequeñas, y de sectores con los que no se tiene trato corriente con las nuevas tecnologías, la comunicación a través de e-mail, o a través de otros medios de última generación por

parte de los sindicatos y representación unitaria, no existe. Sin embargo, en empresas de dimensiones importantes y en aquellas que desarrollan su actividad en sectores altamente informatizados, en bastantes ocasiones, se permite el uso de e-mail o tablón virtual de la mano de la negociación colectiva o de la mano, a su vez, de códigos de conducta de la empresa, acuerdos particulares o mera concesión por parte del empresario.

Analizada la realidad de la empresa, estudiamos el asunto particular del teletrabajo en relación con lo derechos de representación laboral, cuestión de parcial importancia hoy, pero de magnífica evolución cuantitativa mañana.

El teletrabajo puede considerarse sin temor alguno, como contrato a domicilio, esta condición la establece Martín Valverde en su Manual de Derecho del Trabajo y la STSJ de Asturias de 16-3-2001, en la que se consideró contrato de trabajo a domicilio el supuesto de un colaborador periodístico que se encargaba de la cobertura informativa de la comarca, desde su casa y por medio de la computadora. Por lo tanto, si el teletrabajo es en la mayoría de los casos trabajo a domicilio, encontraremos trabas materiales para la satisfacción del derecho a recibir información sindical y laboral.

Está legalmente consagrado que los trabajadores a domicilio pueden ejercer los derechos de representación colectiva, excepción hecha de los grupos familiares, así lo recoge el artículo 13.5 del ET, empero Martín Valverde denuncia la ausencia de reglas específicas al respecto, previstas implícitamente en la disposición final 3ª del ET, ausencia que dificulta su ejercicio.

En consulta realizada al sindicato más representativo, nos comentó que la información a los trabajadores se trasmite vía e-mail, sin embargo la gran dificultad consiste en conocer la cuenta de correo electrónico de los trabajadores en particular, lo que convierte en poco efectivo realmente el derecho sindical que estamos analizando. Nos remitimos finalmente a las conclusiones para clarificar al completo este controvertido episodio.

6) DERECHO COMPARADO.

Dada cumplida reproducción y solución a lo que ocurre en España, como estado soberano considerado, veamos que ocurre en algunos de los estados de nuestro entorno, sirva lo siguiente como botón de muestra, obsérvese la centenaria contradicción entre las prioridades y puntos de vista de la corriente anglosajona y la continental.

La legislación estadounidense actual autoriza a los empresarios la vigilancia rutinaria, permitiendo incluso que los mismos no informen acerca de su política de vigilancia. Las leyes aplicables son The Federal Wiretapping Act y la Electronic Communications Privacy Act de 1986, que aunque prohíben la interceptación de comunicaciones electrónicas, contiene tres excepciones importantes que casi constituyen la regla, como son: la excepción del proveedor, del curso corriente del negocio y la excepción dada por el consentimiento.

Como se habrá observado, y ya señalamos la excepción es la regla, además la mayoría de la jurisprudencia americana a fallado a favor de los empresarios.

En Gran Bretaña, la línea es similar, la Regulacion Investigatory Powers Act de 2000, permite la apertura de los correos electrónicos de los trabajadores para combatir los

usos no autorizados de los sistemas de la empresa. Dicha norma permite monitorear o grabar comunicaciones con los siguientes propósitos:

- Guardar los datos de hechos relevantes para la empresa.
- Controlar el cumplimiento de la política de la empresa o de las instrucciones dadas por el empleador.
- Controlar la calidad o entrenamiento de los empleados
- Prevenir o detectar un crimen
- Investigar o detectar un uso no autorizado de su sistema de telecomunicaciones
- Asegurar el efectivo funcionamiento del sistema.

En este país, una encuesta realizada a más de 500 empresas publicada en Agosto de 2003, revela que una de cada cuatro compañías a despedido a algún empleado por el uso de internet. Mas muchos directores de RRHH han permitido a sus asalariados el uso de la red durante 20 minutos para fines personales.

Nos sumergimos en el presente momento en el derecho continental, viajamos a Francia, la justicia francesa a determinado que las cuentas de correo electrónico del trabajador están amparadas por el secreto de la correspondencia. En concreto el Tribunal Correccional de París condenó a los demandados, directivos de la Escuela Superior de Física y Química Industrial de París, por violación del secreto de la correspondencia. Los demandados justificaron la interceptación basándose en que el e-mail se usaba para fines particulares.

El derecho belga por su parte, parece moldeado a la imagen y semejanza de su hermano mayor francés, de forma que el Tribunal de Trabajo de Bruselas en Sentencia de 2 de Mayo de 2000, resolvió que el envío de un correo personal desde el trabajo pertenece a la vida privada del legislador, basándose en el art 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. El Tribunal consideró que bastaba con constatar la cantidad de mensajes enviados o recibidos, el tamaño de los mismos y su carácter privado. Estos datos hubieran sido suficientes para sancionar al trabajador sin necesidad de llegar a despedirlo.

De regreso a la cuna de la libertad continental, el TS francés ya se ha pronunciado sobre la cuestión y literalmente escribe “ Un empresario no puede tener conocimiento de los mensajes personales enviados por un trabajador o recibidos por éste a través de un útil informático puesto a su disposición para su trabajo, aunque el patrón haya prohibido el uso no profesional del ordenador”, de lo contrario se estaría violando el secreto a la correspondencia, la única intervención legítima ha de estar autorizada judicialmente.

En Holanda, la Ley de Protección de Datos Personales del 2001, permite el monitoreo de las actividades electrónicas de los trabajadores, con la participación de sindicatos y representantes de los trabajadores en el diseño de los sistemas de control, también obliga a la empresa a hacer públicas las conclusiones de la vigilancia a los trabajadores.

Allende los mares, para contrastar lo contingente de la cuestión, nos encontramos a Argentina, es uno de los pocos países de sudamérica que tiene un proyecto de ley para regular el uso del correo electrónico en el trabajo, el proyecto autoriza al empleados a leer los mensajes enviados por sus empleadores, por ello a sido ampliamente criticado, sin perjuicio de que se halla aplaudido la tesitura de tratar de regular el impacto de las nuevas tecnologías de la información en el trabajo

7) CONCLUSIONES.

“Obra de modo que tu máxima pueda valer siempre al mismo tiempo como Principio de una legislación universal” Kant.

Con esta cita queremos reflejar, lo que entendemos ideal para el mejor desenvolvimiento de la actividad productiva, y para la desactivación de potenciales conflictos de intereses y laborales. Antes de comenzar nuestra reflexión necesitamos hacernos una pregunta capital, ¿Es verdaderamente necesaria una regulación estatal de la materia?

Entendemos que la necesidad existe, empero, no es desesperada, nos encontramos ante una cuestión que está en permanente desarrollo, por lo que su casuística es de dimensiones virtualmente impredecibles, téngase en cuenta que cualquier asunto jurídico en sí mismo es, casuístico, si se me permite la redundancia. No es desesperada por tanto, por que en la negociación colectiva al más alto nivel ha pasado ya a tomarse muy en serio el presente tema, ha pasado ya a consensuarlo.

A continuación de lo dicho, justificamos que una regulación es necesaria por varios motivos, y lo es al igual que puede ser necesaria en otros ámbitos, sin embargo la creciente evolución de las nuevas tecnologías en el mundo laboral, y en la vida real demandan cierta prioridad. Si nos lo permiten, parafrasearemos metafóricamente a Malthus. “Mientras que el derecho crece en progresión aritmética, las nuevas tecnologías crecen en progresión geométrica”. Este es el principal problema, que se da en muchos asuntos jurídicos pero que se multiplica exponencialmente en el presente. No se debe dejar seguir ganando terreno a la evolución tecnológica, pues ya goza de más que suficiente ventaja.

Una regulación es también necesaria desde un punto de vista político, esto es, cada vez son más las voces que se alzan para la normativización de estas tecnologías en el trabajo, y seguirán aumentando, ya se han analizado la cantidad inmensa de autoridades y pensadores que solicitan una pronta regularización

Para terminar la argumentación, diremos, que una regulación también es necesaria para descargar de trabajo a nuestros desmesuradamente sobrecargados tribunales. Es claro, que una regulación particular sobre el tema, servirá de filtro con respecto a muchos problemas y asuntos. Imaginemos que ocurriría si mañana por ejemplo se eliminase el art. 54 del ET referente al despido disciplinario, la avalancha de conflictos sería inabarcable.

Pero sabiendo que la realidad no es la deseada, las conclusiones a las que hemos llegado son las siguientes:

El empresario tiene a su disposición diversos medios técnicos para el control, la adopción de cualquiera de ellos debe hacerse asumiendo que, en caso de fricción con algún derecho fundamental, se deben observar los requisitos de necesidad de la medida, idoneidad para el fin perseguido y proporcionalidad (STC 10-7-2000). La empresa, como parte de una sociedad democrática, no es ajena al compromiso de ésta con los derechos fundamentales del individuo, es más, se beneficia de su promoción porque los individuos son su “alma”. El respeto a estos derechos debe ser el máximo posible, por ello, el control empresarial no podría interferir en el contenido de las comunicaciones personales. Sin embargo, la empresa, sí que puede adoptar otro tipo de medidas, como la restricción a

determinadas *Web*, el control del tiempo de conexión o incluso de los destinatarios de los correos. Es conveniente recordar que en el supuesto del correo corporativo el tratamiento del mismo es de herramienta de la empresa, por lo que no cabe expectativa alguna de privacidad en el mismo.

Con respecto a la información guardada en el ordenador asignado al empleado, caben dos posibilidades. La primera es que no se permita el uso para fines personales, por lo que nos remitimos a lo dicho con respecto al correo corporativo, y la segunda es que sí se permita un uso particular, en tal caso existirían límites a la hora de controlar tal y como se ha expuesto anteriormente. La observancia de los requisitos dictados por el TC es inexorable. En la práctica, esto se concretará contando con la participación de los representantes de los trabajadores y del propio trabajador.

Quede clara nuestra postura, estos medios se configuran como herramientas de la empresa, de titularidad de la misma y que tienen un fin estrictamente laboral, por lo que concluimos que no son medios aptos para usos particulares a menos que la misma empresa así lo prevea, lo que puede hacerse perfectamente por el camino de la negociación colectiva. La mayor o menor permisividad dependerá de la realidad de cada empresa en concreto, por lo que es difícil e incluso inconveniente decantarse por una solución aplicable a todos los casos. Sin olvidar lo anterior, es nuestra opinión que cierta flexibilidad, en ciertos niveles y en determinados supuestos, puede llegar a ser positiva para el funcionamiento de la empresa.

En lo referente a la situación de los representantes de los trabajadores, consideramos que no existe, hoy por hoy, un derecho como tal, a dirigirse a los empleados a través de un correo electrónico facilitado por el empresario, por lo tanto éste puede negarse a dotarles de estas herramientas. No obstante, en casos de una necesidad imperiosa o extraordinaria de comunicación (y que en esa necesidad coincidan tanto unos como otros) se les debe consentir el uso de *e-mail*.

En cuanto al llamado “tablón virtual” o lo que viene a ser lo mismo, un lugar reservado a los sindicatos en una *Web* de Internet o intranet de la empresa, tampoco se puede considerar que tengan, en sentido estricto, un derecho a ello. Sin embargo, nos parecería aconsejable que en función de la empresa en concreto, se habilitara un espacio en la Red Corporativa ya que lejos de tener una visión de la relación empresa-sindicato como algo necesariamente conflictivo, tenemos de ésta una visión de colaboración, por lo que si no fuese gravosa la concesión de estos medios, la empresa debería colaborar con los sindicatos para que las comunicaciones con los empleados fuesen lo más eficientes posibles.

En caso de que, bien por vía de la negociación colectiva, bien por vía de la concesión unilateral, los representantes de los trabajadores gocen de dichos medios, se podrán establecer controles que se limiten a garantizar el correcto funcionamiento de los sistemas informáticos o el normal desenvolvimiento de la actividad productiva.

Mención a parte en nuestras conclusiones merece el caso del ordenador de la empresa cuando se usa desde el domicilio del empleado. Debido a las características especiales del teletrabajo, el control sólo cobra sentido respecto a la seguridad de la red de la empresa, datos confidenciales que contenga, protección frente a intrusos, etc.

Respecto al uso de estos medios en la relación sindicato-teletrabajador, el empresario no tiene obligación legal en base a lo referido anteriormente. Sin embargo, del

Acuerdo Marco Europeo sobre el Teletrabajo se extrae un especial empeño de los interlocutores sociales tanto europeos como nacionales para la progresiva implementación de los “ciberderechos”.

BIBLIOGRAFÍA.

- Ausfelder, T. (2002):Relaciones laborales: Asignaturas pendientes Ed. Océano Ambar.
- Base de Datos Aranzadi.
- Bodas Martín, R. (1997):El poder de dirección de empresario, Ed. IBIDEM Ediciones.
- Dolan, L. y Martín, I (2000):La motivación del personal de su empresaEd. Gestión 2000.
- Martín Valverde. (1998):Manual de Derecho del Trabajo Ed. Tecnos.
- Martínez Fons, D. (2002):El poder de control de empresario en la relación laboral Ed. Consejo Económico y Social.
- Memento Social
- Montoya Melgar (2000):Manual de Derecho del Trabajo Ed. Tecnos.
- Nelson, B. (2002):1001 formas de recompensar a sus empleadosEd. Gestión 2000.
- Ojeda Avilés, A. (1995):Derecho Sindical. Ed. Tecnos
- www.alfa-redi.org
- www.apmagistratura.com
- www.arearh.com
- www.ccoo.es
- www.ceoe.es
- www.ciss.es
- www.comfia.net
- www.cteletrabajo.com
- www.ctescat.net
- www.davara.com
- www.delitosinformaticos.com
- www.der.uya.es
- www.derecho.com
- www.dimensis.com
- www.e-legalbcn.com
- www.elrinconcito.com
- www.europa.eu.int
- www.expansionyempleo.com
- www.ilo.org
- www.internautas.org
- www.izquierda-unida.es
- www.kriptopolis.com
- www.marianorajoy.es
- www.masterdisseny.com
- www.noticiasjuridicas.com
- www.pp.es
- www.psoe.es
- www.redcordoba.com
- www.rrhhmagazine.com
- www.santivirus.com
- www.ugt.es
- www.uned_terrassa.es
- www.universia.es
- www.uoc.edu