

JORDI GARCÍA VIÑA

Doctor en Derecho

Profesor Titular E.U. de Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Universitat de Barcelona

2.º Premio Estudios Financieros 2001

Modalidad: Derecho del Trabajo y Seguridad Social

Extracto:

EN la actualidad vivimos inmersos en la Sociedad de la información. Esta nueva sociedad está irremediablemente unida al crecimiento y a la aplicación de las nuevas tecnologías. A medida que se vayan implantando y desarrollando van a permitir el establecimiento de nuevas formas de trabajar y de nuevos sistemas de utilización de nuestro tiempo de ocio.

La Sociedad de la información comprende ideas tan variadas como la televisión digital, internet, la cibercultura o, entre otros conceptos, las autopistas de la información. Esta implantación progresivamente se va generalizando a medida que cualquier persona pueda tener acceso, en cualquier momento y lugar, a todo tipo de información.

Concretamente, las empresas han sufrido importantes cambios como consecuencia de la introducción de las nuevas tecnologías. Aspectos tan importantes como la propia organización interna, las comunicaciones o la relación con proveedores y clientes se ha transformado y, normalmente, se ha simplificado gracias a la informática.

Esta transmutación puede observarse en tres aspectos:

En primer lugar, las denominadas empresas electrónicas, en las que su utilización presenta cuatro ventajas principales:

- 1) Es una herramienta perfecta de gestión.
- 2) Facilita todas las operaciones de logística, por lo que supone una relevante reducción de costes.
- 3) Ayuda a vender y a comprar.
- 4) Facilita la investigación y el desarrollo.

Sin embargo, la gran crisis de las empresas tecnológicas amenaza seriamente su desarrollo.

En segundo lugar, el teletrabajo, como modo de organización y gestión del trabajo, que genera un complejo nudo de relaciones entre la persona que se encuentra prestando sus servicios, bien en telecentros, o en su propio domicilio, y la empresa para la que trabaja. Temas como el cómputo de la jornada de trabajo, los sistemas de retribución o la salud laboral están pendientes de resolución.

En tercer lugar, y principal, el uso de internet en las empresas, en el que cabe distinguir entre la utilización personal de los trabajadores y el posible derecho de los sindicatos a que este mecanismo se convierta en una herramienta de comunicación con sus afiliados en las empresas. Es necesario alcanzar un equilibrio entre el disfrute de estas nuevas tecnologías por parte del trabajador en la empresa y los mecanismos de control del empresario. De esta manera se ha de poder evitar que el trabajador no se pase toda la jornada de trabajo navegando por páginas web que sólo le interesan desde el punto de vista personal y que el empresario no disponga de total impunidad para conocer el contenido de los correos electrónicos que el trabajador envía por medio del servidor de la empresa.

Mención aparte supone la utilización del correo electrónico y de las páginas web por las secciones sindicales de una empresa. ¿Existe un verdadero derecho a su uso? ¿Cuál es el límite? ¿Se puede asimilar tablón de anuncios a página web? ¿Cablen envíos generalizados con las comunicaciones del sindicato? ¿Puede la empresa limitar el contenido de la página web de la sección sindical?

Este trabajo trata de dar respuesta a estas preguntas, pero con la advertencia para el lector que, como en la mayoría de cuestiones del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, no existe una única solución. Sin embargo, sigue siendo el acuerdo entre la empresa y los trabajadores el mecanismo más adecuado.

Sumario:

1. Introducción.
2. Las e-empresas.
3. El teletrabajo.
 - 3.1. Cuestiones generales.
 - 3.2. La implantación en la empresa.
 - 3.3. Cuestiones jurídico-laborales.
4. Uso de internet en las empresas.
 - 4.1. Planteamiento del conflicto.
 - 4.2. Mecanismos de control empresarial.
 - 4.3. Requisitos para el establecimiento de estos mecanismos.
 - 4.3.1. Exigencias organizativas o de control.
 - 4.3.2. Existencia de indicios.
 - 4.3.3. Principio de legalidad.
 - 4.3.4. Principio de proporcionalidad.
 - 4.3.5. Motivación de la resolución judicial.
 - 4.3.6. Principio de subsidiariedad.
 - 4.3.7. Principio de especialidad.
 - 4.3.8. Principio de temporalidad.

4.4. Mecanismos de control.

- 4.4.1. Establecimiento de un código de conducta.
- 4.4.2. Uso profesional del correo electrónico.
- 4.4.3. Sistemas de monitorización.
- 4.4.4. Consentimiento de los trabajadores.
- 4.4.5. Comunicación a los trabajadores.
- 4.4.6. Comunicación a los representantes de los trabajadores.
- 4.4.7. Encriptación de los mensajes.

4.5. Consecuencias jurídicas.

- 4.5.1. Pruebas ilegales.
- 4.5.2. Conductas tipificadas.

1. INTRODUCCIÓN

En la actualidad vivimos en la Sociedad de la información. Los continuos cambios que se han ido sucediendo durante los últimos cincuenta años han motivado que estemos utilizando conceptos tales como cibercultura, aunque no sepamos claramente qué significan ¹. En todo caso, sí se percibe una serie de transformaciones en las relaciones sociales, en los modelos económicos o incluso en los valores.

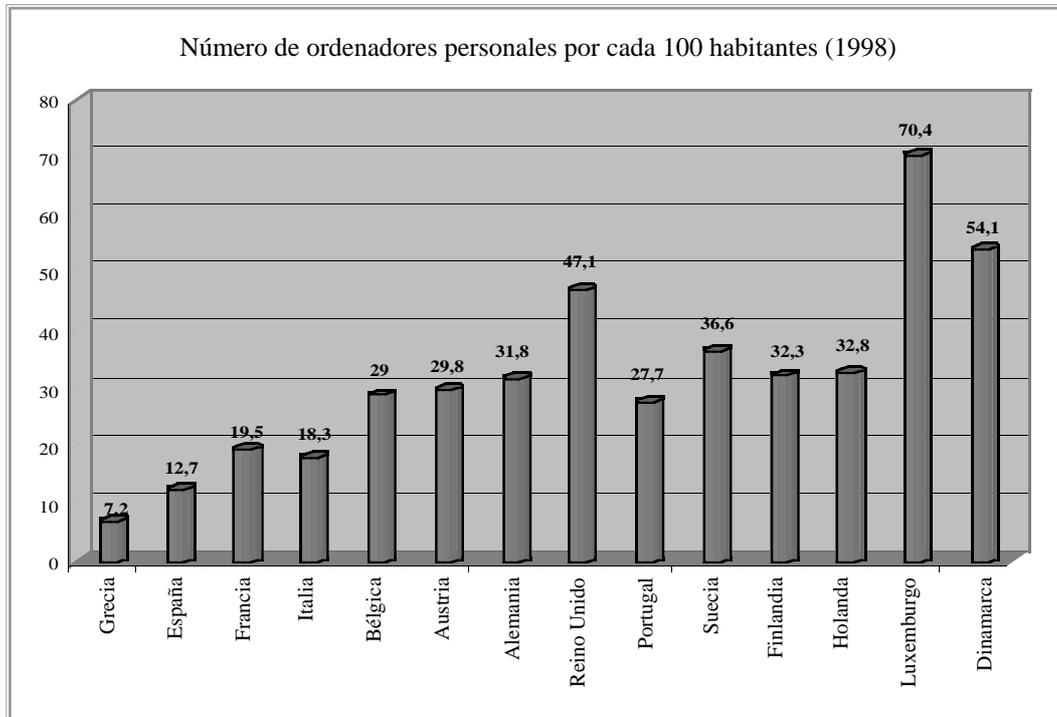
La Sociedad de la información comprende ideas tan variadas como la televisión digital, internet, el teletrabajo o, entre otros conceptos, las autopistas de la información. Esta implantación progresivamente se va generalizando a medida que cualquier persona pueda tener acceso, en cualquier momento y lugar, a todo tipo de información.

Esta nueva sociedad está irremediablemente unida al crecimiento y a la aplicación de las nuevas tecnologías. A medida que se vayan implantado y desarrollando van a permitir el establecimiento de nuevas formas de trabajar y de nuevos sistemas de utilización de nuestro tiempo de ocio.

Esta transformación pasa por un doble hito.

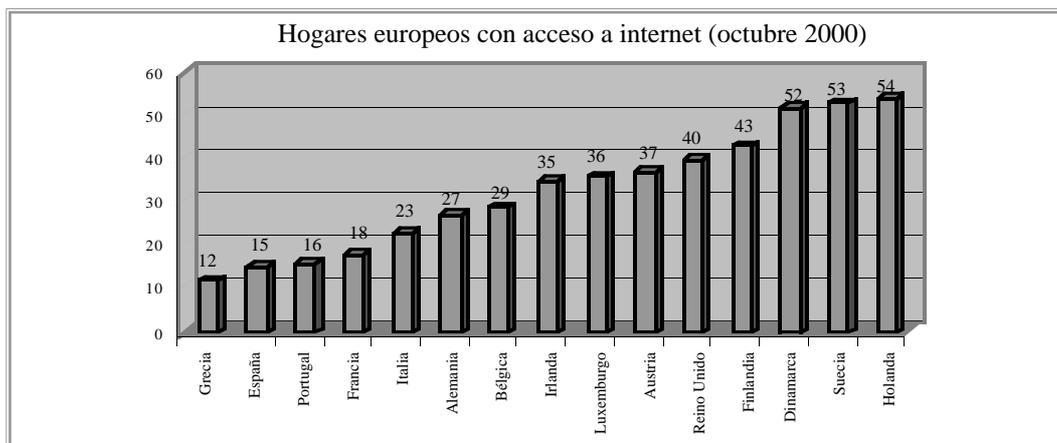
En primer lugar es necesaria la implantación de los equipos informáticos, tanto en las empresas como en los domicilios particulares. Como puede observarse en el siguiente gráfico, las diferencias son importantes según los países, sobre todo respecto a Luxemburgo, los países del Norte de Europa y Gran Bretaña.

¹ Véase un Diccionario sobre estos términos en <http://www.dack.com/web/bullshit.html>.



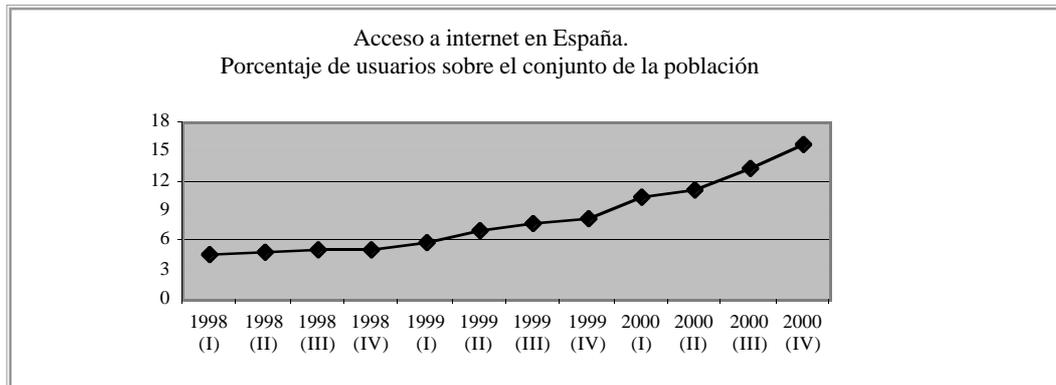
FUENTE: EUROSTAT.

En segundo lugar, no sólo es suficiente poseer un equipo informático, sino que éste ha de estar conectado con el resto de ordenadores. Esta conexión se logra mediante la instalación de un modem en cada uno de los equipos. Además, es necesario, para lograr la comunicación entre los diversos usuarios, que estén conectados a internet. Esta conexión, realizada a título individual, es desigual en los países de la Unión Europea, donde la media se sitúa, aproximadamente, en el 28% sobre la población total.



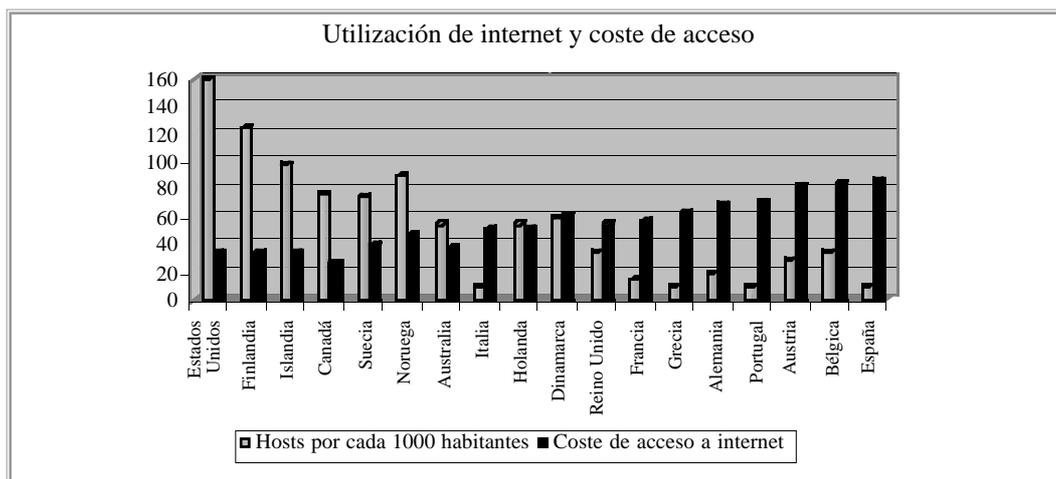
FUENTE: Eurobarómetro.

España presenta niveles bajos de acceso a internet. Sin embargo, se aprecia un proceso evolutivo, que se ha iniciado hace relativamente poco tiempo y que progresivamente está aumentando, tal y como se demuestra en el siguiente gráfico.



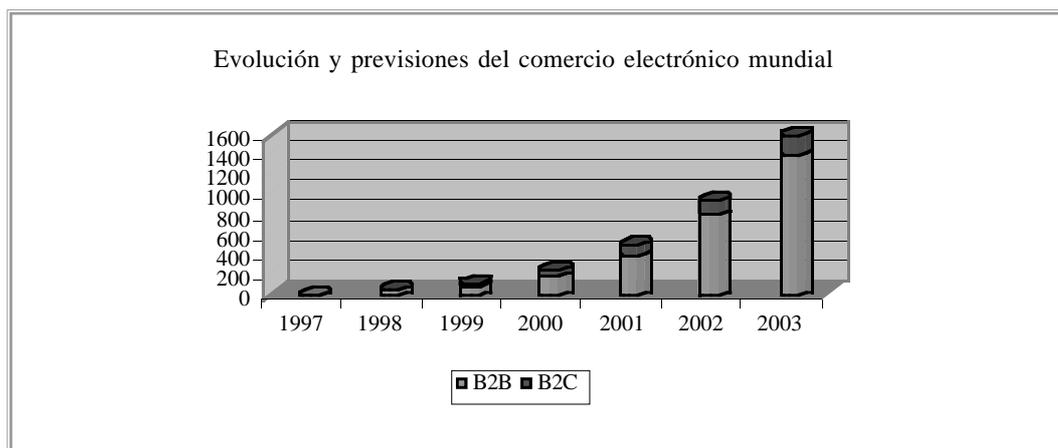
FUENTE: *Estudio General de Medios.*

Ahora bien, como se ha podido comprobar en estos dos gráficos anteriores, existen países, entre ellos España, en los que el nivel de desarrollo de estas nuevas tecnologías aún está en sus inicios. Las causas son múltiples, entre las que cabe citar quizá las tres principales: infraestructuras en período de desarrollo, precios no competitivos de los servicios de conexión telefónica y falta de conocimiento por un amplio sector de la población. La lentitud en el desarrollo de estas tecnologías se debe a la presencia de un círculo endémico, representado por una correlación entre el uso de internet y su coste. Por esta razón, se debe romper este proceso viciado, ya que a medida que los avances técnicos y la liberalización del sector permiten sustanciales reducciones de precio, crece el uso habitual de la red, tanto en la vida cotidiana como profesional. Este contacto puede observarse en el siguiente gráfico, donde mayor número de conexiones implica un precio más reducido, y viceversa.



FUENTE: OCDE. *Costes medios en dólares de acceso a internet de 20 horas al mes, según media del período 1995 a 2000.*

Quizás uno de los indicadores más claros de este desarrollo exponencial y sin fin se halla en la penetración del comercio electrónico. Éste va a experimentar un vertiginoso crecimiento desde un doble punto de vista. Ya existe un cierto desarrollo del comercio electrónico entre empresas, denominado B2B. Sin embargo, el que se espera que alcance un crecimiento ilimitado es el comercio de empresas a consumidores, llamado B2C, que va suponer un profundo cambio en las pautas de compra y distribución de productos.



FUENTE: *Internet Commerce Market Model v6.1, IDC (2000).*

En miles de millones de dólares.

Es evidente, por tanto, que existe una diáfana relación entre internet y las relaciones laborales. Las nuevas tecnologías ya forman parte de nuestras empresas. Ahora bien, esta realidad indudable va a generar un número indeterminado de conflictos, tanto organizativos y económicos como jurídicos. Son precisamente éstos los que se pretende analizar en este trabajo, divididos en tres grandes asuntos de realidades suficientemente distintas como para poder ser abordados de manera separada: las e-empresas, el teletrabajo y el uso de internet en las empresas.

2. LAS E-EMPRESAS

El cambio en las formas tradicionales de organización del trabajo es radical, de manera que la principal característica del sistema de relaciones laborales es la diversidad. Esta diversidad de situaciones se debe al profundo cambio sufrido en las economías occidentales desde la década de los años setenta. El fin del fordismo supuso que el modelo fundamentado en grandes fábricas, donde se producían ingentes cantidades de un mismo producto destinadas a un consumo en masa, se debilitó.

La organización del trabajo en este modelo de empresas se regulaba colectivamente. Había distinciones de los trabajadores según grandes grupos, basados en una profunda separación entre «los encargados de la concepción del sistema» y «los ejecutores de las tareas encomendadas». Ésta era una distinción fundamental, había un pequeño grupo de trabajadores cualificados frente a una gran mayoría de trabajadores sin cualificación formal, formados a partir de una larga experiencia a pie de máquina ².

Después de la crisis económica de los años setenta hay un cambio hacia la demanda de productos adaptados a las necesidades de cada cliente y, de mayor calidad. Los sistemas de producción en masa se adaptan mal a la demanda de productos diferenciados, dado que su base es la producción de un producto idéntico en grandes series. La demanda se diversifica implicando que las series de producción se deben acortar, haciendo poco viables económicamente las instalaciones de «producción en cadena» destinadas a grandes volúmenes. El proceso productivo de las empresas se flexibiliza. Hay una tendencia que lleva al encogimiento de las grandes empresas. Las empresas no pretenden realizar en una planta todo el proceso que lleva a la obtención del producto final, si no que tienden a organizarse conservando una serie de servicios clave en sus centros propios, pero creando una red de proveedores amplia, que interviene en las partes intermedias del proceso.

Existe una reconversión de la gran empresa en empresa-red, que conserva en su núcleo las partes estratégicas del proceso de concepción y producción de bienes y servicios y subcontrata a otras empresas las partes consideradas menos clave de todo el proceso. En el caso de empresas industriales, suelen conservar las fases de concepción del producto, pero el proceso de producción se reduce normalmente a ensamblaje de diferentes componentes ³. Esto hace que alrededor de las grandes empresas aparezca un amplio conjunto de pequeñas empresas entre las que se establecen diferentes mecanismos de coordinación y subordinación respecto a la empresa cliente.

Estos procesos también se ven influidos por otro cambio fundamental en la estructura económica como es la creciente importancia del sector de servicios frente a otros grandes sectores productivos, principalmente la industria. La población ocupada en el sector servicios es creciente, caracterizándose por la gran variedad de situaciones que incluye un amplio espectro de actividades, combinando operaciones con un alto valor añadido y un gran componente de innovación, a otras tareas más primarias.

Los cambios que se producen en la organización de la producción, y por ende del trabajo en la empresa, tienen un objetivo claro, según CASTELLS ⁴: enfrentarse a la incertidumbre que aparece provocada por el rápido cambio de ritmo en el entorno económico, institucional y tecnológico de la

² Sobre esta división del trabajo, BRICALL, *Introducción a la Economía*, Barcelona, (Ariel), 1985, págs. 32 ss.

³ Sobre esta nueva dimensión, VELARDE FUERTES, *Los años en que no se escuchó a Casandra*, Madrid, (Fundación Cánovas del Castillo), 1993, pág. 103.

⁴ CASTELLS, *La era de la información*, Barcelona, (Alianza Editorial), 1999, pág. 124.

empresa. Con esta finalidad, es necesario aumentar la flexibilidad dentro de la producción, la gestión y la comercialización. Aparece, entonces, la flexibilidad como concepto profusamente usado, y que engloba diferentes ideas, que a menudo son difíciles de resumir.

La introducción y consolidación de las tecnologías de la información, en sus diferentes formas, en los procesos de producción de bienes y servicios es un cambio fundamental.

Las tecnologías de la información permiten introducir técnicas de transmisión de datos *on-line* y fórmulas de control de resultados eficientes. No son la causa del cambio en la organización del trabajo por sí mismas, aunque posibilitan la adopción de nuevas fórmulas. Los cambios en la organización del trabajo dependen de múltiples factores entre los que están las decisiones de la dirección, los sistemas de relaciones laborales, el entorno cultural e institucional y las políticas de los estados.

A partir de este asentamiento se pueden deducir tres consecuencias principales:

1. Aumenta la población ocupada en profesiones informacionales. Las tendencias llevan al aumento de las profesiones basadas en el «conocimiento» en el terreno de la ingeniería, la gestión, la consultoría, el marketing, los medios de comunicación y el ocio. En el futuro la ocupación se caracterizará por un aumento del trabajo «de cuello blanco». Pero, unido a este proceso la subcontratación de actividades permite el resurgimiento del trabajo mixto y autónomo, dado que pequeñas empresas se pueden especializar en el ofrecimiento de bienes y servicios altamente especializados.
2. Se da un proceso de globalización de la economía. Los mercados de productos y servicios se han ampliado, funcionando a escala mundial, sin grandes restricciones, dado que la ideología dominante ha sido el liberalismo que cree en el mercado como un mecanismo eficiente de distribución de recursos ⁵.
3. Se suele asociar flexibilidad del mercado de trabajo con dualización y segmentación de los trabajadores. Es cierto, pero cabe tener en cuenta que el fenómeno de la flexibilidad si algo nos enfrenta es a la complejidad. Debemos distinguir entre la flexibilidad externa, que se basa en usar el mercado de trabajo en el límite de las condiciones laborales y la flexibilidad interna en las empresas donde se pueden organizar sistemas de trabajo más eficientes sin significar unas peores condiciones de los trabajadores, en muchos casos, pactando condiciones más beneficiosas para ambas partes.

En la nueva organización del trabajo un rasgo fundamental es la aparición de múltiples situaciones entre la ocupación efectiva y la desocupación. La flexibilidad en el uso del trabajo provocará fundamentalmente una individualización de las personas en el proceso de trabajo, se rompe con

⁵ Sobre el pensamiento único, ESTEFANÍA, *La nueva economía. La globalización*, Madrid, (Editorial Debate, SA), 1996, págs. 36 ss.

la socialización del proceso de trabajo. Hay un crecimiento de la integración del proceso de trabajo, pero una mayor desintegración de la fuerza de trabajo. Por esta razón RIFKIN habla de «ganadores y perdedores de la alta tecnología»⁶.

La principal función que asume internet en las empresas es que les permite solidificar su posición, y principalmente de las PYMES, en el mercado, para crear un valor sólido y de futuro. Más que una oportunidad de diversificación, es una oportunidad para conocer a los clientes y obtener un conocimiento cuantitativo y cualitativo superior.

El reto de internet es llevar una gestión del conocimiento y de los clientes que vaya más lejos de un servidor o de mucha información. Las empresas se enfrentan a una proliferación de información que impone la necesidad no sólo de gestionar, sino de crear este conocimiento para tener una ventaja competitiva.

De esta manera, internet supone un elemento fundamental para las empresas en cuatro aspectos concretos:

1. Herramienta de gestión.

Es una herramienta para conseguir y distribuir la información relativa a la gestión. Es un instrumento que cabe en cualquiera de los cinco elementos integrantes del concepto gestión: planificación, dirección, distribución de las tareas, organización y control. En todo caso, la distribución de la información se puede llevar a cabo, tanto dentro de una red interna, como entre la empresa y el mundo exterior. Con este recurso las distancias se acortan y el tiempo de cualquier operación puede reducirse de manera considerable.

2. Facilita la logística y la reducción de costes.

Supone una mejora de las comunicaciones de la empresa hacia el exterior, cualquiera que sea el destinatario final. Los contactos con los proveedores, con los clientes son más fáciles, pueden ser llevados a cabo a tiempo real y son más baratos. Sin embargo, uno de los problemas principales que presentan muchas de las tiendas *on-line* es, precisamente, la distribución. Por muy rápida y eficaz que sea una compra por internet, si la empresa de distribución tarda demasiados días en llevar los objetos a los domicilios de los compradores, el resultado es negativo. Además, si no existe una respuesta inmediata en caso de que el comprador no esté conforme con su compra, el problema se agrava.

3. Ayuda a vender y a comprar.

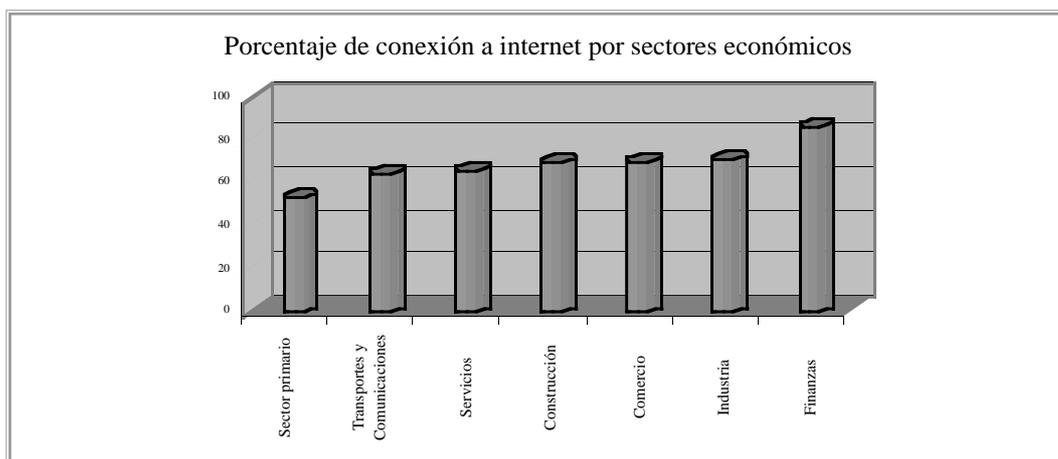
Son muchas las ventajas que suponen las ventas por medio de internet. El cliente puede disfrutar de una comodidad que no tiene cuando ha de desplazarse, le traen su compra al lugar donde ha indicado y el precio suele ser más barato. Los beneficios para la empresa no se quedan atrás. Se reducen los costes, no es necesario ocupar tantos centros de trabajo y no hacen falta tantos trabajadores. Internet, por tanto, es el paraíso del marketing.

⁶ RIFKIN, *El fin del trabajo*, Barcelona, (Ediciones Paidós Ibérica, SA), 1996, pág. 201.

4. Facilita la investigación y el desarrollo (I+D).

El origen de la red es precisamente la investigación. Esta función la sigue cumpliendo a la perfección en la actualidad, ya que se puede encontrar cualquier tipo de información que se busque. Sin embargo, la gran profusión de datos es probablemente también uno de sus principales problemas. Es muy difícil no perderse entre toda la información que existe sobre cualquier asunto, como se puede comprobar si se busca cualquier concepto en alguno de los múltiples buscadores existentes. Gestionar la información y que su búsqueda no implique perder tiempo es uno de los grandes retos de las empresas que utilizan la red.

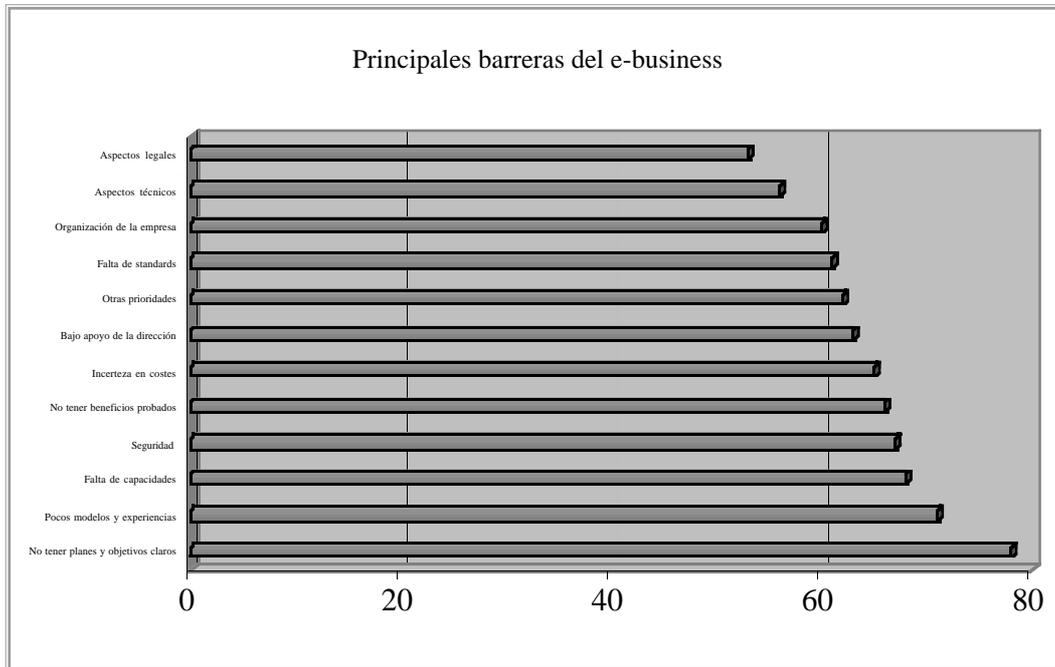
En la actualidad, la mayoría de las empresas ya se han apuntado a las nuevas tecnologías. Por ejemplo, siete de cada diez empresarios catalanes están conectados a internet. Además, el grado de conexión es similar en casi todos los sectores económicos, excepto en el sector primario, como se puede observar en el siguiente gráfico.



FUENTE: COPCA. *Estadísticas de la Sociedad de la Información. Cataluña 2000 (en tanto por ciento).*

Un 32,7% de las empresas catalanas presentes en internet venden a través de la red. Ahora bien, sólo un 16% del total de estas empresas había implantado el comercio electrónico antes del inicio del año 1999. Más de un 40% de las empresas reconoce haberlo implantado entre 1999 y el año 2000.

Hay que tener en cuenta que el uso de internet por las empresas españolas se encuentra en una fase de implantación y el comercio electrónico es muchas veces nulo, ya que el uso de la red se limita a una herramienta de marketing e imagen. Según un estudio de Price and Waterhouse Coopers las principales causas de este fenómeno son las siguientes:



FUENTE: *Price and Waterhouse Coopers*
(en tanto por ciento).

Además existen otros dos problemas fundamentales por resolver.

En primer lugar, la seguridad en la red. Los usuarios de internet afirman tener desconfianza respecto a los datos que circulan por la red. A pesar de la normativa específica sobre el tema, que es principalmente la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal y el Real Decreto-Ley 14/1999, de 17 de septiembre, que regula el uso de la firma electrónica, así como los sistemas técnicos utilizados, entre los que destacan los diversos métodos de criptografía, no dejan de salir a la luz pública sucesos que no favorecen dicha confianza.

En segundo lugar, por problemas técnicos, aún no disponemos de un ancho de banda y del canal a un coste razonable. De hecho nuestro país es uno de los más caros a la hora de tener una página web propia. Un estudio comparativo realizado por la Asociación de Internautas pone de manifiesto las significativas diferencias existentes entre los precios de dominios de registro de un total de diez países analizados.

PAÍSES	PRIMER AÑO	SUCESIVOS
España	18.000	12.000
Inglaterra	7.125	7.125
Francia	4.312	2.532
Bélgica	10.311	8.249
Alemania	9.868	4.934
Finlandia	8.955	2.798
Grecia	7.355	3.677
Austria	14.510	6.046
Luxemburgo	8.249	12.374
Suecia	4.865	3.892

FUENTE: *www.internautas.org* (en pesetas).

Las e-empresas son una fuente de creación continua de empleo. Más de tres millones de trabajadores europeos trabajarán en actividades relacionadas con la red en el año 2002. En España esta cantidad supondrá más de 200.000 trabajadores. Los ingresos derivados de la nueva economía en Europa superarán la cifra de los 600.000 millones de dólares, más del 10% del PIB de los principales países de la Unión Europea. Las empresas que más van a requerir este tipo de trabajadores son las que se refieren, tanto de nueva creación como tratándose de empresas ya consolidadas que creen áreas específicas de internet, a operadores de telecomunicaciones, proveedores de servicios de internet, proveedores de contenidos, así como fabricantes de hardware y software ⁷.

La Unión Europea, habiendo observado esta realidad, en la Decisión del Consejo 2001/63/CE, de 19 de enero, relativa a las directrices para las políticas de empleo de los Estados miembros para el año 2001, con el objetivo de alcanzar el pleno empleo, objetivo fundamental de la política social y de empleo de la Unión Europea, regula que se pretende preparar la transición a una economía basada en el conocimiento, aprovechar las ventajas que ofrecen las tecnologías de la información y la comunicación y modernizar el modelo social europeo mediante la inversión en recursos humanos. Con esta finalidad, según esta Decisión, los Estados miembros procurarán poner al alcance de todos los ciudadanos el aprendizaje electrónico, así como deberán explotar eficazmente todas las fuentes potenciales de puestos de trabajo y nuevas tecnologías. En este orden de cosas, es necesario que las empresas innovadoras hallen un entorno favorable, ya que su contribución es esencial para movilizar el potencial de creación de empleo de la sociedad fundamentada en el conocimiento.

Ahora bien, uno de los principales problemas respecto a esta materia es que en la actualidad no existen suficientes personas con la preparación que se requiere. Por tanto, antes de que esta falta de mano de obra pueda llegar a ser un conflicto irresoluble se han de poner en práctica soluciones

⁷ Andersen Consulting & Spectrum Strategy Consultants, *Internet enabled job creation*.

adecuadas, entre las que se podría citar la adaptación del sistema educativo en general, y universitario, en particular, la importación de profesionales extranjeros o planes de reciclaje por medio de la formación continua.

La reunión de Ministros de empleo y telecomunicaciones celebrada a mediados de febrero de 2001 en la ciudad sueca de Lulea ha estimado que existen graves problemas de déficit de trabajadores capacitados para hacer funcionar las nuevas tecnologías. Concretamente asegura que 1.6 millones de empleos pueden quedar vacantes en tres años en la Unión Europea. De la misma manera se trató la escasa representación de la mujer en las nuevas tecnologías, donde aportan únicamente el 20% de los profesionales del sector.

A pesar de todos los recursos que ofrece internet a las empresas, gran número de las e-empresas que se crearon en el momento álgido de su desarrollo están fracasando ⁸. Muchos de estos negocios fracasan por no partir de un concepto claro del negocio. Sin embargo, la mayoría no alcanza el éxito deseado por el desconocimiento generalizado sobre las estrategias fundamentales para comunicar y dar servicio adecuado por internet. Los motivos de este escaso éxito, analizados por MediaLabs, son claros y se pueden dividir en dos grandes grupos: márketing y diseño de las páginas web.

En cuanto al márketing, el 15% de las webs estudiadas por esta Consultora no disponía de nombre de dominio propio y más del 27% no tenía dirección de e-mail con nombre de dominio propio. En cuanto a la imagen de empresa, el 18% de las webs no se identificaban en absoluto con la empresa propietaria y un 22% daba una imagen confusa. Con relación al producto el 32% de las webs no sabía comunicarlo y exponerlo y casi un 18% tenía problemas de definición. Respecto al diseño de las páginas, el 33% de las webs no se encontraba en ningún buscador y sólo el 12% presentaba contenidos interactivos ⁹.

3. EL TELETRABAJO

3.1. Cuestiones generales.

El teletrabajo puede definirse, según la Carta Europea para el Teletrabajo ¹⁰, como «un nuevo modo de organización y gestión del trabajo, que tiene el potencial de contribuir sustancialmente a la mejora de la calidad de vida, a prácticas de trabajo sostenibles y a la igualdad de participación por

⁸ Durante el período diciembre/2000 a febrero/2001, se han suprimido 35.000 empleos en Estados Unidos en este tipo de empresas.

⁹ www.medialabs.es/oferta.

¹⁰ Esta Carta fue realizada bajo el amparo de la Dirección General XIII de la Unión Europea en el Proyecto Diplomati. El texto está disponible en <http://www.telework-forum.org/diplomat/es/what/what.htm>.

parte de los ciudadanos de todos los niveles, siendo dicha actividad un componente clave de la Sociedad de la Información, que puede afectar y beneficiar a una amplia gama de actividades económicas, grandes organizaciones, pequeñas y medianas empresas, micro-empresas y autoempleados, así como a la operación y prestación de servicios públicos y la efectividad del proceso político»¹¹.

La implantación del teletrabajo ha pasado, hasta ahora, por tres etapas claras:

1. La primera fase corresponde a su aparición. Este concepto surge por primera vez en Estados Unidos en los años sesenta como resultado de los trabajos del profesor Nobert WIENER sobre cibernética. Aunque no es hasta 1976 cuando Jack NILLESEN aportó el término para designarlo como *telecommuting*, refiriéndose a la actividad realizada por una persona desde su domicilio gracias a las posibilidades que permitían las telecomunicaciones y la informática. En este período, se consideró como la gran esperanza de todos los trabajadores, dado que se pensaba que permitiría armonizar la vida privada con el trabajo.
2. En la segunda fase, en los ochenta, el teletrabajo tiene claras connotaciones sociales. Se consideró un instrumento al servicio de la inserción laboral en sectores de población excluidos del mercado de trabajo, especialmente minusválidos y mujeres.
3. En los años noventa el concepto es más pragmático, ya que se ha considerado un mecanismo de flexibilidad laboral. Dentro de una estrategia de externalización de actividades de la empresa, aparece como un instrumento para reducir los costes fijos de las empresas, transformarlos en variables, ofreciendo una creciente flexibilidad.

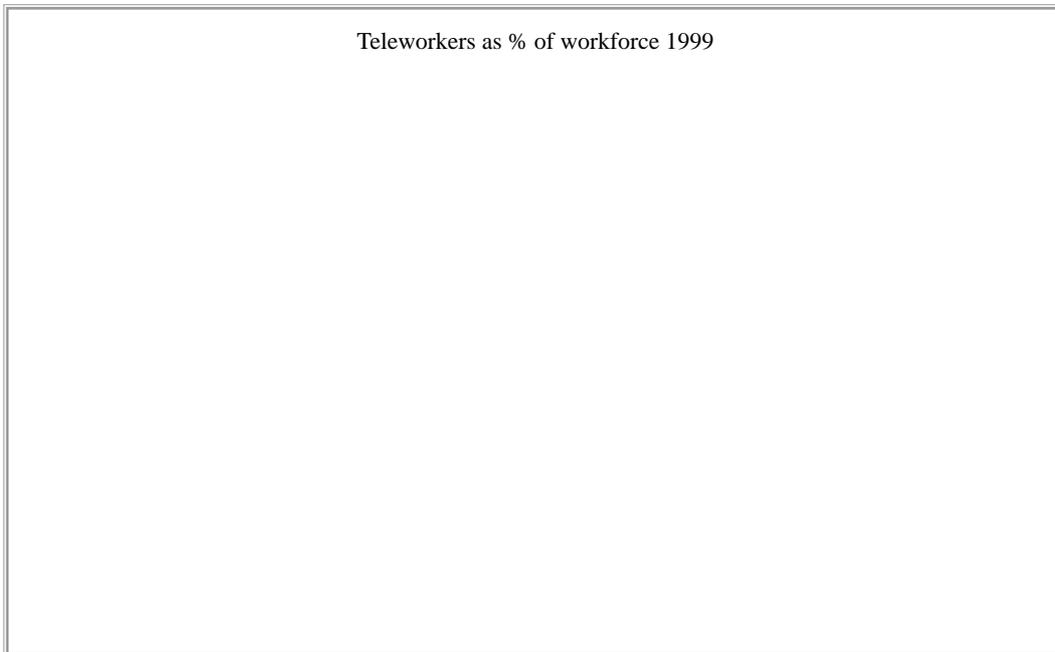
Aunque el teletrabajo se considera como un renacimiento del trabajo a domicilio, hay sustanciales diferencias entre estos dos términos. No todo el trabajo a domicilio se puede considerar teletrabajo, ni todo el teletrabajo es trabajo a domicilio. De hecho, aunque el teletrabajador realice su labor desde casa, no significa que sea un trabajador a domicilio en el sentido en el que se regula en el artículo 13 del Estatuto de los Trabajadores.

El teletrabajo implica un cambio cultural respecto del trabajo tanto desde la óptica del empresario como desde el punto de vista del trabajador. La información cuantitativa acerca de los trabajadores no es de gran calidad, dado que la definición de teletrabajador no es precisa. Se estima que eran 6.7 millones de europeos que realizaban teletrabajo en el año 1999, el 4.5% de la población activa, mientras que en Estados Unidos los teletrabajadores suponían el 12.9% de la población activa¹². Las previsiones de implantación son favorables, en Europa se prevé que el crecimiento del teletrabajo será aproximadamente un 50% cada año. Mientras en Estados Unidos se prevé que en el 2003 se genere a través de internet el 10% del PIB y que el año 2010 haya más de 33 millones de teletrabajadores.

¹¹ Sobre este tema véase THIBAUT ARANDA, *El teletrabajo*, Madrid, (CES), 2000, págs. 150 ss.

¹² Comisión Europea, *European Telework Information Day*, 1999.

Teleworkers as % of workforce 1999



Source: ECaTT Survey, 1999

Hay que tener en cuenta que en la implantación del teletrabajo influyen múltiples factores socio-económicos, entre los que cabe destacar los siguientes:

- **Corrección de desequilibrios demográficos interregionales**

Herramienta que permite conservar la población en zonas de economía básicamente agraria o poco pobladas. Posibilita el desarrollo de actividades de alto contenido tecnológico en comunidades tradicionales, aumentando sus posibilidades de supervivencia.

- **Reducción de la contaminación ambiental**

Disminuye el uso del transporte colaborando con una mejor conservación del medio ambiente.

- **Mejora el acceso al empleo de personas con discapacidad**

Facilita el empleo a personas con dificultades de movilidad.

- **Fomento de la ocupación**

Facilita la creación de pequeñas empresas, que a su vez supone nuevas oportunidades de empleo. Pueden ser tanto empresas especializadas que presten sus servicios a empresas de mayor tamaño, como ocupación vía autónoma. .../...

.../...

- **Uso de las tecnologías de la información**

Al fundamentarse en el uso de las tecnologías de la información fomenta su uso, y su mayor conocimiento en la sociedad. Ahora bien, uno de los principales inconvenientes a su desarrollo es la inexistencia de una red de servicios adecuados basados en las tecnologías de la información.

- **Cambio de mentalidad respecto del trabajo**

Rompe con unos esquemas rígidos entre el lugar/espacio de trabajo y ocio existentes anteriormente. Supone un cambio cultural importante.

3.2. La implantación en la empresa.

La adopción del teletrabajo requiere un replanteamiento general de la empresa. Es necesario pasar de una organización centralizada, piramidal y jerárquica, fundamentada en la división funcional del trabajo, a una organización dinámica y descentralizada, donde la filosofía del trabajo se centra más en objetivos y procesos. Para implantar con éxito un programa de teletrabajo se necesita que se cumplan algunos de los siguientes requisitos: uso intensivo de las tecnologías de la información y las comunicaciones para la producción de valor añadido, un sistema de control de la gestión muy formalizado, la existencia de sistemas de trabajo fundamentados en la dirección por objetivos o en el trabajo por proyectos y la disponibilidad de recursos humanos altamente capacitados.

La transformación de la organización es uno de los principales problemas para la implantación de sistemas de teletrabajo. Un estudio de la British Telecom realizado en 1993 muestra que las principales razones para que las empresas no implanten sistemas de teletrabajo son las siguientes:

Amenaza para la estructura y la cultura	35.3%
Se necesita el contacto cara a cara con el cliente	21%
Problemas en la gestión de los teletrabajadores	12.2%
Acceso a los equipos de comunicación	14.2%
Coste de implementación	11.7%
Aislamiento del teletrabajador	2.5%
Seguridad	0.9%
Selección de los teletrabajadores	0.9%

Se deben tener objetivos y metas claramente definidos, al mismo tiempo que la responsabilidad debe estar centralizada y la comunicación debe ser muy abierta entre jefes y subordinados. La motivación y la comunicación son las características que deben dominar en un estilo participativo

de las empresas que es una precondition para el éxito en la implantación de sistemas de teletrabajo. La flexibilidad, la conexión en red, la pluridimensionalidad, la organización interdisciplinar de proyectos y, principalmente, el concepto posjerárquico deben estar presentes.

Los factores empresariales a tener en cuenta son los siguientes.

- **Choque cultural**

Exige un profundo cambio en la organización de la empresa: se debe implantar un sistema de dirección por objetivos ya que el control del trabajo no se realiza por la presencia del trabajador sino por la cantidad y calidad de su trabajo. Se pasa de un sistema de «control físico» a un sistema de «control telemático».

- **Comunicación en la empresa**

Exige una mejora en la comunicación en la empresa.

- **Motivación**

Es una herramienta de motivación dado que permite una mayor autonomía y capacidad organizativa del propio trabajo.

- **Flexibilidad**

Dota de mayor flexibilidad a la organización de la empresa. En muchos casos, permite transformar costes fijos en costes variables.

- **Costes**

Supone recortes de costes en edificios y mantenimiento de la estructura de la empresa.

- **Trabajo en red**

Permite la adopción de sistema de trabajo en red, donde la empresa principal focaliza su actividad en las partes clave del proceso productivo y mejora la integración con una red de PYMES proveedoras de bienes y servicios.

- **Calidad**

Aumenta el control que el trabajador tiene sobre su actividad dando como resultado una mejora de la productividad y de la calidad. En caso de teletrabajador móvil, mejora notablemente el servicio al cliente o usuario.

- **Márketing**

La empresa puede utilizarlo como una herramienta de márketing ecológico.

- **Confidencialidad de la información**

Se deben establecer mecanismos para garantizar la confidencialidad de la información de la empresa, dado que es más vulnerable.

Visto este cuadro resumen de estos factores, son tres las cuestiones que cabe matizar.

En primer lugar, uno de los obstáculos principales que impiden a las empresas adoptar medidas de trabajo flexible para sus trabajadores es la desconfianza que genera el hecho de trabajar fuera de la vista o del control del superior dentro de la jerarquía de la empresa. Incluso se llega a considerar el teletrabajo como un lujo. Los empresarios tienen cierto miedo a perder el control sobre los trabajadores que no se encuentren en el centro de trabajo. Se producen pocas diferencias cuando se usa el teletrabajo en oficinas satélite de la empresa o telecentros, dado que los controles que puede ejercer el empresario son los mismos que los existentes para el resto del personal. Por tanto, los conflictos se pueden originar más fácilmente cuando el teletrabajo se realiza desde casa.

En las empresas donde se implantan sistemas de teletrabajo hay una reducción del área material clásica del poder disciplinario, de forma que la vertiente colectiva desaparece, la organización pierde importancia y cobra especial importancia el contrato. La individualización de la relación laboral es muy grande y se ha de fundamentar en la confianza entre empresario y trabajador. La sanción individual de los incumplimientos contractuales prevalece sobre la colectiva.

Ahora bien, la informática que a menudo se presenta como una herramienta que permite la autonomía del trabajador, también puede utilizarse como instrumento de control indirecto, pero riguroso, por el empresario. En este caso, el poder directivo se confunde con la posibilidad que tiene el empresario de cambiar y sustituir a su discreción el software que se utiliza. Mediante programas de ordenador es posible controlar el tiempo de trabajo efectivo, el horario, las pausas obligatorias, el número de operaciones realizadas, sus errores y las falsas maniobras, pero también se pueden impartir instrucciones y establecer ritmos de trabajo. De la misma forma, se plantean problemas respecto a la instalación de videoterminales o webcams para controlar la prestación del servicio por parte del trabajador, ya que puede afectar a su esfera privada.

En segundo lugar, elimina los desplazamientos al centro de trabajo. Por ejemplo, una persona que realiza cuatro desplazamientos de media hora por trayecto, teniendo en cuenta 47 semanas laborales al año, dedica anualmente el tiempo equivalente a 12 semanas de trabajo en desplazamientos, equivalente al 25% de la jornada de trabajo. Permite eliminar parte de este gasto de tiempo, y aprovecharlo en tiempo de trabajo o de ocio.

Esta reducción de desplazamientos también tiene efectos positivos sobre el medio ambiente, tanto por lo que se refiere a la reducción del consumo de energía como a la disminución en la emisión de los gases. El Grupo Consensus del Proyecto Diplomat ha calculado que en el año 2002 esta reducción podría ser de 450 millones de viajes al año.

En tercer lugar, no es la panacea para resolver los problemas del paro, ya que no se trata de una profesión ni de puestos de trabajo concretos, sino de una forma diferente de organizar el trabajo. El teletrabajo permite facilitar la creación de ocupación en la medida en que puede abaratar ciertos costes. Ahora bien, este abaratamiento no puede suponer precariedad.

No es sencillo prever qué profesiones pueden tener más futuro en los próximos años. Hay una coincidencia en señalar que crecerá el empleo en ciertas áreas de servicios. Desde la Unión Europea, con el desarrollo del *Libro Blanco del Crecimiento, la Competitividad y el Empleo* clasifica 17 ámbitos de crecimiento del empleo agrupados en cuatro grandes áreas que ha denominado yacimientos de empleo. Las grandes áreas de crecimiento del empleo serán: los servicios de la vida diaria, servicios de mejora del marco de vida, los servicios culturales y de ocio, y los servicios de protección del medio ambiente. Muchas de estas actividades se pueden desarrollar directamente por empresas en centros de trabajo propios, pero también se pueden realizar a través de teletrabajo. Las principales áreas de trabajo adecuadas para el teletrabajo se pueden resumir en el siguiente cuadro ¹³, ya que el número de actividades que se pueden llevar a cabo bajo esta modalidad es innumerable ¹⁴.

Domicilio
<ul style="list-style-type: none"> • En línea • Fuera de línea
Oficina
<ul style="list-style-type: none"> • En línea • Fuera de línea
Itinerantes

Las nuevas tecnologías contribuyen a crear nuevos productos y servicios, y por tanto nuevas demandas y nuevos puestos de trabajo, que sustituyen otros que desaparecen. En muchas empresas «tradicionales» no se utilizan las herramientas informáticas, por lo que es difícil disminuir sus costes ni aumentar la calidad de los servicios. En estos casos, puede ser que algunos sectores o empresas desaparezcan. Ahora bien, siempre queda la posibilidad de renovarse o será inevitable el recambio entre empresas. Es cierto que posibilita la creación de empresas, con proyectos creativos e innovadores, sin grandes recursos iniciales, sin embargo, dada la dependencia de estas pequeñas empresas de las grandes empresas clientes, existe el riesgo de abuso en las condiciones. Además, permite que las empresas en crisis puedan superarla sin prescindir de su equipo humano.

Desde las Administraciones Públicas para desarrollar estas nuevas posibilidades se han creado infraestructuras como los telecentros que dotan a los teletrabajadores de los medios adecuados. Se trata de una de las industrias de mayor crecimiento en la Unión Europea, con una previsión de aumento progresivo en los próximos años. Aunque ofertan trabajo para miles de personas, incluidos aquellos colectivos que suelen tener dificultades de acceso en el mercado de trabajo tradicional, los

¹³ FUENTE: Ramón Rodríguez. *Programa Temple*.

¹⁴ Casi 300 supuestos se citan en RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO y otros, *Nuevas actividades y sectores emergentes: el papel de la negociación colectiva*, Madrid, (MTAS), 2001, págs. 239 ss.

sindicatos expresan múltiples reticencias respecto, por ejemplo, a los bajos salarios o el estrés de estos trabajadores ¹⁵, por esta razón varias organizaciones sindicales han llegado a establecer Acuerdos sobre estos centros ¹⁶.

En Cataluña en la actualidad existen dos: uno en Ribes de Freser, de nombre «Televall», inaugurado en el mes de septiembre de 2000 y otro el Banyoles, el denominado «Tele-Estany», inaugurado el mes de febrero de 2001. La Generalitat de Cataluña tiene previsto crear 10 telecentros más durante el año 2001. Además de facilitar el equipamiento informático y el acceso a internet, ofrecen servicios de soporte, tales como formación y ayuda técnica para empezar la actividad.

La actuación de la Administración ha de ser decidida en favor de la creación de empleo mediante programas subvencionados ¹⁷, como puede ser el contrato de fomento de la ocupación indefinida. El teletrabajo merece atención porque puede representar una oportunidad para personas que viven en entornos rurales, que en muchos casos se emplearían en el sector primario, que no tiene un futuro muy claro. Los obstáculos a superar son importantes, dado que aunque se promuevan medidas legislativas para incentivar la autoocupación, por ejemplo, por medio de subvenciones del Fondo Social Europeo, se debe producir un cambio cultural para asumir la figura del teletrabajo.

En todo caso, la empresa debe detectar las nuevas necesidades de comunicación o los nuevos flujos de información. Si el teletrabajador no realiza su tarea en los centros de trabajo de la empresa, sino en casa o en telecentros, es esencial que la estrategia de la empresa se fundamente en el contacto con esta persona. Se requiere que no se sienta aislado, dado que el teletrabajador no es un terminal informático, es básica la integración cultural y el soporte entre las diferentes empresas.

Por esta razón, no se pueden olvidar las implicaciones sociales de la implantación del teletrabajo. Se requiere que este sistema se adopte voluntariamente, de manera que los teletrabajadores puedan volver a su puesto de trabajo habitual si lo desean. Es necesario, también, que se mantenga la seguridad en el trabajo y los mismos beneficios sociales que tienen el resto de trabajadores. Toda la plantilla debe estar informada sobre el teletrabajo, y en el momento que se implante, no deben ser medidas aisladas, sino que debe realizarse dentro del contexto general de la política de la empresa.

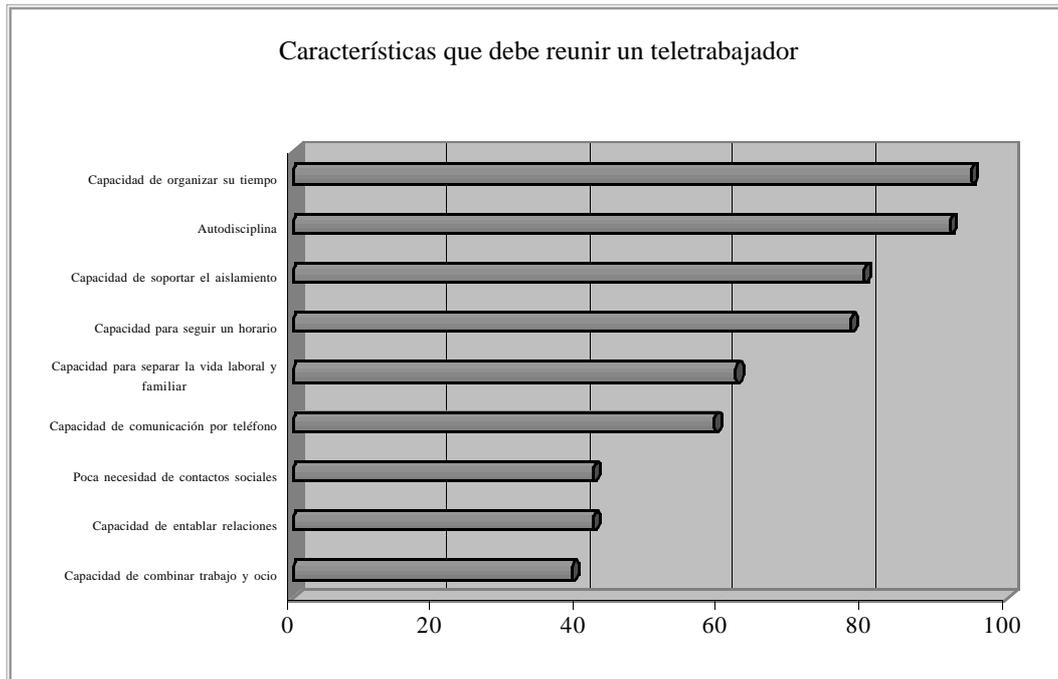
Las empresas valoran las personas que son capaces de evaluar rápidamente situaciones, tomar la iniciativa, y que sean fácilmente adaptables. Este proceso va asociado al desarrollo de los contenidos de trabajo más autónomamente, y con menor supervisión jerárquica, transformándose los orga-

¹⁵ Sobre su situación en la Unión Europea véase «Call centres in Europe: part one» *European Industrial Relations Review*, septiembre, 2000, págs. 13 ss. y «Call centres in Europe: part two» *European Industrial Relations Review*, octubre, 2000, págs. 13 ss.

¹⁶ Los sindicatos alemanes HBV, IG Medien y DPG elaboraron en 1998 unas Directrices y Estándares para los Telecentros, en el marco de un Proyecto denominado Multimediabüro, accesible en <http://www.multimedia-buero.de>.

¹⁷ En este sentido, véase en Cataluña, la Orden 28 de febrero de 2001, sobre concesión de subvenciones a proyectos que contengan medidas dirigidas a la creación de puestos de trabajo en el marco de nuevos filones de la ocupación.

nigramas en más planos. El trabajador es cada vez más responsable de los horarios, de su forma de trabajar, de su relación con la empresa. Se pretende que las personas sean creativas, imaginativas, comunicadoras, polivalentes, comprometidas con la atención al cliente y con los objetivos de la empresa.



FUENTE: *European Journal of Teleworking, 1995 (en tanto por ciento).*

La consecución de estos objetivos requiere que la empresa utilice las dos siguientes herramientas:

1. Formación continua en la empresa, ya que la utilización de las nuevas tecnologías requiere un conocimiento, lo más extenso posible, de los programas y los equipos informáticos, así como de la gestión de los diferentes medios.
2. Motivación. Sin embargo, cuando se trata de motivación a distancia es difícil porque requiere una interacción que muchas veces la inexistencia de contacto físico no posibilita; así se deberán aprovechar las diferentes reuniones que se mantengan.

Ahora bien, el teletrabajo puede presentar una serie de factores negativos para los trabajadores, entre los que cabe citar los siguientes:

1. El aislamiento.
2. Las mayores dificultades para proteger sus derechos sociales.
3. Dificulta el desarrollo de la carrera profesional.
4. Inseguridad económica.
5. Conflictos en cuanto a la confusión entre vida privada/ laboral.
6. Asunción de mayores gastos.

Es evidente que bajo ningún concepto puede suponer la segmentación en el mercado de trabajo, identificándose como trabajo en precario y especialmente para determinados colectivos concretos, como pueden ser personas con discapacidades físicas o mujeres. Ha de ser una opción más para facilitar su inserción laboral. Requiere, para ello, una acción decidida a tres bandas:

- A) De las Administraciones, sobre todo, garantizando una formación adecuada.
- B) Cambio en la actitud de los empresarios, y
- C) Esfuerzo de los interlocutores sociales para facilitar el acceso al empleo de estos colectivos.

3.3. Cuestiones jurídico-laborales.

La figura del teletrabajador cabe incluirla tanto en el trabajo por cuenta propia como en el trabajo por cuenta ajena. Esta posibilidad no es nueva, ya que el artículo 115 b) de la Ley de Contrato de Trabajo de 1944 regulaba que el trabajo a domicilio podía ser por cuenta propia o ajena.

En primer lugar, el teletrabajador será por cuenta propia cuando pueda elegir libremente el programa informático utilizado, si hay posibilidad de rechazo de posibles clientes y de elección de otros, si fija los plazos y los precios, o bien, asume el riesgo. De la misma manera, la retribución por tareas también puede ser un indicador de este tipo de relación.

Los conflictos no aparecen cuando las personas escogen voluntariamente trabajar por cuenta propia, sino cuando se ven obligadas a aceptarlo. Es habitual que personas que desean ser trabajadores por cuenta ajena deban establecerse por cuenta propia con el consiguiente traslado de costes y de riesgo empresarial. Son los falsos autónomos, dado que la relación respecto la empresa-cliente es de total subordinación y dependencia.

Esta situación ha originado que algunas legislaciones europeas apliquen las normas laborales a este tipo de trabajadores. Así, surgen conceptos como el *arbeitschmeränhliche person* en el derecho alemán, el trabajador *parasubordennée* en Francia¹⁸, o el de *lavoro parasubordinato* en Italia¹⁹. Ahora bien, los intentos de incluir estas formas de trabajo en categorías intermedias y darles cierta generalidad y valor integrador, no acaban de ser satisfactorios. La principal razón se encuentra en el hecho de que se trata de una realidad muy diversa, que no resiste el intento de un tratamiento unificado mediante el establecimiento de una regulación jurídica unificada. En nuestro país no existe una figura parecida, y dadas las circunstancias mencionadas, podría ser oportuno establecer un estatuto jurídico concreto para estos trabajadores por cuenta propia, sobre todo, en el caso de microempresas. La ausencia de una solución imaginativa y razonable que impide la presencia de personas que no son auténticos empresarios autónomos, no favorece su normalización, acaso todo lo contrario.

En segundo lugar, el teletrabajo también se puede realizar por cuenta ajena. En este tema, los conflictos surgen respecto a la denominada subordinación informática o virtual. Su característica más relevante es que el ordenador funciona como un instrumento de dirección del empresario. El concepto de subordinación o dependencia regulado en el art. 1 del Estatuto de los Trabajadores se difumina. No existe, al menos en principio, un control sobre la forma y la duración de la prestación, que son los parámetros más clásicos del control empresarial. El teletrabajo supone, sin duda, mayor independencia y autonomía en el cumplimiento de la prestación laboral, en la medida que el trabajador deja de estar sometido a un horario estricto de trabajo.

Esta situación dificulta la aplicación de la *vis* atractiva regulada en el art. 8.1 del Estatuto de los Trabajadores. En estos casos, el mecanismo que utiliza la jurisprudencia para calificar una relación como laboral siempre pasa por intentar averiguar si se dan las notas tipificadoras de la norma laboral, mediante el análisis de una serie de indicios. El Tribunal Supremo²⁰ ha resuelto un único caso en esta materia y consideró que existía una relación laboral cuando el teletrabajo se realiza en régimen interactivo, de forma que la propiedad sobre el know-how sea del empresario, o se reserve contractualmente la facultad de escoger o sustituir discrecionalmente el software que se aplica, y además, si existe una estricta dirección que se realizaba a través de un programa informático.

¿Es necesaria una regulación específica sobre el teletrabajo? En el marco europeo hay diferentes situaciones. Varias legislaciones otorgan una protección social inferior a estos trabajadores que a los trabajadores por cuenta ajena, por ejemplo, en Alemania. En Italia, se ha promulgado un Decreto de 8 de marzo de 1999 que regula los teletrabajadores exclusivamente de las administraciones públicas, y no se refiere a los demás²¹. En España, la única norma que específicamente se

¹⁸ Sobre este tema véase RAY, «De Germinal à Internet. Une nécessaire évolution du critère du contrat de travail», *Droit Social*, número 7/8, 1995, págs. 634 ss.

¹⁹ Sobre estos teletrabajadores véase PASCUCCI, «Libertà ed attività sindacale», *Teelavoro e Diritto*, Turín, (G. Giappichelli Editore), 1998, pág. 165.

²⁰ STS 22 de abril de 1996 (Ar. 3334).

²¹ Sobre este tema véase GAETA y PASCUCCI, «El teletrabajo en el Ordenamiento Italiano», *Revista Gallega de Empleo*, número 1, 2000, págs. 179 ss.

refiere a este sistema de trabajo es el Plan de Empleo del Reino de España del período 1998-2002, donde en la parte III del título *Fomentar la capacidad de adaptación de los trabajadores y de las empresas* determina que hay dos materias que deben ser objeto de regulación específica: concretamente son el tiempo de trabajo y las condiciones generales de salud laboral.

Probablemente no es necesario que el Estatuto de los Trabajadores establezca una regulación específica sobre este tema, porque las disposiciones de esta norma ya sirven para delimitar su régimen jurídico. A pesar de todo, si se considera que el teletrabajo no debe ser un estatuto jurídico-laboral especial, sino una modalidad organizativa, la regulación idónea sería la negociación colectiva ²².

Así, por ejemplo, según el sindicato Comisiones Obreras ²³, la negociación colectiva debe jugar un papel importante en la regulación de las condiciones de trabajo del teletrabajo, cuidando sobre todo los siguientes aspectos:

- Verificar que antes de implantar este sistema, se definan y estudien todas las etapas que deben seguirse previamente a la puesta en marcha de cualquier proyecto.
- Garantizar los derechos de voluntariedad y reversibilidad del trabajador.
- Mantenimiento de la misma relación laboral.
- Contrato por escrito.
- Asegurar la existencia de medios adecuados que controlen el cumplimiento de la normativa legal respecto a la seguridad y salud.
- Controlar la desestructuración del tiempo de trabajo.
- Adecuar a la nueva situación los derechos sindicales consolidados.
- Reservar una parte del tiempo de trabajo para ser prestado en el centro de trabajo con el fin de evitar el aislamiento total del teletrabajador.
- En el caso de teletrabajo a domicilio, la infraestructura y el equipo utilizado corren a cargo del empresario, estipulando una compensación por los gastos que se produzcan en el domicilio del trabajador.

²² Sobre los diversos Acuerdos sobre teletrabajo en la Unión Europea, incluido nuestro país, véase RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO y otros, *Nuevas actividades y sectores emergentes: el papel de la negociación colectiva*, Madrid, (MTAS), 2001, págs. 277 ss.

²³ Comisiones Obreras, Criterios para la negociación colectiva de 2001, págs. 35 y 36. De la misma manera, véanse los modelos de Acuerdo del Sindicato Noruego de Trabajadores del Comercio y de las Oficinas, en <http://www.telework-mirti.org>, así como del sindicato británico UNISON, <http://www.unison-org.uk>.

Vistas todas estas cuestiones se proponen unas cláusulas tipo mínimas que debería contener todo contrato celebrado entre una empresa y un teletrabajador.

A) Adscripción voluntaria.

La adscripción al sistema de teletrabajo debe ser totalmente voluntaria, especialmente si el trabajador ha prestado sus servicios en el centro de trabajo de la empresa y, por cualquier motivo, pasa a realizar su actividad en el nuevo régimen. Esta reversibilidad no ha de ser aleatoria, por lo que se pueden establecer determinadas condiciones.

B) Obligaciones del trabajador: diligencia y buena fe.

El rendimiento del trabajador puede ser controlado por los medios informáticos utilizados, por ejemplo, mediante un mecanismo de registro de las tareas o pactando que tenga la obligación de abrir el correo electrónico con cierta periodicidad, a efectos de poder mantener la relación con la empresa.

Es necesario pactar el régimen jurídico de los equipos informáticos y del material que necesita el teletrabajador para realizar su trabajo. Temas como quién aporta los equipos o cómo se mantienen deben resolverse en el contrato. Una solución podría ser que estos bienes los tuviera el teletrabajador siguiendo el régimen jurídico de una figura que ya existe en nuestro Ordenamiento Jurídico como es el comodato. De la misma manera, cabe incluir ciertas cláusulas para evitar el uso no permitido de estos equipos, por ejemplo, negarse la posibilidad de conexión a personas no autorizadas, la prohibición de instalación de programas no proporcionados por la empresa o su duplicación.

Además, como la prestación de servicios se realiza en un lugar donde el empresario no tiene un control tan directo sobre el teletrabajador, se deben incluir unos deberes accesorios de buena fe, entre los que cabe destacar los tres siguientes:

- Obligación de cuidado de los bienes del empresario depositados en su casa, así como la obligación de comunicar cualquier problema técnico.
- Cláusulas de no-concurrencia con otras empresas, de exclusividad o de plena dedicación a la empresa en la que presta sus servicios.
- Deber de guardar secreto ²⁴. Son posibles las fugas de información a la que tiene acceso el teletrabajador. Este aspecto puede suponer conflictos añadidos por los costes que supone, y especialmente, por el daño que pueden producir a la empresa si son conocidos los datos contenidos en estos instrumentos de trabajo. Se requiere reforzar la protección de los equipos, programas y datos utilizados.

²⁴ Sobre la obligación concreta de secreto de los teletrabajadores véase SPEZIALE, «Gli obblighi del lavoratore e le conseguenze dell'inadempimento», *Telelavoro e Diritto*, Turín, (G. Giappichelli Editore), 1998, págs. 83 ss.

C) Poder de dirección.

Los equipos informáticos permiten nuevas maneras de control por parte del empresario. Así, por ejemplo, en trabajos *on-line* permiten conocer las conexiones y desconexiones del equipo, los accesos consultados, así como el contenido de la escritura realizada. Diferente es el supuesto de teletrabajo *off-line* donde sólo se podrá sancionar los incumplimientos referidos a tiempo, modo o contenido del trabajo realizado. En este sistema es necesario pasar de un procedimiento de control clásico a otro donde se midan objetivos y resultados, de manera que el empresario sólo deba preocuparse de los resultados. Si el teletrabajo se realiza en centros de teletrabajo, el control de las condiciones puede variar según si en éste trabajan personas de una o más empresas.

D) Jornada.

El trabajador es soberano respecto a la distribución y los límites del tiempo de trabajo, de manera que cabe una reordenación del tiempo de trabajo. Sin embargo, esta situación puede llegar a ser negativa si el horario se amplía sin límites, ya que mediante el teletrabajo existe un riesgo de generalizar el trabajo sin horarios y la invasión de espacios reservados al ocio. Por esta razón, se han de aplicar las normas del Estatuto de los Trabajadores en materia de jornada de trabajo, y para tener en cuenta el régimen de jornada máxima y de descansos. Es cierto que el control de estas magnitudes es mucho más difícil que en el caso de un trabajo presencial.

De todas formas, la realidad da motivos de preocupación. La empresa holandesa Otto, la segunda en importancia en su país en el sector de venta por catálogo, recibe cada día entre 5.000 y 10.000 llamadas de teléfono. Cada llamada suele durar cinco minutos. Muchas de estas llamadas están concertadas y por eso el teletrabajador ha de trabajar durante breves períodos de tiempo, diversas veces al día. Los teletrabajadores tienen un contrato de mínimos y máximos y de trabajo por llamada. La empresa garantiza un mínimo de 20 horas de trabajo al mes y un máximo de cinco horas diarias, aunque la media suele estar en 75 horas mensuales. Además, reciben cada mes su horario de trabajo, donde se incluyen las guardias de noche y las de los fines de semana. Pero aunque exista este cuadro horario también pueden ser llamados durante las horas de más trabajo cuando los trabajadores que están realizando su tarea no dan abasto.

A pesar de esta libertad del teletrabajador para elegir la distribución de su jornada laboral, se puede pactar que se realice dentro de un determinado horario, por ejemplo, el comprendido entre las ocho de la mañana y las ocho de la tarde, o que se exija cierta coincidencia entre el horario del teletrabajador y el del resto de los trabajadores que realizan su actividad en el centro de trabajo, para poder acudir a reuniones, si fuera necesario. Dadas las dificultades de control de la prestación, se puede acordar un sistema de control horario, de forma que el teletrabajador refleje en un libro las horas de trabajo realizadas y su distribución, estando obligado a proporcionarlo a la empresa cada cierto tiempo, por ejemplo, a final de cada mes.

Uno de los temas más complejos respecto de la jornada del teletrabajador será la disponibilidad. Consiste en la necesidad de estar localizable, tanto para intercambiar información, recibir instrucciones respecto a la prestación laboral, como para responder de forma inmediata a una tarea

urgente. Esta práctica puede alcanzar diversos grados de intensidad, desde una disponibilidad limitada en el tiempo, por ejemplo, si se refiere a un número determinado de horas, hasta una disponibilidad casi absoluta, que ocupa todo el tiempo, tanto el que se considera laborable como el resto.

Existe variada jurisprudencia sobre la disponibilidad del trabajador, pero precisamente no sirve para el caso del teletrabajador, ya que los tribunales entienden que el tiempo de disposición no computable para la jornada máxima y no es retribuido, mientras no afecte a la libertad de movimientos y de actividad del trabajador y no se traduzca en reincorporación al servicio. En el caso de los teletrabajadores y en función de las necesidades productivas, se podría pactar junto a la jornada laboral ordinaria una franja horaria de un determinado número de horas, por ejemplo entre dos y cuatro, aunque no sean necesariamente seguidas, en las que el teletrabajador deba estar localizable a efectos de eventuales llamadas telefónicas o envío de correos electrónicos. De la misma forma, también se podrá pactar que en caso de imposibilidad de esta disponibilidad, el teletrabajador debe darlo a conocer a la empresa por los mismos medios telemáticos, con la máxima antelación que le sea posible.

E) Salario.

El teletrabajo permite la aplicación del salario a destajo. De esta manera, la percepción de la retribución por las horas efectivamente trabajadas abarata el coste del contrato y permite un margen de direccionalidad muy interesante tanto para las empresas como para los trabajadores. Además de este régimen general, se deben realizar las siguientes dos precisiones:

- A) Se podría pactar un complemento de disponibilidad, por el simple hecho de estar a disposición de la empresa para poder ser llamado a prestar servicios en cualquier momento, con independencia de que se produzca o no esta disponibilidad.
- B) Si el empresario se hace cargo de los gastos que este sistema origina al teletrabajador, y con independencia de la complejidad que pueda originarse en el momento de calcular las cantidades concretas, éstas no tendrán la consideración de salarios, ya que se pueden incluir dentro de las indemnizaciones realizadas como consecuencia de la actividad laboral, según el art. 26.2 del Estatuto de los Trabajadores.

F) Derechos sindicales.

En este tema, los principales problemas provienen de las cuestiones relacionadas con la representación de los trabajadores, así como de la negociación colectiva.

El teletrabajo produce un fenómeno de cierta desmembración en la estructura de la empresa y con ella, una fragmentación de las plantillas, con lo que se dificulta la aplicación del sistema de representación unitaria, que se fundamenta en la presencia, como regla general, de un número significativo de trabajadores. Para poder dar una solución a este fenómeno se proponen tres soluciones:

1. Los representantes unitarios y sindicales deben poder utilizar los medios electrónicos de comunicación de titularidad de la empresa para facilitar el contacto con los teletrabajadores.
2. En el cómputo de la representación se debería dar una aplicación matizada de la regulación del art. 63.2 del Estatuto de los Trabajadores al referirse a los comités de empresa conjuntos.
3. El art. 64.1 del Estatuto de los Trabajadores regula, entre las funciones del comité de empresa, la de emitir informes en materia de implantación o revisión de los sistemas de organización y control del trabajo. Desde esta perspectiva, los interlocutores sociales deberían promover acuerdos que facilitasen la adaptación de los principios de otros campos del Derecho en el ámbito de la empresa.

En lo que se refiere a la negociación colectiva, los sindicatos deben incluir a los teletrabajadores en el convenio de referencia, aunque se hayan de tener en cuenta particularidades, por ejemplo, los teletrabajadores cuyas condiciones vía pacto individual sean mejores que las establecidas en convenio colectivo. Es probable que el mejor instrumento pueda ser la negociación colectiva de franja, ya que así se conseguiría una negociación colectiva específica.

G) Seguridad Social.

El teletrabajo no presenta especialidades respecto a la aplicación del sistema de Seguridad Social. Ahora bien, sí que cabe realizar una precisión respecto al concepto accidente de trabajo. Es difícil definir el accidente de trabajo que puede suceder en el domicilio, ya que no se puede separar este concepto del accidente doméstico. Una solución podría ser la introducción por parte de las Compañías Aseguradoras de nuevos productos multi-riesgo. La necesidad de suscribir estos seguros se establecería en convenio colectivo que debería regular el régimen jurídico aplicable, especialmente, quién paga la prima y qué coberturas tiene el asegurado. Además de esta complejidad en cuanto a la delimitación, hay que tener en cuenta que al no existir tantos desplazamientos, los accidentes *in itinere*, que son los accidentes de trabajo más numerosos, disminuyen. Por esta razón, sería necesaria la determinación de un nuevo epígrafe de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, que contemplara estas peculiaridades.

H) Salud laboral.

La Ley de Prevención de Riesgos Laborales se aplica a todos los trabajadores con independencia del lugar donde realicen su prestación, y por tanto, también a los teletrabajadores. Ahora bien, el principal problema son los teletrabajadores autónomos, que sólo quedan afectados por determinadas cuestiones.

En este tema, y sin perjuicio del resto de deberes de salud que han de ser cumplidos, cabe destacar las siguientes dos especialidades:

En primer lugar, se deben evaluar los riesgos del lugar donde se tenga que desarrollar el trabajo, bien en el domicilio particular o en un telecentro. Esta obligación genera conflictos si el puesto de trabajo a evaluar se trata de un trabajador móvil o si el lugar de trabajo es el domicilio privado, y especialmente cuando no existe una zona determinada para realizarlo. En este último supuesto, se deben tener en cuenta las siguientes cuestiones:

1. Previa solicitud del trabajador, la empresa deberá verificar antes de la instalación de los instrumentos de trabajo la situación óptima del lugar de trabajo.
2. El trabajador debe utilizar su lugar de trabajo en exclusivo interés de la empresa, respetando las normas de seguridad, la correcta utilización de los instrumentos de trabajo e impidiendo el uso de éstos a terceras personas.
3. La entrada al domicilio particular para poder comprobar la correcta aplicación de estas disposiciones debe ser consentida por éste, con aviso previo de los delegados de prevención.

En segundo lugar, se deben proporcionar los equipos de trabajo y los medios de protección convenientes y velar para que se haga un buen uso de los mismos. En esta materia existe una regulación específica, el Real Decreto 488/1997, de 14 de abril, cuando aparecen riesgos derivados del trabajo con la utilización de pantallas de visualización de datos. Sin embargo, esta norma excluye expresamente los sistemas informáticos que se encuentran en un medio de transporte o los denominados portátiles, siempre que no se empleen continuamente en el lugar de trabajo.

Entre las alteraciones más comunes cabe citar las alteraciones oftalmológicas, entre las que se encuentra el cansancio visual, las alteraciones osteomusculares, como dolor, contracturas musculares, cansancio, temblores que se localizan en la columna vertebral, espalda, brazos y manos, las alteraciones psicósomáticas, entre las que cabe destacar los mareos, temblores, dolor de cabeza, trastornos digestivos y modificación del sueño, así como las alteraciones psíquicas, como son la irritabilidad, la depresión, las alteraciones de la memoria, vértigo o dificultades de concentración.

Para intentar la desaparición de estas manifestaciones se debe disminuir el tiempo de exposición directa y continua a la pantalla, organizando la actividad diaria alternando una tarea que implique exposición con otras, o, en el supuesto de que esta alternancia sea insuficiente o imposible, determinando unas pautas necesarias de descanso.

4. USO DE INTERNET EN LAS EMPRESAS

4.1. Planteamiento del conflicto.

El uso de internet en las empresas puede actuar como un catalizador del cambio en las empresas. El hecho de abrir nuevos canales de comunicación proporciona una efectiva herramienta de productividad personal que estimula las relaciones entre las diversas unidades y el trabajo en grupo, ya

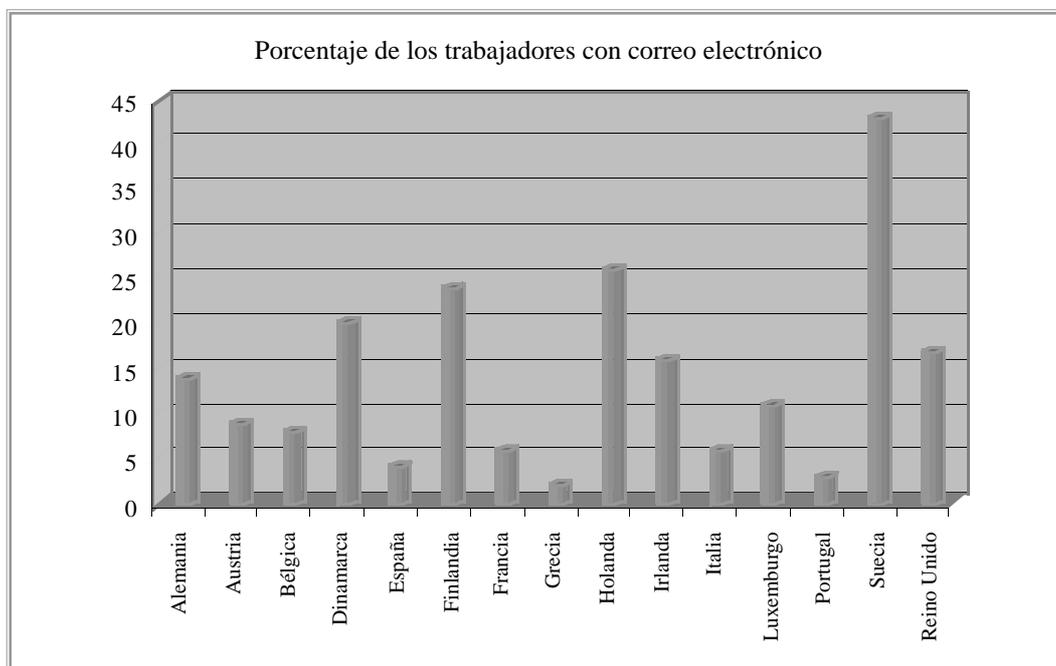
que ofrece alternativas al modelo clásico jerárquico de flujos de información. Concretamente, las ventajas que supone la implantación del correo electrónico en las empresas se puede resumir en el siguiente cuadro:

Facilita la edición compartida de documentos, evitando la necesidad de tener que reescribir en el ordenador los textos recibidos por fax o correo postal.
Contribuye al ahorro en el consumo de material de oficina, así como respecto a servicios de mensajería.
Permite una rápida, económica e igualitaria distribución de los mensajes, con independencia del número y de la ubicación de los destinatarios.
Facilita el tratamiento automatizado de la información.

Ahora bien, la implantación de un sistema de comunicaciones informático en las empresas no es una tarea fácil de abordar. Los elementos fundamentales de los que hay que partir para lograr este objetivos son los siguientes:

1. Diseñar el sistema con una visión amplia, ya que debido a la creciente necesidad de comunicación, las soluciones telemáticas sólo tendrán validez en el futuro si se fundamentan en soluciones *standards*.
2. Comprometerse a decidir los recursos informáticos y de comunicación necesarios para prestar el servicio con la máxima calidad.
3. Realizar acciones de sensibilización y formación de toda la plantilla..
4. Promover cambios en los procedimientos y en la organización del trabajo.
5. Facilitar la coexistencia con otros sistemas de comunicación.
6. Apoyar la creación y mantenimiento de listas de distribución.
7. Fomentar el uso de los sistemas avanzados de telecomunicación.
8. Difundir las direcciones electrónicas de todos los usuarios.

Sin embargo, su presencia en la empresa está bastante generalizada, tal y como se observa.



FUENTE: TELDET 1996, IOS Press, Amsterdam.

Ahora bien, la utilización de internet puede generar varios conflictos, entre los que pueden destacarse los siguientes:

1. Cuando el uso de estas nuevas tecnologías no se generaliza entre la plantilla de una empresa, la propia organización se resiente ya que se duplican los procesos al tener que seguir manteniendo el flujo tradicional de documentos en papel o en soporte magnético junto al empleo de medios telemáticos.
2. Hay que adoptar iniciativas organizativas que promuevan el uso racional de estos medios.
3. Se pueden introducir virus, voluntaria o involuntariamente.
4. Se pueden infringir conductas relacionadas con la propiedad industrial.
5. Incremento excesivo de memoria y discos del servidor de correo, así como congestión en la red interna.
6. La empresa es la titular de los medios de producción, entre ellos el ordenador y el servicio de correo electrónico. El trabajador los usa, en nombre e interés de aquélla, durante la jornada laboral. Mandar un correo electrónico desde una cuenta de la empresa es como mandar una carta con membrete, ya que puede comprometer la imagen o la seguridad de ésta.

La situación que se genera presenta la aparición de tres factores:

En primer lugar, aparecen toda una serie de supuestos patológicos en los que los trabajadores son despedidos por haber llevado a cabo un uso no adecuado de internet. Así, en el Reino Unido, fueron despedidos, en el mes de abril de 2000 seis trabajadores de la firma Cable & Wireless por enviar mensajes electrónicos considerados ofensivos al resto de la empresa y diez empleados de la empresa de seguros Royal & Sun Alliance, a finales del año 2000, por el envío en cadena de un correo electrónico en el que aparecía el personaje de dibujos animados Bart Simpson en una postura obscena. Además, 75 trabajadores más eran suspendidos de empleo y sueldo. En Estados Unidos, según una encuesta realizada por la patronal American Management Association (AMA), del total de las empresas analizadas, un 16% despidieron a algún trabajador por abuso o uso para fines particulares del correo electrónico, mientras que un 42% por transgresiones a internet.

Recientemente en nuestro país se han dado tres supuestos que han sido resueltos por tres sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. En el primer caso ²⁵, dos trabajadores son despedidos porque durante casi dos meses «mantuvieron correo electrónico considerado obsceno y despreciativo para sus subordinadas». En el segundo ²⁶, el trabajador es despedido porque «de forma prácticamente diaria, se dedica a jugar a cartas en el ordenador de su despacho por espacios de tiempo variables a lo largo del día, aunque siempre en horas de trabajo». En el tercero ²⁷, por haber enviado en un espacio de 40 días, 140 correos electrónicos de tipo personal.

En segundo lugar, las empresas están estableciendo toda una serie de medidas de control de la utilización de estos medios informáticos por parte de sus trabajadores. Un 67% de las empresas estadounidenses afirma que controla las comunicaciones y las actividades de sus trabajadores en el lugar de trabajo, según una encuesta realizada por la patronal American Management Association (AMA). De éstas, un 27% almacena y revisa el correo electrónico de sus trabajadores y un 11% graba las conversaciones telefónicas. Normalmente se trata de controles aleatorios, más que una vigilancia permanente. Además, un 21% almacena y entra en los archivos de los ordenadores, un 6% graba y escucha los buzones de voz y un 16% realiza grabaciones en vídeo en la empresa.

La mayor actividad de control se concentra en el sector de servicios financieros, entre los que destaca la banca, los seguros y el mercado inmobiliario. Esto se debe a que el registro de llamadas de ventas y transacciones puede aportar, tanto a la empresa como al consumidor, cierto grado de protección legal.

Los motivos de este control son varios ²⁸:

1. La productividad,
2. El control de costes, tanto directos como indirectos,

²⁵ STSJ Cataluña 5 de julio de 2000 (Ar. 3452).

²⁶ STSJ Cataluña 23 de octubre de 2000.

²⁷ STSJ Cataluña 14 de noviembre de 2000 (Ar. 3444).

²⁸ Sobre el estudio de estos problemas en Estados Unidos, véase DIXON, «With nowhere to hide: workers are scrambling for privacy in the digital age» en <http://journal.law.Ufl.edu/%7Etechlaw/4/Dixon.htm>.

3. Evitar los riesgos de denuncias por incumplimiento de contratos, entre los que destacan el comercio de secretos y los juicios por difamación.
4. Verse relacionados con actividades que lleven a denuncias por un entorno de trabajo hostil definido relativo a la discriminación o acoso sexual.
5. Evitar pleitos por incumplimiento de copyright por material que bajan de la red los empleados.

AMA recomienda a sus empresas asociadas informar y recordar a sus trabajadores que sus acciones y comunicaciones están sujetas a ser registradas y revisadas. De hecho, un 84% de las empresas que controlan los correos electrónicos y un 94% de las empresas que graban las conversaciones telefónicas informan a los trabajadores.

En Gran Bretaña, según la Consultora Industrial Relations Services (IRS), un 77% de las empresas controla las páginas web visitadas y un 55% accede al correo electrónico.

Véanse tres ejemplos distintos de estos sistemas. El Lloyd Bank, la primera entidad bancaria del Reino Unido, controla sistemáticamente el correo electrónico de sus trabajadores, para evitar fugas de secretos empresariales, que son plenamente conscientes de esta medida. Se comprueba que el correo ha sido dirigido a un cliente. La Agencia Tributaria tiene una red interna y cifrada de correo que sólo permite descifrar los mensajes a los trabajadores y sólo algunos tienen acceso a internet para recibir los correos de los contribuyentes. Crisa, empresa de equipos electrónicos, sólo tiene acceso a internet quien lo necesita.

En tercer lugar, sólo en algunos países existe una normativa específica sobre el tema.

El 24 de octubre de 2000, el gobierno inglés promulgó la *Regulation of Investigatory Powers Act*, por la que se autoriza a los empresarios a vigilar los correos electrónicos y las llamadas telefónicas de sus empleados, permitiéndoles intervenirlos sin consentimiento del mismo siempre que el empresario tuviese sospechas sobre sus contenidos.

En Alemania, país con una estricta legislación sobre privacidad, se contempló en el mes de octubre de 2000 la posibilidad de aprobar una legislación de protección del correo electrónico de los trabajadores, por la cual se prohibiría a las empresas leer los correos electrónicos privados de sus trabajadores. Así lo afirmaba el Ministro de Trabajo alemán, Walter Riester. El borrador, que se encuentra en fase preliminar, está a la espera de ser presentado en el Parlamento.

En Estados Unidos se pretende regular una norma que obligue a las empresas a notificar, de manera anual, a sus trabajadores si controlan sus correos electrónicos y sus llamadas telefónicas.

En nuestro país no existe una normativa específica. En esta línea, el día 28 de noviembre de 2000 el Grupo Parlamentario Socialista en el Senado presentó una moción por la que instaba al

Gobierno para que en el plazo de tres meses presentara ante el Senado un conjunto de medidas, debidamente presupuestadas y detalladas, para garantizar de manera efectiva la intimidad y libertad en las comunicaciones a través del correo electrónico, «llegando a propuestas de acuerdo con otros países y empresas del sector y trabajando coordinadamente para lograr normativas mundiales que hagan posible y viable nuestra libertad en las comunicaciones telemáticas sin mayor limitación que la establecida en nuestra normativa laboral vigente en el ámbito laboral y personal»²⁹.

Para lo cual se solicitaba:

1. Un plan de medidas concretas que garantice, de manera eficaz, nuestro derecho a la intimidad e inviolabilidad de nuestras comunicaciones a través del correo electrónico en el ámbito privado y/o laboral.
2. Un plan de seguridad en materia de comunicaciones en nuestros correos electrónicos, que incluya, entre otros aspectos, la encriptación voluntaria de nuestras comunicaciones personales.

El Grupo Parlamentario Mixto, a iniciativa de un senador de Izquierda Unida, presentó una moción en la que instaba al Gobierno a que pusiera en marcha las medidas necesarias para considerar el correo electrónico e internet como instrumentos de comunicación e información de los trabajadores y de los sindicatos en el seno de la empresa³⁰.

En ella se establecía que es preciso adaptar la legislación laboral a las evoluciones derivadas de la introducción de los nuevos soportes de comunicación, evitando restricciones que impedirían adecuar instrumentos de información actual a la labor amparada constitucionalmente a los representantes de los trabajadores.

Por esta razón se tenía que regular sobre los siguientes aspectos:

- El derecho de cada trabajador a un buzón personal de correo electrónico en la empresa.
- El derecho de los sindicatos a comunicarse con los trabajadores a través de un buzón sindical de libre acceso en las empresas.
- Libre acceso de los representantes sindicales al correo electrónico e internet en la empresa para el desarrollo de su actividad sindical.
- Libre acceso de los trabajadores al correo electrónico y a las páginas de internet sindicales, para obtener información laboral en la empresa.

²⁹ Boletín Oficial de las Cortes Generales, Senado, Serie I, número 98, de 27 de noviembre de 2000, págs. 6 y 7.

³⁰ Boletín Oficial de las Cortes Generales, Senado, Serie I, número 98, de 27 de noviembre de 2000, págs. 7 y 8.

- Que las empresas respeten la inviolabilidad de las comunicaciones, también a través de internet.

El Grupo Parlamentario Socialista, posteriormente, presentó una enmienda a la moción del Grupo Parlamentario Mixto en la que se introducían los siguientes elementos ³¹:

- El derecho de cada trabajador de informarse e intercomunicarse con su sindicato, además de los cauces ya establecidos, deben contemplarse los que procuran las nuevas tecnologías de la información, reconociendo al trabajador este derecho a través de las cuentas de correo electrónico que disponga su sección sindical, y en su defecto la de sus legítimos representantes. En aquellas empresas en que no existe representación se incluirá en el convenio del sector el medio a utilizar para garantizar el ejercicio de este derecho.
- El derecho de los sindicatos más representativos a comunicarse con los trabajadores a través de la cuenta de correo electrónico que disponga su sección sindical, sus representantes o la forma en que figure en su convenio colectivo.
- El acceso de los trabajadores al correo electrónico y a las consultas de ámbito laboral que figuren en internet, se realizarán a través de la sección sindical, representantes en las empresas o el medio que disponga el convenio colectivo.

Asimismo, el Grupo Parlamentario Entesa Catalana de Progrés presentó una enmienda a la moción del Grupo Mixto, en la que además de reclamar que se garantizara el derecho a la intimidad y a la inviolabilidad de las comunicaciones a través del correo electrónico en el ámbito laboral, se pedía ³²:

- Normalizar de forma adecuada y no lesiva para el funcionamiento de las empresas, por comparación con otros sistemas de comunicación, el uso del correo electrónico en el ámbito laboral incluidas las relaciones de carácter sindical.
- Impulsar que la regulación sobre la materia sea contemplada por normativa del ámbito de la Unión Europea o, cuando menos, establecer los mecanismos necesarios de coordinación entre los países miembros para conseguir un grado notable de homogeneidad en su tratamiento.

Finalmente, todos los Grupos del Senado presentaron una propuesta de modificación a la moción presentada por el Grupo Mixto, con el siguiente texto ³³:

³¹ Boletín Oficial de las Cortes Generales, Senado, Serie I, número 103, de 7 de diciembre de 2000, pág. 11.

³² Véase nota anterior.

³³ Boletín Oficial de las Cortes Generales, Senado, Serie I, número 103, de 7 de diciembre de 2000, pág. 12.

«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 e internet en la empresa, con garantía de inviolabilidad de las comunicaciones conforme al marco legal vigente».

El Pleno del Senado aprobó la moción modificada en la sesión celebrada el día 28 de noviembre de 2000.

Sin embargo, y en este punto se ha quedado parado el proceso, el Grupo Parlamentario Popular presentó la siguiente modificación a la versión anterior ³⁴:

«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 y de los sindicatos siempre que la situación y características generales de las empresas lo permitan, garantizando la inviolabilidad de dichas comunicaciones dentro del marco legal vigente».

Sólo en el mes de noviembre de 2000 se aprobó en el Senado por unanimidad una resolución instando al Gobierno a que tomara las medidas necesarias para que el correo electrónico e internet fueran considerados como instrumentos de comunicación e información entre los trabajadores y sus representantes.

Mientras tanto, el fundamento de este conflicto ha de buscarse en la cohabitación entre el derecho constitucional del secreto de las comunicaciones, regulado en el art. 18.3 de la Constitución, según el cual «se garantiza el secreto de las comunicaciones, y en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial», que se inserta dentro del derecho más general de protección de la intimidad y la propia imagen, frente al art. 20.3 del Estatuto de los Trabajadores, al regular que el empresario «podrá regular las medidas que estime 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 teniendo en cuenta la capacidad real de los trabajadores disminuidos, en su caso».

A raíz de este planteamiento, son dos las cuestiones a analizar:

³⁴ Boletín Oficial de las Cortes Generales, Senado, Serie I, número 103, de 7 de diciembre de 2000, pág. 15.

A) ¿Pueden limitarse los derechos fundamentales en el contrato de trabajo?

La Constitución Española de 1978 contiene un extenso abanico de derechos laborales. Son derechos inseparables de su condición personal, que ingresan con él mismo en la empresa en la que presta sus servicios, que en modo alguno constituye un mundo aparte donde puedan ser puestos entre paréntesis³⁵. Ahora bien, en este tema hay que preguntarse si el ejercicio de las facultades empresariales se halla limitado por los derechos fundamentales que puede ejercitar el trabajador³⁶.

El Tribunal Constitucional se ha planteado la cuestión relativa a la protección que han de tener los derechos fundamentales de los ciudadanos en el seno de una relación de trabajo³⁷. Concretamente ha entendido que se debe partir de la premisa de que la celebración de un contrato de trabajo no implica en modo alguno la privación para una de las partes, el trabajador, de los derechos que la Constitución le reconoce como ciudadano y cuya protección queda garantizada frente a eventuales lesiones mediante la posibilidad de impulso de los oportunos medios de reparación, porque ni las organizaciones empresariales forman mundos separados y estancos del resto de la sociedad ni la libertad de empresa que establece el art. 38 del texto constitucional legitima el de quienes prestan servicios en aquéllas por cuenta y bajo la dependencia de sus titulares deban soportar despojos transitorios o limitaciones injustificadas de sus derechos fundamentales y libertades públicas, que tienen un valor central en el sistema jurídico constitucional³⁸.

Sin embargo, el propio Tribunal ha determinado que es posible limitar los derechos fundamentales, en cuanto los ejercitan los trabajadores, para que de esta manera puedan ser compatibles con la propia relación laboral. Ahora bien, aunque reconoce esta posibilidad de limitación, no es capaz de fijar unas reglas generales para que se pueda llevar a cabo esta reducción en el ámbito de los derechos fundamentales y la realiza supuesto por supuesto. Este análisis individualizado es extremadamente complejo ya que la solución de cada caso concreto dependerá de las circunstancias que le envuelvan; además aparece un problema añadido, que llega a ser una verdadera contradicción. La presencia de los derechos fundamentales del trabajador en la relación laboral son defendidos con declaraciones de tipo general, mientras que la limitación de estos mismos derechos necesita un estu-

³⁵ PEDRAJAS MORENO, *Despido y derechos fundamentales*, Madrid, (Trotta), 1992, pág. 86. De la misma opinión, ORTIZ LALLANA, «Derechos fundamentales y relación laboral», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, número 13, 1998, pág. 19 y MOLINA NAVARRETE, «Hacia una revisión constitucional de la función de la "buena fe contractual" en las relaciones jurídico-laborales», *Relaciones Laborales*, Tomo I, 1992, pag. 361. Entre la doctrina civil, también presenta la misma opinión GETE-ALONSO y CALERA, *Comentarios al Código civil y compilaciones forales. Tomo I. Volumen I*, Madrid, (Ministerio de Justicia), 1992, pág. 888.

³⁶ GIL Y GIL, «La esfera de la intangibilidad del trabajador», *Tribuna Social*, número 47, 1994, pág. 27. De la misma opinión, ORTIZ LALLANA, «Vulneración del derecho a la libertad sindical mediante el uso desviado de datos informatizados sobre la afiliación del trabajador. Libertad sindical y derecho a la intimidad informática», *Aranzadi Social*, Volumen V, 1999, págs. 359 ss.

³⁷ Véase la STC 120/1983, de 15 de diciembre, STC 88/1985, de 19 de julio, STC 6/1988, de 21 de enero, STC 129/1989, de 17 de julio, STC 126/1990, de 5 de julio, STC 99/1994, de 11 de abril, STC 6/1995, de 10 de enero, STC 4/1996, de 16 de enero, STC 106/1996, de 12 de junio, STC 186/1996, de 15 de julio, STC 204/1997, de 10 de octubre y STC 1/1998, de 5 de enero.

³⁸ STC 197/1998, de 13 de octubre.

dio y una solución totalmente casuística. Es más, en estos casos el Tribunal Constitucional suele abogar por la libertad de organización del empresario frente a determinados derechos fundamentales del trabajador; es lo que PEDRAJAS MORENO ha denominado «*lógica contractual*»³⁹.

En cuanto que el Tribunal Constitucional pretende configurar una teoría general de esta limitación, suele limitarse a analizar los aspectos contractuales de la relación, olvidando las cuestiones verdaderamente relacionadas con los derechos fundamentales. De esta manera, aplica un sistema con dos medidas diferentes para valorar la legitimidad del ejercicio de los derechos fundamentales por parte del trabajador, según se produzca en el seno de la relación laboral o fuera totalmente de ella. Mientras que a los poderes públicos se les exige una actuación positiva que llega a exigirles que soporten la carga inherente al ejercicio privado de los derechos fundamentales, este comportamiento no se exige de los empresarios, quienes cumplen manteniendo una posición de neutralidad.

El poder de dirección del empresario puede ser una fuente legítima de limitación de los derechos fundamentales, de manera que la posición jurídica que el trabajador dependiente asume le impone de por sí una serie de condicionamientos. Ahora bien, esta limitación se lleva a cabo por una persona privada, el empresario, que es defensora de intereses privados, y por tanto, al no ser el Estado, no presenta un interés público, por lo que la citada limitación ha de ser entendida, necesariamente, de forma excepcional⁴⁰.

Si se entiende que los derechos subjetivos pueden ser concebidos exentos de limitaciones a su ejercicio, ya que ningún derecho es, por su naturaleza, absoluto e ilimitado, no cabe duda que en su ejercicio, en tanto que puede entrar en colisión con otros derechos o con otros intereses, se ha de enmarcar dentro de los concretos límites que el ordenamiento jurídico señala. Límites que BLAT GIMENO dividió en dos tipos: intrínsecos, derivados de la propia naturaleza y características de cada derecho y extrínsecos, el derecho ajeno, la moral, el orden público y el bien común⁴¹.

Ahora bien, el hecho de que a los derechos fundamentales se les pueda reconocer límites y restricciones a su ejercicio que impidan su uso abusivo, no supone que cualquier límite vale para condicionar el ejercicio de un derecho fundamental. No cualquier derecho o interés merece ser protegible y puede llegar a prevalecer frente al ejercicio de un derecho fundamental, sino que tal límite deberá cumplir una condición fundamental, como es, la de ser conforme a la naturaleza del derecho que pretende limitar, esto es, tener rango constitucional. Por lo tanto, de acuerdo con MORENO GARCÍA, tan sólo aquellos intereses protegidos en un grado de constitucionalidad pueden llegar a oponerse al disfrute de una determinada libertad pública⁴².

³⁹ PEDRAJAS MORENO, *Despido y derechos fundamentales*, Madrid, (Trotta), 1992, pág. 88.

⁴⁰ DEL REY GUANTER, «Derechos fundamentales de la persona y contrato de trabajo: notas para una teoría general», *Relaciones Laborales*, Tomo I, 1995, pág. 207.

⁴¹ BLAT GIMENO, *Relaciones laborales en empresas ideológicas*, Madrid, (MTSS), 1986, pág. 66.

⁴² MORENO GARCÍA, «Buena fe y derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», *Revista Española de Derecho Constitucional*, número 38, 1993, págs. 268-269.

En conclusión, la existencia de una relación contractual entre trabajador y empresario genera un complejo de derechos y obligaciones recíprocas que modula el ejercicio de los derechos fundamentales, de manera que manifestaciones de los mismos que en otro contexto pudieran ser legítimas no tienen por qué serlo necesariamente dentro del ámbito de esa relación contractual, dado que todo derecho ha de ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe⁴³. Ahora bien, siempre teniendo en cuenta, de acuerdo con el Tribunal Constitucional, que «*si la existencia de la relación contractual puede llegar a imponer algún límite al ejercicio de los derechos fundamentales, este límite se ve asimismo limitado por la noción de imprescindibilidad*»⁴⁴.

B) Límites del poder de dirección del empresario.

El comportamiento del empresario no basta con que sea ajustado al Derecho positivo, sino que también ha de tener en cuenta estos elementos derivados del Derecho natural. Si se atribuye al uso razonable de los poderes del empresario esta doble vertiente, legal y ética, se puede estar claramente ante una definición, más o menos acertada, del concepto concreto. Sin embargo, ante esta aparente solución, deben realizarse dos precisiones. En primer lugar, este concepto proviene del Derecho anglosajón, en el que su uso es positivo, o sea, se exige un comportamiento *reasonable* a las partes de una relación jurídica. Por tanto, su traslación a nuestra legislación presenta problemas de aplicación⁴⁵. En segundo lugar, aun aceptando la utilización del concepto de la razonabilidad al ejercicio de los poderes empresariales, no queda claro cuál es su ámbito. No aparece ninguna referencia que permita delimitar su significado, para poder asegurar qué conductas se ajustan al mismo y cuáles no. Por tanto, tendrán que ser los tribunales que, en cada momento y según las circunstancias concretas de cada caso, decidan si una determinada conducta es ajustada a Derecho.

El Tribunal Constitucional ha preferido en este caso la aplicación del principio de la proporcionalidad, de manera que para comprobar si una determinada medida llevada a cabo por el empresario supera el juicio de la proporcionalidad fijado por este tribunal, es necesario constatar si cumple tres requisitos o condiciones: si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto, que es el denominado 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, calificado como jui-

⁴³ STC 120/1983, de 15 de diciembre, STC 88/1985, de 19 de julio, STC 6/1988, de 21 de enero, STC 129/1989, de 17 de julio, STC 126/1990, de 5 de julio, STC 99/1994, de 11 de abril, STC 134/1994, de 9 de mayo, STC 6/1995, de 10 de enero, STC 4/1996, de 16 de enero y STC 186/1996, de 25 de noviembre. DEL REY GUANTER se refiere al «principio general de necesidad», «Derechos fundamentales de la persona y contrato de trabajo: notas para una teoría general», *Relaciones Laborales*, Tomo I, 1995, pág. 207. GIL Y GIL prefiere utilizar el «principio de proporcionalidad», GIL Y GIL, «La buena fe en el contrato de trabajo», *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, número 163, 1996, pág. 41. PARDO FALCÓN se decanta por el «principio de la indispensabilidad», «El juicio de indispensabilidad: un avance de los derechos fundamentales en el ámbito laboral», *Temas Laborales*, número 39, 1996, pág. 63. También asumen este principio GORELLI HERNÁNDEZ y IGARTÚA MIRÓ, «Libertad de información y contrato de trabajo. El problema de sus límites. A propósito de la STC 57/1999, de 12 de abril», *Aranzadi Social*, Tomo V, 1999, pág. 962.

⁴⁴ STC 55/1999, de 12 de abril y STC 90/1999, de 26 de mayo.

⁴⁵ Esta afirmación puede comprobarse claramente si se lee el uso que se hace de la misma en, entre otros, O'CONNOR, *Good Faith in English Law*, Aldershot, (Dartmouth), 1990, págs. 99 y 100, WILLETT, «Good faith in consumer contracts: rule, policy and principle», *Good Faith in Contract and Property Law*, Oxford, (Hart Publishing), 1999, págs. 199 ss y AA.VV., *The Law of contracts*, Londres, (Butterworths), 1999, págs. 55 ss.

cio 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, que es el denominado juicio de proporcionalidad en sentido estricto ⁴⁶.

El control de las facultades empresariales es difícil de llevar a cabo por la misma idiosincrasia de la relación laboral. Es cierto que existen los representantes de los trabajadores o los propios sindicatos, pero su eficacia puede llegar a no ser suficiente, sobre todo en aquellos ámbitos en los que no están presentes, por ejemplo, las pequeñas empresas. Por esta razón, se debe recurrir a un control de estos poderes del empresario por medio de la aplicación del principio de la buena fe ejecutiva en sede judicial ⁴⁷. Son los tribunales quienes aplicando los criterios que se consideren exigibles a los empresarios en el desarrollo de su actuación, marcarán los límites por los que debe transitar aquella esta situación que DI MAJO ha expresado acertadamente como «*el gobierno de la discrecionalidad del empresario*» ⁴⁸.

Esta reducción de la posibilidad de actuación del empresario suele tener una correlación con la ampliación de los derechos subjetivos del trabajador. Por tanto, es importante, a la hora de analizar esta reducción de los actos empresariales conocer qué tipo de derechos del trabajador se ven compelidos cuando el empresario se extralimita en sus funciones. Dicho de otra manera, si es relevante que este control se lleve a cabo cuando los derechos ejercitados por el trabajador se refieren a los ordinarios ⁴⁹, aún es más necesario limitar la discrecionalidad absoluta del empresario en el ejercicio de sus poderes empresariales, cuando de dichos poderes empresariales se deriva o se pueda derivar una violación de los derechos fundamentales, limitaciones que afectan tanto a los poderes disciplinarios como a los poderes organizativos ⁵⁰.

Ahora bien, cuando se trata de limitar los poderes empresariales, hay que tener en cuenta que el poder de dirección es el derecho básico del empresario, porque cualquier tipo de constricción no puede ser absoluta, ya que la figura del empresario no tendría sentido. Como titular de la organización empresarial y, en cuanto asume el riesgo de la misma, puede decidir, dentro del ámbito de las normas, cuáles son las estrategias económicas que van a desarrollarse en la empresa, y por tanto, qué tipo de instrucciones han de asumir los trabajadores que prestan sus servicios en la misma ⁵¹.

⁴⁶ STC 66/1995, de 8 de mayo, STC 55/1996, de 28 de marzo, STC 207/1996, de 16 de diciembre, STC 37/1998, de 17 de febrero y STC 98/2000, de 10 de abril.

⁴⁷ KASEL y DERSCH, *Derecho del Trabajo*, Buenos Aires, (Roque Depalma Editor), 1961, pág. 238.

⁴⁸ DI MAJO, «Incontro di studio Civil-Lavoristico», *Diritto del lavoro e categorie civilistiche*, Turín, (G. Giappichelli Editore), 1992, págs. 20 ss.

⁴⁹ Sobre este tema véase PERSIANI, «Considerazioni sul controllo di buona fede dei poteri del datore di lavoro», *Il Diritto del Lavoro*, número 2, 1995, pág. 136.

⁵⁰ GARCÍA NINET y VICENTE PALACIO, «Los derechos fundamentales como límite a las facultades organizativas del empresario (libertad sindical y movilidad funcional). La tutela de la libertad sindical: ¿La afiliación sindical como señuelo de mejoras profesionales o como causante de la degradación profesional? (Comentario a la Sentencia 87/1998, de 21 de abril, de la Sala Primera del Tribunal Constitucional)», *Aranzadi Social*, Tomo V, 1999, pág. 689.

⁵¹ Sobre estas facultades empresariales de vigilancia y control véase MONTROYA MELGAR, «El poder de dirección del empresario», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, número 100, 2000, págs. 591-595.

Por tanto, este límite ha de quedar claramente delimitado ⁵². Es necesario introducir este criterio limitativo del poder de dirección, que puede ser entendido como la imposibilidad de llevar a cabo actos con desprecio a los efectos que produce en el trabajador. Los perjuicios que éste sufra como consecuencia del ejercicio de esas facultades no constituirán violación de ese específico deber siempre que la decisión obedezca a un legítimo interés empresarial, pero sí lo infringirán en la medida en que se ofrezca desconectada de la razón de ser que justifica su atribución al empresario ⁵³, que, en todo caso, siempre deberá ser ejercitada con una cierta medida ⁵⁴.

Por esta razón, se ha aplicado el principio del *alterum non laedere*, que trata de evitar cualquier tipo de conducta que pueda originar daño en la persona del trabajador. Esta teoría, por supuesto, presenta graves inconvenientes, sobre todo a la hora de su delimitación ⁵⁵. El empresario está obligado a suprimir todo aquello que sea apto para causarle algún perjuicio en sus intereses. De esta manera, el ejercicio de las prerrogativas empresariales no podrá entenderse como una mera discrecionalidad o arbitrio, porque la producción de estos daños y perjuicios en el trabajador sería lesiva en cuanto a su dignidad ⁵⁶. Este criterio sería válido en nuestro país ya que esta protección de la dignidad del trabajador proviene directamente del art. 10.1 de la Constitución.

Vistas estas dos circunstancias, se puede afirmar que dentro del ejercicio regular del poder de dirección cabe que el empresario exija a los trabajadores un uso adecuado de los medios de la empresa. Normalmente la mala utilización de estos instrumentos ha supuesto que la jurisprudencia afirme que estas conductas causan daño o perjuicio a la empresa, que ha sido uno de los factores tradicionales en la ponderación de la gravedad de la transgresión de la buena fe contractual, aunque no ha sido el único elemento a tener, pues caben otros criterios, como la situación objetiva de riesgo creada, la concurrencia de abuso de confianza o el efecto pernicioso para la organización productiva ⁵⁷.

Dentro de esta categoría, cabe incluir todo un grupo de conductas que se caracterizan porque el trabajador utiliza determinados bienes de la empresa con finalidades propias ⁵⁸. Entre ellas cabe

⁵² FERRARO, *Autonomia e poteri nel Diritto del Lavoro*, Padua, (Cedam), 1992, pág. 171.

⁵³ STSJ País Vasco 14 de junio de 1993 (Ar. 2859).

⁵⁴ STSJ Galicia 15 de abril de 1996 (Ar. 1960).

⁵⁵ Sobre este tema véase CENDON, *Commentario al Codice Civile. Volumen IV*, Turín, (UTET), 1991, pág. 8 y COUTURIER, *Droit du Travail I*, París, (Presses Universitaires de France), 1994, pág. 327.

⁵⁶ CASTELVETRI, «L'obbligo di correttezza come limite esterno alle prerogative imprenditoriali e alla gestione collettiva degli interessi dei lavoratori», *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, número 4, 1995, pág. 455.

⁵⁷ STS 26 de febrero de 1991 (Ar. 875) y STS 4 de marzo de 1991 (Ar. 1823).

⁵⁸ STS 12 de marzo de 1984 (Ar. 1552), STS 18 de julio de 1985 (Ar. 3807) y STS 8 de octubre de 1988 (Ar. 7550). En este mismo sentido, STCT 19 de mayo de 1976 (Ar. 2654), STCT 22 de mayo de 1979 (Ar. 3338), STCT 10 de febrero de 1981 (Ar. 894), STCT 23 de abril de 1981 (Ar. 2730) y STCT 29 de septiembre de 1981 (Ar. 5489). Igualmente, STSJ Extremadura 29 de noviembre de 1993 (Ar. 4826) y STSJ Comunidad Valenciana 14 de marzo de 1994 (Ar. 1221), STSJ Galicia 18 de mayo de 1995 (Ar. 1904), STSJ Castilla y León/Burgos 24 de octubre de 1995 (Ar. 3653) y STSJ Cataluña 20 de septiembre de 1996 (Ar. 4457) y STSJ Murcia 15 de junio de 1999 (Ar. 2504).

incluir el uso de materiales ⁵⁹, herramientas ⁶⁰, maquinaria ⁶¹ o los vehículos de la empresa sin estar autorizado para ello ⁶². Concretamente, dentro de los medios de la empresa que se pueden englobar en el material de oficina, cabe remarcar la apertura de una máquina fotocopidora que estaba cerrada con llave y manipulándola hacer fotocopias para un industrial de fontanería, con el que también trabaja ⁶³, poner, sin permiso y ocultándolo, una conferencia telefónica particular de larga distancia ⁶⁴, utilizar el teléfono o el fax de la empresa para negocios propios ⁶⁵.

En esta línea, los supuestos relativos al uso irregular de los equipos informáticos se pueden agrupar en dos tipos de conductas. En primer lugar, actos en los que el ordenador no está conectado a internet, tales como jugar durante la jornada de trabajo a determinados juegos informáticos ⁶⁶ o confeccionar tarjetas de visita de su negocio particular en las que incluye una dirección de correo en internet que corresponde a un buzón de ordenador de la empresa, realizar presupuestos, organigramas y nóminas para sus clientes, introducir programas de renta o realizar planos de su vivienda particular ⁶⁷. En segundo lugar, cuando el ordenador sí está conectado a internet, como puede ser uso abusivo del correo electrónico ⁶⁸ o consultar direcciones de internet no laborales en horas de trabajo ⁶⁹.

En todos los casos, los motivos por los que se produce el despido se fundamentan en el mal uso de las herramientas informáticas, que a la vez supone la no realización de la prestación pactada ⁷⁰, aunque en un supuesto, además de estas circunstancias, aparece un caso de acoso sexual, ya que se utilizan medios que el propio empresario pone a su disposición para enviar y recibir correos electrónicos de contenido obsceno ⁷¹.

⁵⁹ STCT 17 de febrero de 1978 (Ar. 1026).

⁶⁰ STS 6 de julio de 1955 (Ar. 2364).

⁶¹ STS 24 de febrero de 1958 (Ar. 706), STS 24 de abril de 1970 (Ar. 1812), STS 26 de diciembre de 1979 (Ar. 4567), STS 17 de marzo de 1981 (Ar. 1379) y STS 14 de diciembre de 1981 (Ar. 5080).

⁶² STS 8 de mayo de 1969 (Ar. 2692). Igualmente, STCT 8 de febrero de 1974 (Ar. 619), STCT 25 de mayo de 1976 (Ar. 2799) y STCT 3 de octubre de 1978 (Ar. 4948).

⁶³ STCT 13 de junio de 1975 (Ar. 3112).

⁶⁴ STCT 3 de diciembre de 1977 (Ar. 6175).

⁶⁵ STSJ Madrid 7 de julio de 1995 (Ar. 2888) y STSJ Andalucía/Granada 12 de junio de 2000 (Ar. 3935).

⁶⁶ STSJ Cataluña 23 de octubre de 2000.

⁶⁷ STSJ Murcia 15 de junio de 1999 (Ar. 2504).

⁶⁸ STSJ Comunidad Valenciana 24 de septiembre de 1996 (Ar. 2877), STSJ Cataluña 5 de julio de 2000 (Ar. 3452) y STSJ Cataluña 14 de noviembre de 2000 (Ar. 3444).

⁶⁹ STSJ Madrid 16 de octubre de 1998 (Ar. 3780).

⁷⁰ STSJ Cataluña 23 de octubre de 2000 y STSJ Cataluña 14 de noviembre de 2000 (Ar. 3444).

⁷¹ STSJ Cataluña 5 de julio de 2000 (Ar. 3452).

4.2. Mecanismos de control empresarial.

El empresario está interesado en poder controlar cualquier uso irregular que los trabajadores hagan de la herramienta que se les pone en sus manos que es internet. Ahora bien, siempre que este sistema de sistema de control sea efectivo y legal. Además, la cuestión se complica porque se refiere principalmente a dos tipos de materias:

- La visualización de páginas web.
- El uso del correo electrónico.

El correo electrónico es un medio de comunicación, y aunque expresamente no esté contemplado en la regulación, está regido por las normas relativas a la protección del secreto de las comunicaciones⁷². Concretamente, el art. 18.3 de la Constitución regula que «Se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial». Este precepto, que está inspirado en el art. 10 de la Ley Fundamental de Bonn, de 23 de mayo de 1949, consagra «la libertad de las comunicaciones, implícitamente y, de modo expreso, su secreto, siendo así el bien constitucionalmente protegido, y a través de la imposición a todos del secreto, la libertad de las comunicaciones»⁷³.

La tutela del secreto de las comunicaciones tiene como finalidad principal, aunque no única, la protección de la intimidad y el respeto de la vida privada personal y familiar⁷⁴, que debe quedar excluida del conocimiento ajeno y de las intromisiones de los demás, salvo autorización del interesado, extendiéndose también la protección, superando el contenido estricto de la intimidad, a la libertad de comunicación en general, o dicho de otra manera, lo que se protege es la opacidad de la propia comunicación⁷⁵, por lo que en el ámbito del derecho al secreto de las comunicaciones es digna de amparo cualquier información transmitida, afecte o no a la esfera íntima personal⁷⁶. Por esta razón, según el Tribunal Constitucional, cabe hablar de una presunción *iusuris et de iure* de que lo comunicado es secreto en un sentido sustancial⁷⁷.

El análisis ha de partir aquí del hecho de que la necesidad de tutela del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones telefónicas es especialmente intensa, tanto porque dicho derecho,

⁷² Así lo ha considerado, por ejemplo, la Sentencia del Tribunal de Gran Instancia de París de 2 de noviembre de 2000.

⁷³ STC 114/1984, de 29 de noviembre.

⁷⁴ STS (Sala Civil) 20 de febrero de 1999 (Ar. 512).

⁷⁵ FERNÁNDEZ ESTEBAN, *Nuevas Tecnologías, internet y derechos fundamentales*, Madrid, (McGraw-Hill), 1998, pág. 127.

⁷⁶ RIVES SEVA, *La intervención de las comunicaciones en la Jurisprudencia Penal*, Elcano, (Aranzadi), 2000, pág. 24.

⁷⁷ STC 114/1984, de 29 de noviembre.

a consecuencia de los avances tecnológicos, resulta fácilmente vulnerable, cuanto porque constituye una barrera de protección de la intimidad, sin cuya vigencia efectiva podría vaciarse de contenido el sistema entero de los derechos fundamentales ⁷⁸.

En relación con las intervenciones telefónicas existe un cuerpo de doctrina del Tribunal Constitucional que, en sintonía con la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, predica el riguroso cumplimiento de una serie de exigencias constitucionalmente inexcusables que afectan al núcleo esencial de aquel derecho fundamental, como son la previsión legal, la autorización judicial previa y motivada, la estricta observancia del principio de proporcionalidad y la existencia de un control judicial efectivo en el desarrollo y cese de la medida ⁷⁹.

En virtud de todo lo afirmado, y sin perjuicio de las cuestiones posteriormente desarrolladas, cabe afirmar que «será frecuente que la interceptación de la comunicación del trabajador por parte del empresario deba entenderse ilegítima, aunque dicha comunicación se desarrolle dentro de la jornada laboral» ⁸⁰.

Diferente es el control por parte del empresario de las páginas web consultadas por el trabajador. Su interés por limitar la navegación por la red de manera libre tiene varios argumentos, de los que principalmente cabe destacar dos. En primer lugar, de tipo interno, debido a la posible disminución del rendimiento del trabajador. En segundo lugar, externo, ya que cuando uno visita una página web queda registrada la dirección de la empresa, y en este aspecto cabe hacer mención del gran problema que resulta para las empresas la consulta de páginas pornográficas por parte de los trabajadores, que incluso puede ser utilizada en contra de la buena imagen de dicha empresa ⁸¹.

Sin embargo, según el sindicato Comisiones Obreras ⁸², se debe rechazar todo intento de reducir exclusivamente el uso de las nuevas tecnologías al ámbito empresarial, por lo que reclaman los siguientes derechos:

- El derecho de cada trabajador a un buzón personal de correo electrónico en la empresa.
- El derecho de los sindicatos a comunicarse con los trabajadores a través de un buzón sindical de libre acceso en las empresas.

⁷⁸ Sobre este tema véase la STC 58/1998, de 16 de marzo, STC 81/1998, de 2 de marzo y STC 171/1999, de 27 de septiembre.

⁷⁹ Entre otras, véase la STC 85/1994, de 14 de marzo, STC 86/1995, de 6 de junio, STC 181/1995, de 11 de diciembre, STC 49/1996, de 23 de junio, STC 123/1997, de 1 de julio, STC 49/1999, de 4 de abril y STC 236/1999, de 20 de diciembre.

⁸⁰ MARTÍN MORALES, *Régimen constitucional del secreto de las comunicaciones*, Madrid, (Civitas), 1995, pág. 68.

⁸¹ Sobre el control en el uso de las páginas web en Francia, véase DARMAISIN, «L'ordinateur, l'employeur et le salarié», *Droit Social*, número 6, 2000, pág. 586.

⁸² Comisiones Obreras, *Criterios para la negociación colectiva de 2001*, pág. 36.

- Libre acceso de los representantes sindicales al correo electrónico e internet en la empresa para el desarrollo de su actividad sindical.
- Libre acceso de los trabajadores al correo electrónico y a las páginas de internet sindicales para obtener información laboral en la empresa.
- Las empresas deben respetar la inviolabilidad de las comunicaciones, también en internet.
- Libre acceso desde el puesto de trabajo a un tablón electrónico y a un grupo de noticias de carácter sindical a través de la intranet corporativa.

Tal y como se ha observado, el secreto de las comunicaciones tiene como referente principal el derecho a la intimidad y, al igual que éste, desemboca en el valor superior de la libertad ⁸³.

El derecho fundamental a la intimidad reconocido por el artículo 18.1 de la Constitución tiene por objeto garantizar al individuo un ámbito reservado de su vida, vinculado con el respeto de su dignidad como persona, frente a la acción y el conocimiento de los demás, sean éstos poderes públicos o simples particulares. De suerte que el derecho a la intimidad atribuye a su titular el poder de resguardar ese ámbito reservado, no sólo personal sino también familiar ⁸⁴, frente a la divulgación del mismo por terceros y una publicidad no querida. No garantiza una intimidad determinada sino el derecho a poseerla, disponiendo a este fin de un poder jurídico sobre la publicidad de la información relativa al círculo reservado de su persona y su familia, con independencia del contenido de aquello que se desea mantener al abrigo del conocimiento público. Lo que el artículo 18.1 de la Constitución garantiza es, pues, el secreto sobre nuestra propia esfera de intimidad y, por tanto, veda que sean los terceros, particulares o poderes públicos, quienes decidan cuáles son los lindes de nuestra vida privada.

Corresponde, pues, a cada individuo reservar un espacio, más o menos amplio según su voluntad, que quede resguardado de la curiosidad ajena, sea cual sea lo contenido en ese espacio. Y, en correspondencia, puede excluir que los demás, esto es, las personas que de uno u otro modo han tenido acceso a tal espacio, den a conocer extremos relativos a su esfera de intimidad o prohibir su difusión no consentida, salvo los límites, obvio es, que se derivan de los restantes derechos fundamentales y bienes jurídicos constitucionalmente protegidos. Pues a nadie se le puede exigir que soporte pasivamente la revelación de datos, reales o supuestos, de su vida privada, personal o familiar ⁸⁵.

⁸³ MARTÍN MORALES, *Régimen constitucional del secreto de las comunicaciones*, Madrid, (Civitas), 1995, pág. 23.

⁸⁴ STC 231/1988, de 2 de diciembre, y STC 197/1991, de 17 de octubre.

⁸⁵ Sobre este tema véase, entre la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la sentencia de 26 de marzo de 1985, de 26 de marzo de 1985, caso Leander; sentencia de 7 de julio de 1989, caso Gaskin; sentencia de 25 de marzo de 1993, caso Costello-Robert y sentencia de 25 de febrero de 1997, caso Z. Esta doctrina es utilizada por el Tribunal Constitucional, entre otras, en la STC 73/1982, de 2 de diciembre, STC 110/1984, de 26 de noviembre, STC 231/1988, de 2 de diciembre, STC 197/1991, de 17 de octubre, STC 143/1994, de 9 de mayo, STC 151/1997, de 29 de septiembre y STC 115/2000, de 5 de mayo.

Ahora bien, la intimidad, como todos los derechos fundamentales, no es un derecho absoluto, sino limitado. Así lo ha expresado claramente el Tribunal Constitucional al afirmar que «la intimidad personal puede llegar a ceder en ciertos casos y en cualquiera de sus diversas expresiones, ante exigencias públicas, pues no es éste un derecho de carácter absoluto, pese a que la Constitución, al enunciarlo, no haya establecido de modo expreso, la reserva de intervención judicial que figura en las normas declarativas de la inviolabilidad del domicilio o del secreto de comunicaciones»⁸⁶.

Es en esta sede en la que cabe plantear si existe razón para limitar la intimidad del trabajador por el hecho de prestar servicios en la empresa. En principio, y sin que se produzcan abusos por parte del empresario, ya que no caben ataques intrusivos y desproporcionados del empresario en la esfera privada del trabajador⁸⁷, la jurisprudencia que se ha ocupado de este asunto ha declarado que el centro de trabajo no constituye por definición un espacio en el que se ejerza el derecho a la intimidad por parte de los trabajadores⁸⁸. El artículo 20.3 del Estatuto de los Trabajadores así lo regula al permitir que el empresario pueda adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales⁸⁹.

Si bien ésta es la posición común de la mayoría de Ordenamientos Jurídicos de los países de la Unión Europea, algunos incluso con una regulación específica, como por ejemplo se puede observar en el artículo 4 del Estatuto de los Trabajadores italiano, nada tiene que ver con la realidad que se da en Estados Unidos, donde se aprecia una escasa privacidad en el uso por parte del trabajador de los medios puestos a disposición por el empresario⁹⁰.

En todo caso, antes de entrar a valorar si el empresario puede controlar el uso del correo electrónico por parte del trabajador, así como la consulta que realiza de diferentes páginas web, hay que tener en cuenta que existe un elemento relevante que puede matizar esta conducta: se trata del denominado uso sindical de internet.

La posibilidad de utilizar internet por parte de los representantes de los trabajadores proviene del derecho que tienen los trabajadores a recibir información. En esta materia, el artículo 81 del Estatuto de los Trabajadores regula el derecho de los delegados de personal o del comité de empresa a disponer de uno o varios tablones de anuncios, mientras que el art. 8 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical establece que los trabajadores afiliados a un sindicato podrán recibir la información que les remita su sindicato y distribuir información sindical⁹¹.

⁸⁶ STC 37/1989, de 15 de febrero.

⁸⁷ CARDONA RUBERT, *Informática y contrato de trabajo*, Valencia, (Tirant lo Blanch), 1999, pág. 56.

⁸⁸ Véase la STSJ Cataluña 25 de abril de 1994 (Ar. 1478) y STSJ Galicia 25 de enero de 1996 (Ar. 12).

⁸⁹ Por esta razón CARDONA RUBERT entiende que es inevitable una cierta apertura de la intimidad del trabajador en la empresa, «Control del correo electrónico de los empleados. Transgresión de la buena fe contractual», *Aranzadi Social*, número 17, 2001, pág. 31. En contra de este argumento, GOÑI SEIN, *El respeto a la esfera privada del trabajador*, Madrid, (Civitas), 1988 y DE VICENTE PACHES, *El derecho del trabajador al respeto de su intimidad*, Madrid, (CES), 1998, pág. 330.

⁹⁰ <http://www.privacyrights.org/fs/fs7-work.htm>.

⁹¹ En un sentido similar se expresa el art. 4 del Estatuto de los Trabajadores italiano.

En este tema, es evidente que el empresario está interesado en que se haga un uso correcto de los medios puestos a disposición. Por esta razón, si se realiza una lectura restrictiva de las normas citadas, la obligación de recibir información que remite el sindicato sólo la tienen los afiliados, ya que el resto de trabajadores tienen exclusivamente derecho al tablón de anuncios y a la información sindical fuera de las horas de trabajo y sin afectar al normal desarrollo de la actividad de la empresa ⁹². Por tanto, en el caso que se quisiera utilizar el correo electrónico para realizar estos actos de comunicación con los trabajadores será a cargo de los propios sindicatos.

Por estas razones se puede afirmar que no existe obligación legal por parte del empresario de ceder estos sistemas informáticos y que los sindicatos sólo pueden llevar a cabo su labor de información respecto a materias sindicales, no por ejemplo, políticas. Ahora bien, esto no significa que los conflictos que se originan en estos casos pueden solventarse si, por ejemplo siguiendo el modelo regulado en el artículo 412-8 del Código de Trabajo francés, existe una total libertad de información por parte de los sindicatos, unido a que un ejemplar de todas las comunicaciones que realizan se envían también al empresario.

Sin embargo, existen voces que defienden la utilización de estos medios por parte de los sindicatos. Concretamente son dos los colectivos que se han expresado en esta línea.

En primer lugar, el sindicato Comisiones Obreras entiende que no existe normativa que adapte los derechos sindicales a las nuevas realidades tecnológicas, por lo que es necesario que se reconozca que, de la misma manera que el sindicato tiene el derecho a comunicarse a través de las tecnologías tradicionales, lo tiene en comunicarse a través de las nuevas tecnologías de la información ⁹³. De la misma manera, según María José PAREDES, representante de COMFIA-CC.OO., los tabloneros de anuncios, las salas de reuniones y el papel de la empresa que utilizan los sindicatos para los comunicados también son bienes privativos de la empresa y sin embargo se ha llegado a un acuerdo para utilizarlos como parte de los derechos de los trabajadores ⁹⁴, por tanto, no cabe el argumento de la limitación por el hecho de la propiedad de los bienes.

En segundo lugar, la Revista Kriptópolis y la Asociación de Internautas han iniciado la Primera Campaña por la intimidad en las comunicaciones electrónicas en el puesto de trabajo, en la que solicitan la adopción de iniciativas legales que garantice los siguientes puntos ⁹⁵:

- El derecho de cada trabajador a un buzón personal de correo electrónico en la empresa.

⁹² En este tema, la STS 13 de octubre de 1995 declaró ilegal el conflicto colectivo planteado por la Federación del Metal de Comisiones Obreras contra la empresa IBM, España SA.

⁹³ TAPIA, www.vlex.com y FIDALGO, www.vlex.com.

⁹⁴ PAREDES, www.idg.es/computerworld.

⁹⁵ Según MARTÍNEZ FONS, el derecho a difundir la información sindical se garantiza tolerando la distribución de las informaciones sin injerencia de los terceros, «Nuevas tecnologías y poder de control empresarial», *Revista Gallega de Empleo*, número 1, 2000, pág. 262.

- El derecho de los sindicatos a comunicarse con los trabajadores a través de un buzón sindical de libre acceso en las empresas.
- Libre acceso de los representantes sindicales al correo electrónico e internet en la empresa para el desarrollo de su actividad sindical.
- Libre acceso de los trabajadores al correo electrónico y a las páginas de internet sindicales, para obtener información laboral en la empresa.

Como conclusión de este apartado cabe plantearse si el empresario puede tener acceso, de una manera más o menos libre, respecto a los correos electrónicos que emiten o reciben los trabajadores, así como las páginas web que consultan. En este tema, y salvo las cuestiones que posteriormente se plantearán, hay que tener en cuenta que se deben aplicar las mismas reglas jurídicas que respecto a la correspondencia o a las llamadas telefónicas de los trabajadores. Ha sido clara la jurisprudencia al expresar su opinión sobre esta materia: el empresario no puede abrir la correspondencia de un trabajador, recibida en el centro de trabajo o interceptar las llamadas telefónicas ⁹⁶.

Los argumentos ofrecidos, en este caso, por la doctrina son muy claros. El contrato laboral no puede concebirse como una especie de área autónoma ajena a la vigencia de la Constitución. Por esta razón, el acceso indiscriminado al correo electrónico ignora el derecho al trabajador al secreto de las comunicaciones. Un derecho cuyo bien jurídico protegido es la libertad de comunicación y la reserva sobre la comunicación emitida, con independencia del contenido de la misma. Se trata, por tanto, de una garantía formal de comunicación libre ⁹⁷.

Sin embargo, existe toda una serie de opiniones que fundamentan la posibilidad de este control por parte del empresario. Algunas serán posteriormente analizadas, mientras que otras son directamente rechazadas. En todo caso, se pueden resumir en las siguientes razones:

1. La propiedad del ordenador y la titularidad sobre la dirección del correo habilitan al empresario para un acceso indiscriminado y sorpresivo sobre la actividad laboral llevada a cabo por el empleado a través de estos correos electrónicos.
2. El proceso de envío y recepción de mensajes electrónicos supone una gran pérdida de tiempo. Si bien es verdad que se ha afirmado que en 30 segundos se pueden enviar tres mensajes por el correo electrónico, la inversión de tiempo no se debe limitar exclusivamente al envío, sino también hay que incluir la captura, registro, lectura y modificación de los mensajes. Por tanto, se debe valorar el coste económico de todo este tiempo.

⁹⁶ Sobre este tema véase la STC 34/1996, de 11 de marzo, STS 10 de marzo de 1990 (Ar. 2045), STSJ Cataluña 25 de abril de 1994 (Ar. 1478) y STSJ Cataluña 28 de junio de 1994 (Ar. 2605).

⁹⁷ CARRILLO, «Correo electrónico y derechos fundamentales», *El País Digital*. Sin embargo, matiza esta opinión, CARDONA RUBERT, *Informática y contrato de trabajo*, Valencia, (Tirant lo Blanch), 1999, pág. 83.

3. El empresario, como propietario de los medios que emiten y reciben los mensajes, es el titular último de la comunicación.

Esta opinión deriva de la teoría instaurada por el Tribunal Constitucional según la cual el derecho al secreto de las comunicaciones no puede oponerse sin quebrar su sentido constitucional, frente a quien tomó parte en la comunicación misma así protegida, ya que la norma constitucional se dirige inequívocamente a garantizar su impenetrabilidad por terceros ajenos a la comunicación misma, de tal modo que la presencia de un elemento ajeno a aquéllos entre los que media el proceso de comunicación es indispensable para configurar el ilícito. Por esta razón, quien graba una conversación de otros atenta, independientemente de otra consideración, al derecho reconocido en el artículo 18.3 de la Constitución; por el contrario quien graba una conversación con otro no incurre, por este solo hecho, en conducta contraria al precepto constitucional ⁹⁸.

Sin embargo, esta posición no es válida ya que la jurisprudencia ha declarado que el titular del derecho al secreto de las comunicaciones es el sujeto que efectúa la comunicación, o sea el trabajador, y no el propietario del teléfono desde el que se realiza, el empresario ⁹⁹.

4. Los mensajes enviados por la vía del correo electrónico se pueden asimilar a las tarjetas postales. El contenido del mensaje no puede quedar totalmente protegido, ya que el medio por el que se envía es abierto. Lo mismo sucede en los correos electrónicos, si el trabajador conoce que el empresario puede leerlos. Sin embargo, esta teoría no es de aplicación, porque incluso respecto de las tarjetas postales sí que se puede predicar una impermeabilidad total para terceras personas ajenas al circuito de comunicación.
5. El control sobre los correos electrónicos no se puede considerar como una interceptación de las comunicaciones, sino que hay que tratarlos como si fuera violación de la correspondencia que ya ha sido recibida y guardada por el destinatario. En este caso, la vía para exigir la protección no será el artículo 18.3 de la Constitución, sino medidas más generales de protección de la intimidad. Ahora bien, esta medida, en el caso de utilizarse, debería asimilarse al régimen jurídico regulado en el artículo 18 del Estatuto de los Trabajadores.

Como se puede observar, ninguna de estas opiniones permiten la resolución de la esencia del conflicto. Es evidente que en determinados supuestos, por ejemplo, la filtración de secretos industriales de la empresa, la única manera de verificar un uso ajustado a la finalidad de los correos electrónicos enviados o recibidos por los trabajadores es comprobando el contenido de las comunicaciones. El problema en cuanto a la obligatoriedad del uso de estas medidas deriva de la interpretación de los preceptos, de manera literal o cualquier medida del empresario que permite el ejercicio de los derechos. La solución no es clara, tampoco, en otros países, aunque presenta elementos de conexión. Por ejemplo, según la jurisprudencia francesa sobre el uso de teléfonos, el empresario puede san-

⁹⁸ STC 114/1984, de 29 de noviembre.

⁹⁹ STSJ Cataluña 6 de junio de 1991 (Ar. 1354).

cionar una utilización privada del correo electrónico, pero no puede conocer el contenido del mismo. De la misma manera, en Estados Unidos existe el principio general de que una llamada personal puede interceptarse cuando está realizada por un trabajador desde un teléfono perteneciente a la empresa, pero sólo para averiguar si la llamada es personal o de negocios, nunca para conocer su contenido ¹⁰⁰.

Por esta razón, se proponen tres tipos de soluciones generales que pueden aplicarse de manera simultánea:

1. La regulación de una norma que determine la adopción de la medida limitadora de estos derechos.
2. El establecimiento de unos usos concretos y debidamente justificados.
3. El auto-control que genera la gran libertad otorgada a los trabajadores en el uso de las nuevas tecnologías, y que incluye internet ¹⁰¹.

4.3. Requisitos para el establecimiento de estos mecanismos.

4.3.1. Exigencias organizativas o de control.

En esta materia cabría una aplicación analógica del art. 18 del Estatuto de los Trabajadores, de manera que sólo se podrá establecer estos mecanismos de control si aparecen exigencias organizativas o de control.

Así lo ha expresado la jurisprudencia que ha tratado esta materia al afirmar que este precepto autoriza la realización de registros sobre la persona del trabajador, en sus taquillas y efectos particulares, cuando sean necesarios para la protección del patrimonio empresarial y del de los demás trabajadores de la empresa, dentro del centro de trabajo y en horas de trabajo; debiéndose en su realización respetar al máximo la dignidad e intimidad del trabajador y debiéndose contar con la presencia de algún representante legal de los trabajadores. Por lo tanto, dicho precepto autoriza el registro en la terminal de ordenador que utiliza el trabajador, pues el ordenador a estos efectos puede asimilarse a la taquilla, ya que no podemos olvidar que dicho 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. Ahora bien, esta posibilidad de efectuar registros en las terminales de ordenador de

¹⁰⁰ CANO GALÁN, *El despido libre y sus límites en el Derecho Norteamericano*, Madrid, (CES), 2000, págs. 125-126.

¹⁰¹ RICHEVAUX, «L'introduction d'Internet dans les entreprises», *Droit Social*, número 9, 2000, pág. 378.

los trabajadores no es un derecho absoluto e incondicionado de la empresa, pues el artículo 18 del Estatuto de los Trabajadores, precepto al amparo del cual la demandada efectuó el registro, lo condiciona a que ello sea necesario para la protección del patrimonio empresarial y del de los demás trabajadores de la empresa, cosa que la demandada ni siquiera ha alegado en el supuesto de autos, pues de un somero examen del acta de registro se desprende que la empresa ni siquiera adujo causa o motivo alguno para la realización del registro en cuestión. Por ello, consideramos que dicho registro violó el derecho a la intimidad del trabajador, garantizada en el plano estrictamente laboral por el artículo 4.2. e) del Estatuto de los Trabajadores y con carácter general en el artículo 10 de la Constitución ¹⁰².

Este mismo argumento es utilizado de manera fundamental en dos países de la Unión Europea. Así, en Francia no se pueden establecer, según el artículo L 122-35 del Código de Trabajo restricciones a las libertades o derechos que no se justifiquen por la naturaleza del trabajo realizado ¹⁰³. Por esta razón, el Tribunal de Casación de París ha entendido que los conceptos jurídicos existentes permiten resolver los problemas esenciales relativos a la protección de los trabajadores utilizando conceptos relativos al uso de la informática o el vídeo ¹⁰⁴. De la misma manera, el artículo 4 del Estatuto de los Trabajadores italiano admite el control «por exigencias organizativas y productivas o bien por la seguridad del trabajo».

4.3.2. Existencia de indicios.

La inviolabilidad del secreto de las comunicaciones cede ante determinados valores que en una sociedad democrática hace necesaria en casos individualizados la injerencia en el ámbito privado de las comunicaciones ¹⁰⁵, como puede ser la investigación de los hechos delictivos. Ahora bien, no son posibles las interceptaciones preventivas o exploratorias desligadas de la realización de un hecho delictivo y tendentes sólo a determinar la realización de hipotéticas conductas criminales ¹⁰⁶.

Por esta razón, en aplicación del artículo 579 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, el secreto no puede alzarse sobre la base de las meras hipótesis subjetivas, sino que las sospechas han de fundarse en indicios ¹⁰⁷. Es necesario justificar con suficiente detalle, claridad y precisión que no

¹⁰² Sobre este tema, véase la STSJ Andalucía/Málaga 25 de febrero de 2000 (Ar. 562) y STSJ Cataluña 11 de julio de 2000 (Ar. 3325).

¹⁰³ Sobre la utilización de los recursos informáticos en este país y su control (<http://cru.fr/droit-deonto/droit/ressources/index.htm>).

¹⁰⁴ Tribunal de Casación de París de 12 de mayo de 1999.

¹⁰⁵ Sobre este tema véase la STC 236/1999, de 20 de diciembre. Igualmente, STS (Sala Civil) 1 de marzo de 1996 y 15 de marzo de 1996 (Ar. 1953).

¹⁰⁶ STS 1 de diciembre de 1995 (Ar. 9031) y 11 de abril de 1997 (Ar. 2802). De esta misma opinión, RIVES SEVA, *La intervención de las comunicaciones en la Jurisprudencia Penal*, Aranzadi, (Elcano), 2000, pág. 121.

¹⁰⁷ STC 14/2001, de 29 de enero.

son meras suposiciones o presunciones, por lo que hay que considerar como indicios aquellos que se apoyen en verdaderos datos objetivos ¹⁰⁸ y que puedan servir para el descubrimiento de un delito y de las personas responsables ¹⁰⁹.

Ahora bien, no es necesario cimentar la resolución judicial en un indicio racional de comisión de un delito, bastando una *notitia criminis* alentada por la sospecha fundada en circunstancias objetivas de que se pudo haber cometido, o se está cometiendo o se cometerá un delito: se trata de la idoneidad de la medida respecto del fin perseguido y que haya un riesgo cierto y real de que se dañen bienes jurídicos de rango constitucional de no proceder a dicha entrada y registro ¹¹⁰.

En virtud de estas argumentaciones, se ha de admitir que el empresario pueda tener un determinado control sobre situaciones de abuso respecto de las cuales haya indicios objetivos de que se están produciendo.

Estos indicios se deben fundamentar en criterios objetivos tales como la frecuencia en el número de comunicaciones de carácter personal o el título de los propios mensajes.

Concretamente, la Directiva 97/66/CE, de 17 de diciembre, relativa al tratamiento de datos personales y a la protección de la intimidad del sector de las telecomunicaciones, en el artículo 5.2, permite la grabación de las comunicaciones en el marco de una práctica comercial lícita destinada a aportar pruebas de una transacción comercial o de cualquier otra comunicación comercial. Esta limitación debe ser autorizada legalmente.

Los Tribunales laborales que han tratado estos asuntos han declarado que no se vulneró el derecho a la intimidad ya que la medida de control informático adoptada por el empresario era justificada, ya que existían razonables sospechas de la comisión por parte del trabajador de graves irregularidades en su puesto de trabajo, idónea para la finalidad pretendida, ya que se trataba de verificar si el trabajador cometía efectivamente dichas irregularidades, era necesaria, ya que dicha medida servía de prueba de tales conductas y era equilibrada, al producirse la misma en relación con el terminal informático proporcionado por la empresa como instrumento a utilizar por el trabajador ¹¹¹. Con el control empresarial sobre el modo de producirse el desempeño de la misma no se pretendía divulgar su conducta sino tratar de obtener un conocimiento de cuál era su comportamiento laboral. Se trataba, en suma, de verificar las fundadas sospechas de la empresa sobre la torticera conducta del trabajador, sospechas que efectivamente resultaron corroboradas ¹¹².

¹⁰⁸ STS 7 de abril de 1997 (Ar. 2702) y STS 20 de febrero de 1998 (Ar. 1466).

¹⁰⁹ STS 12 de septiembre de 1994 (Ar. 7205) y STS 21 de julio de 1997 (Ar. 5840).

¹¹⁰ Sobre este tema véase la STC 239/1999, de 20 de diciembre y STC 136/2000, de 29 de mayo. En el mismo sentido, STS 7 de abril de 1997 (Ar. 2702), STS 20 de febrero de 1998 (Ar. 1466) y STS 31 de octubre de 1998 (Ar. 8728).

¹¹¹ STSJ Cataluña de 23 de octubre de 2000.

¹¹² STC 10 de julio de 2000.

Esta argumentación es también válida tanto en Francia como en Estados Unidos. Respecto al país vecino, el Tribunal de Casación ha declarado que el empresario no puede espiar a los trabajadores con el pretexto de ejercitar el poder disciplinario ¹¹³, por lo que sólo podrá protegerse cuando exista abuso por parte de los trabajadores, no de manera preventiva, tanto en el caso del correo electrónico como respecto a los listados de páginas web visitadas por éstos ¹¹⁴. De la misma manera, en Estados Unidos, los empresarios sólo pueden usar esta tecnología cuando tienen una fundada sospecha de una conducta ilegal del trabajador o cuando la presunción es innegable ¹¹⁵.

4.3.3. Principio de legalidad.

De acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional, toda injerencia estatal en el ámbito de los derechos fundamentales y las libertades públicas, ora incida directamente sobre su desarrollo (art. 81.1 CE), o limite o condicione su ejercicio (art. 53.1 CE), precisa una habilitación legal ¹¹⁶.

Esta reserva de ley a que, con carácter general, somete la Constitución la regulación de los derechos fundamentales y libertades públicas, desempeña una doble función:

- A) Asegura que los derechos que la Constitución atribuye a los ciudadanos no se vean afectados por ninguna injerencia estatal no autorizada por sus representantes.
- B) En un Ordenamiento Jurídico en el que los jueces y magistrados se hallan sometidos únicamente al imperio de la Ley y no existe la vinculación al precedente ¹¹⁷ constituye el único modo efectivo de garantizar las exigencias de seguridad jurídica en el ámbito de los derechos fundamentales y las libertades públicas. Por eso, es necesario caracterizar la seguridad jurídica como una suma de legalidad y certeza del Derecho ¹¹⁸.

¹¹³ Tribunal de Casación Social de 20 de noviembre de 1991.

¹¹⁴ DE TISSOT, «Internet et contrat de travail», *Droit Social*, número 2, 2000, págs. 154-155.

¹¹⁵ DIXON, «With nowhere to hide: workers are scrambling for privacy in the digital age», www.journal.law. Ufl.edu/%7Etechlaw/4/Dixon.htm.

¹¹⁶ Sobre este tema véase, entre otras, la STC 37/1989, de 15 de febrero, STC 54/1996, de 26 de marzo, STC 49/1999, de 5 de abril y STC 166/1999, de 27 de septiembre.

¹¹⁷ STC 8/1981, de 30 de marzo, STC 34/1995, de 6 de febrero, STC 47/1995, de 14 de febrero y STC 96/1996, de 30 de mayo.

¹¹⁸ STC 27/1981, de 20 de julio.

Esta doble función de la reserva de ley constituye, en el caso del derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas, una doble perspectiva de análisis. Desde la exigencia de que una norma legal habilite la injerencia, parece difícil negar que la propia Constitución contiene tal habilitación, por esta razón, los órganos judiciales pueden acordarla cuando concurren los presupuestos materiales pertinentes ¹¹⁹.

Sin embargo, desde las exigencias de certeza que han de presidir cualquier injerencia en un derecho fundamental, es también patente que el artículo 18.3 de la Constitución al no hacer referencia alguna a los presupuestos y condiciones de la intervención telefónica, resulta insuficiente para determinar si la decisión judicial es o no el fruto previsible de la razonable aplicación de lo decidido por el legislador ¹²⁰. Ya desde las primeras sentencias el Tribunal Constitucional entendió que la reserva de ley no es una mera forma; sino que implica exigencias respecto al contenido de la Ley que, naturalmente, son distintas según el ámbito material de que se trate. Y, así, si bien es cierto que las exigencias de certeza no son las mismas cuando se trata de imponer limitaciones a la licitud de la conducta individual que cuando se establecen las condiciones bajo las cuales pueden interceptarse legítimamente las comunicaciones telefónicas ¹²¹, también lo es que en todo caso el legislador ha de hacer el máximo esfuerzo posible para garantizar la seguridad jurídica ¹²² o, dicho de otro modo, la expectativa razonablemente fundada del ciudadano en cuál ha de ser la actuación del poder en aplicación del Derecho ¹²³.

Una vez afirmada que es necesaria la intervención de la Ley y que la norma de que se trate ha de reunir todas aquellas características indispensables como garantía de la seguridad jurídica, para precisarlas con mayor exactitud, siquiera sea con carácter mínimo, de conformidad con lo establecido en el artículo 10.2 de la Constitución, en relación con el artículo 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, se ha de tener en cuenta la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Este Tribunal ha declarado que este principio de previsibilidad o legalidad implica que el Derecho interno debe usar términos suficientemente claros para indicar a todos de manera suficiente en qué circunstancias y bajo qué condiciones se habilita a los poderes públicos a tomar tales medidas ¹²⁴. En esta línea, ha concretado las exigencias mínimas relativas al contenido de la Ley en las siguientes:

- A) La definición de las categorías de personas susceptibles de ser sometidas a escucha judicial; la naturaleza de las infracciones susceptibles de poder dar lugar a ella.

¹¹⁹ STC 22/1984, de 17 de febrero.

¹²⁰ STC 131/1997, de 15 de julio y STC 151/1997, de 29 de septiembre.

¹²¹ Sentencia del TEDH de 2 de agosto de 1984, caso Malone.

¹²² STC 62/1982, de 15 de octubre.

¹²³ STC 36/1991, de 14 de febrero.

¹²⁴ Sentencia del TEDH, de 25 de marzo de 1998, caso Haldford, sentencia del TEDH, de 25 de marzo de 1998, caso Kopp y sentencia del TEDH, de 30 de julio de 1998, caso Valenzuela.

- B) La fijación de un límite a la duración de la ejecución de la medida.
- C) El procedimiento de transcripción de las conversaciones interceptadas.
- D) Las precauciones a observar, para comunicar, intactas y completas, las grabaciones realizadas a los fines de control eventual por el Juez y por la defensa.
- E) Las circunstancias en las cuales puede o debe procederse a borrar o destruir las cintas, especialmente en caso de sobreseimiento o puesta en libertad.

Se trata, en definitiva, de que la regulación legal ofrezca la protección adecuada contra los posibles abusos ¹²⁵.

4.3.4. Principio de proporcionalidad.

Determinar si la actuación judicial ha vulnerado materialmente el artículo 18.3 de la Constitución requiere, ante todo, analizar las exigencias de proporcionalidad que se proyectan sobre la injerencia en el derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas ¹²⁶. Ya desde las primeras sentencias del Tribunal Constitucional se ha consagrado el principio de proporcionalidad como un principio general que puede inferirse a través de diversos preceptos constitucionales, especialmente de la proclamación constitucional del Estado de Derecho en el artículo 1.1 de la Constitución y de la referencia del artículo 10.2 de la Constitución a los artículos 10.2 y 18 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Fundamentales y las Libertades, regla de interpretación que, por su mismo contenido, se erige en límite de toda injerencia estatal en los mismos, incorporando, incluso frente a la ley, exigencias positivas y negativas ¹²⁷.

En todo caso, el ámbito en el que normalmente y de forma muy particular resulta aplicable el principio de proporcionalidad es el de los derechos fundamentales ¹²⁸. Así lo ha reconocido el Tribunal Constitucional al declarar que la desproporción entre el fin perseguido y los medios empleados para conseguirlo puede dar lugar a un enjuiciamiento desde la perspectiva constitucional cuando esa falta de proporción implica un sacrificio excesivo e innecesario de los derechos que la Constitución garan-

¹²⁵ Sentencia del TEDH, de 24 de abril de 1990, caso *Kruslin*.

¹²⁶ Sobre este tema véase, entre otras, la sentencia del TEDH de 6 de septiembre de 1978, caso *Klass*, sentencia del TEDH de 2 de agosto de 1984, caso *Malone*, sentencia del TEDH de 24 de abril de 1990, caso *Kruslin* y *Huvig*, sentencia del TEDH de 25 de marzo de 1998, caso *Haldford*, sentencia del TEDH de 25 de marzo de 1998, caso *Kopp* y sentencia del TEDH de 30 de julio de 1998, caso *Valenzuela*. En el mismo sentido, STC 114/1984, de 29 de noviembre, STC 85/1994, de 14 de marzo, STC 86/1995, de 6 de junio, STC 181/1995, de 11 de diciembre, STC 49/1996, de 26 de marzo, STC 54/1996, de 26 de marzo, STC 81/1998, de 2 de abril, STC 121/1998, de 16 de junio, STC 151/1998, de 13 de julio, STC 49/1999, de 5 de abril, STC 126/2000, de 16 de mayo y STC 175/2000, de 26 de junio.

¹²⁷ STC 62/1982, de 15 de octubre, STC 37/1989, de 15 de febrero, STC 49/1996, de 26 de marzo, STC 55/1996, de 28 de marzo y STC 161/1997, de 2 de octubre.

¹²⁸ STC 55/1996, de 28 de marzo.

tiza ¹²⁹. Incluso en determinadas sentencias en las que se ha hecho referencia al principio de proporcionalidad como principio derivado del valor justicia ¹³⁰, del principio del Estado de Derecho ¹³¹, del principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos ¹³² o de la dignidad de la persona ¹³³ se ha aludido a este principio en el contexto de la incidencia de la actuación de los poderes públicos en el ámbito de concretos y determinados derechos constitucionales de los ciudadanos.

De este principio de proporcionalidad, cuya vigencia queda claramente patente en el ámbito de las intervenciones telefónicas ¹³⁴ se infiere que, tanto la regulación legal como la práctica de las mismas ha de limitarse a las que se hallen dirigidas a un fin constitucionalmente legítimo que pueda justificarlas y que se hallan justificadas sólo en la medida en que supongan un sacrificio del derecho fundamental estrictamente necesario para conseguirlo y resulten proporcionadas a ese sacrificio ¹³⁵.

Respecto a esta cuestión hay que realizar las siguientes cuestiones:

1. Este fin legítimo se halla en toda una serie de situaciones. Concretamente, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Fundamentales y las Libertades Públicas cita la protección de la seguridad nacional, de la seguridad pública o del bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales o la tutela de la salud, la moral o los derechos y libertades de otro, así como la de ser necesarias en una sociedad democrática para la obtención de dichos fines. Mientras que el Tribunal Constitucional prefiere declarar que se encuentra en la defensa del orden y la prevención de delitos calificables de infracciones punibles graves ¹³⁶.
2. Supone que existe una correlación entre las medidas, su duración y extensión y las circunstancias del caso, especialmente la naturaleza del delito, su gravedad y su propia trascendencia ¹³⁷.

¹²⁹ STC 62/1982, de 15 de octubre, STC 66/1985, de 23 de mayo, STC 19/1988, de 16 de febrero, STC 85/1992, de 8 de junio, STC 50/1995, de 23 de febrero y STC 81/1999, de 2 de marzo.

¹³⁰ STC 160/1987, de 27 de octubre, STC 50/1995, de 23 de febrero, STC 173/1995, de 25 de noviembre y STC 166/1999, de 27 de septiembre.

¹³¹ STC 160/1987, de 27 de octubre.

¹³² STC 6/1988, de 21 de enero y STC 50/1995, de 23 de febrero.

¹³³ STC 160/1987, de 27 de octubre.

¹³⁴ STC 85/1994, de 14 de marzo, STC 181/1995, de 11 de diciembre, STC 49/1996, de 26 de marzo, STC 54/1996, de 26 de marzo, STC 123/1997, de 1 de julio, STC 236/1999, de 20 de diciembre y STC 122/2000, de 16 de mayo. En el mismo sentido, SEMPERE RODRÍGUEZ, *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, Madrid, (Edersa), 1997, pág. 442.

¹³⁵ STC 199/1987, de 16 de diciembre, STC 85/1994, de 14 de marzo, STC 86/1995, de 6 de junio, STC 181/1995, de 11 de diciembre, STC 49/1996, de 26 de marzo, STC 49/1999, de 5 de abril y STC 14/2001, de 29 de enero.

¹³⁶ STC 85/1994, de 14 de marzo, STC 181/1995, de 11 de diciembre, STC 49/1996, de 5 de abril, STC 54/1996, de 26 de marzo y STC 123/1997, de 1 de julio.

¹³⁷ RIVES SEVA, *La intervención de las comunicaciones en la Jurisprudencia Penal*, Aranzadi, (Elcano), 2000, págs. 114-115.

3. Este principio está íntimamente conectado con el deber de motivación, de manera que queda cumplido este requisito cuando explica las razones con apoyo en la norma que le llevan a adoptar una determinada medida para que el afectado por ella pueda conocer los fundamentos en que se basó la decisión y pueda impugnarlos, si así estima oportuno.
4. Se apoya en la nota de necesidad, entendida en el sentido de que sólo a través de la realización de dicha medida podrá alcanzarse dicho fin, pues en ningún caso puede estimarse proporcionado el sacrificio de un derecho fundamental para fines que no alcancen dicha dimensión ¹³⁸.

4.3.5. Motivación de la resolución judicial.

El segundo requisito relativo a la motivación de la resolución judicial puede ser dividido en los siguientes principios:

1. La medida sólo puede ser adoptada por resolución judicial que exprese la ponderación exigida por el juicio de necesidad en atención a los fines legítimos y a las circunstancias concretas concurrentes en cada momento ¹³⁹. Concretamente el Tribunal Constitucional ha estimado que la motivación de cada autorización judicial debe mencionar expresamente como fundamento los hechos investigados y las razones de hecho y jurídicas que apoyan la necesidad de hacerla, así como determinar con precisión su objeto, especialmente, la línea o líneas telefónicas intervenidas, las personas cuyas conversaciones han de ser interceptadas, la duración de la medida y quién y cómo ha de llevarse a cabo ¹⁴⁰.
2. La ejecución de esta medida debe atenerse a los estrictos términos de la autorización, tanto en cuanto a los límites materiales o temporales de la misma como a las condiciones de su autorización ¹⁴¹.
3. La medida debe ser verificada bajo control judicial ¹⁴².

¹³⁸ NARVÁEZ RODRÍGUEZ, «Intervenciones telefónicas: comentarios a la STC 49/1999, de 5 de abril», *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, Tomo II, 1999, pág. 1.768.

¹³⁹ Sobre este tema, entre otras, véase la STC 199/1987, de 16 de diciembre, STC 85/1994, de 14 de marzo, STC 160/1994, de 23 de mayo, STC 170/1994, de 7 de junio, STC 50/1995, de 23 de febrero, STC 86/1995, de 6 de junio, STC 181/1995, de 11 de diciembre, STC 49/1996, de 26 de marzo y STC 81/1998, de 2 de marzo.

¹⁴⁰ STC 236/1999, de 20 de diciembre y STC 175/2000, de 26 de junio.

¹⁴¹ STC 85/1994, de 14 de marzo, STC 86/1995, de 6 de junio, STC 49/1996, de 26 de marzo, STC 121/1998, de 15 de junio, STC 166/1999, de 27 de septiembre y STC 126/2000, de 16 de mayo.

¹⁴² STC 49/1996, de 26 de marzo, STC 121/1998, de 15 de junio, STC 151/1998, de 13 de julio y STC 122/2000, de 16 de mayo.

4. Ha de permitir la defensa de los inculpados. En este tema el Tribunal Constitucional ha declarado que la naturaleza de la intervención telefónica, su finalidad y la misma lógica de la investigación exigen que la autorización y desarrollo de la misma se lleve a cabo, inicialmente, sin conocimiento del interesado, que tampoco participa en su control. Sin embargo, al desarrollarse la actuación judicial en el curso de un proceso, esta ausencia ha de suplirse por el control que en él ejerce el ministerio fiscal, y posteriormente, cuando la medida se alza, el propio interesado ha de tener la posibilidad, constitucionalmente necesaria dentro de ciertos límites, de conocer e impugnar la medida ¹⁴³.

Sin embargo, la jurisprudencia ha entendido que no es exigible una extensión determinada, ya que el tribunal no está obligado a realizar exhaustiva descripción del proceso intelectual que le lleva a resolver en un determinado sentido, siendo suficiente el que tales razones se expresen de modo que pueda entenderse el porqué de lo resuelto, quedando así de manifiesto que no se ha actuado con arbitrariedad y siendo las peculiares circunstancias del caso, así como la naturaleza de la resolución de que se trate las que han de servir para juzgar sobre la suficiencia o no de las razones expuestas a los fines de tener o no por cumplido el requisito ¹⁴⁴.

Ahora bien, aunque haya autores que entiendan que no cabe ningún tipo de control de las comunicaciones, salvo que se realice con intervención judicial ¹⁴⁵, este requisito cabe entenderlo como no aplicable a la relación laboral, si el empresario cumple con el resto de requisitos y dicho control se lleva a cabo con los procedimientos posteriormente reseñados.

4.3.6. Principio de subsidiariedad.

Afecta a la legitimidad de la decisión la falta de necesidad estricta de la medida; es decir, puede ser constitucionalmente ilegítima, dado su carácter prescindible, bien porque los conocimientos que pueden ser obtenidos carecen de relevancia respecto de la investigación del hecho delictivo o respecto de la conexión de las personas investigadas, o bien porque pudieran obtenerse a través de otras medidas menos gravosas de los derechos fundamentales en litigio ¹⁴⁶.

¹⁴³ STC 49/1999, de 5 de abril y STC 50/2000, de 28 de febrero.

¹⁴⁴ STC 14/2001, de 29 de enero. En el mismo sentido, STS 31 de octubre de 1998 (Ar. 8728).

¹⁴⁵ MARTÍNEZ FONS, «Nuevas tecnologías y poder de control empresarial», *Revista Gallega de Empleo*, número 1, 2000, pág. 252.

¹⁴⁶ Sobre este tema, entre otras, véase la STC 62/1982, de 15 de octubre, STC 13/1985, de 31 de enero, STC 85/1994, de 14 de marzo, STC 181/1995, de 11 de diciembre, STC 49/1996, de 26 de marzo, STC 54/1996, de 26 de marzo, STC 123/1997, de 1 de julio, STC 151/1997, de 29 de septiembre, STC 175/1997, de 27 de octubre, STC 200/1997, de 24 de noviembre, STC 177/1998, de 14 de septiembre y STC 18/1999, de 22 de febrero y STC 14/2001, de 29 de enero.

En esta línea el Tribunal Supremo ha expresado en varias sentencias que «no es procedente una intervención telefónica si existen otros medios de investigación alternativos que eviten la lesión del derecho fundamental»¹⁴⁷ o, sencillamente, «sólo si realmente es imprescindible tanto desde la perspectiva de la probable utilidad como de la cualidad de insustituible»¹⁴⁸.

4.3.7. Principio de especialidad.

Se ha de respetar el principio de especialidad, según el cual, sólo serán lícitas estas escuchas cuando se refieran a las personas imputadas o sobre las que existen indicios racionales de responsabilidad criminal¹⁴⁹.

4.3.8. Principio de temporalidad.

El tiempo de la intervención deberá ser, por imperativo del principio de proporcionalidad, el estrictamente necesario para conseguir el fin que persigue la intervención¹⁵⁰, aunque la Constitución no regule ningún período concreto. De esta manera, la medida no puede prorrogarse de manera indefinida, porque ello la convertiría en desproporcionada e ilegal¹⁵¹.

4.4. Mecanismos de control.

4.4.1. Establecimiento de un código de conducta.

La correcta utilización por parte de los trabajadores de los medios puestos a disposición por la empresa requiere que el empresario y el comité de empresa establezcan una carta de funcionamiento, en este caso concreto, de la herramienta informática denominada internet. El Estatuto de los Trabajadores, con su libertad en cuanto al contenido de los pactos, permite llegar a acuerdos en este sentido. El tipo concreto de pacto dependerá de la voluntad de las partes, pero quizás es más útil el convenio colectivo de ámbito empresarial o el pacto de empresa, en su caso, ya que permite un mayor acercamiento a la realidad concreta en cuanto a dicha utilización.

¹⁴⁷ Entre otras véase la STS 4 de noviembre de 1994 (Ar. 8395) y STS 30 de diciembre de 1995 (Ar. 9639).

¹⁴⁸ STS 1 de diciembre de 1995 (Ar. 9031) y STS 11 de abril de 1997 (Ar. 2802).

¹⁴⁹ Respecto a este tema, entre otras, STS 2 de julio de 1993 (Ar. 5703), STS 21 de enero de 1994 (Ar. 89), STS 20 de mayo de 1994 (Ar. 3942), STS 23 de julio de 1994 (Ar. 6713), STS 12 de septiembre de 1994 (Ar. 7205) y STS 11 de abril de 1997 (Ar. 2802).

¹⁵⁰ Sobre este tema véase la STC 85/1994, STC 86/1995, de 14 de marzo, STC 49/1996, de 26 de marzo y STC 121/1998, de 15 de junio.

¹⁵¹ STS 9 de mayo de 1994 (Ar. 3627).

Sin embargo, no ha sido éste el procedimiento utilizado en nuestro país hasta la actualidad. Consultadas las bases de datos en DVD de la Editorial Aranzadi, en cuanto a los convenios colectivos recogidos en las mismas, no se ha detectado la presencia de ningún convenio que contenga alguna medida en este sentido. Vista esta situación, y consultadas varias fuentes se puede afirmar que existen pocos acuerdos, y los pocos vigentes son de tipo interno, que regulen estos asuntos. Uno de los pocos ejemplos que se puede citar se refiere al Banco Deutsche Bank, con el que Comisiones Obreras ha firmado un acuerdo para distribuir circulares por vía telemática. En la mayoría de empresas en los que esta materia ha sido regulada se ha hecho por medio de normas de régimen interior, entre los que cabe citar, por su calidad, la normativa del Banco Zaragozano o del Grupo BBVA. En el ámbito de la Función Pública, cabe hacer mención al Código de utilización de los trabajadores del Ayuntamiento de Barcelona.

Este código de conducta, que deberá realizar un análisis particularizado de los supuestos, en la que se deberán tener en cuenta, entre otros, el tipo de empresa, el contenido del mensaje o los sujetos intervinientes, puede recoger, en cuanto a su contenido mínimo, las siguientes cuestiones ¹⁵²:

- Ha de indicar claramente las reglas a las que el trabajador debe someterse cuando utilice los medios técnicos puestos a disposición de la empresa para la realización de su prestación laboral ¹⁵³, excluyendo expresamente las conductas consideradas inapropiadas, como por ejemplo, la remisión de forma masiva de correos electrónicos.
- Se deberá hacer constar claramente si se permite o no, y, en todo caso, cuál es el régimen de utilización privativa de estos mecanismos.
- Ha de determinar las circunstancias en que el empresario puede utilizar los mecanismos de control, concretamente la naturaleza jurídica y la entidad de los hechos que hacen posible la intervención.
- Se deben regular los denominados descubrimientos causales.
- Ha de fijar cuáles son los procedimientos de control utilizables, así como las limitaciones en el uso de esta información.
- Tiene que regularse el procedimiento de la puesta en práctica de estos mecanismos.

¹⁵² Sobre este tema véase ROMEL, «I controlli e la tutela della privacy», *Telelavoro e Diritto*, Turín, (G. Giappichelli Editore), 1998, pág. 113.

¹⁵³ BONILLA BLASCO, «Conflictos derivados de la falta de regulación», *El País Digital*.

En conclusión, el uso del correo de manera particular por parte de los trabajadores no ha de interferir en el desarrollo del proceso productivo o de la prestación de servicios, si se prefiere utilizar la normativa que se utiliza en la letra b) del artículo 8.1 de la LOLS, respecto a la actividad sindical. Se trata, por tanto, de permitir un uso racional del mismo, en el que es necesario, tanto por parte del trabajador como del empresario, introducir elementos éticos o de buena fe ¹⁵⁴, en los que ha de destacar, por encima de cualquier acuerdo, una total transparencia ¹⁵⁵.

Estas cuestiones han quedado claramente delimitadas en una reciente sentencia de la Audiencia Nacional ¹⁵⁶. El supuesto analizado se refiere a que la sección sindical de Comisiones Obreras enviaba normalmente a los trabajadores de la empresa por correo electrónico mensajes de información sobre acción sindical. En un momento determinado, y ante la avalancha de correos masivos procedentes de la dirección comfia.net correspondiente al sindicato Comisiones Obreras, y ante el desmesurado tamaño de las colas de espera, la empresa decidió filtrar la entrada siendo rechazadas, con notificación al remitente del rechazo.

Ante esta situación, el Tribunal ha entendido que

«la exigencia de cumplimiento de esta norma va dirigida a los empleados de la empresa en el uso interno del correo electrónico sin que expresamente se refieran al impedimento del uso sindical, ahora bien si esta utilización rebasa la normalidad, así como la emisión externa del correo electrónico, en la forma que venía utilizándose antes de las colas masivas de envíos desde la misma dirección remitente es claro que tales conductas de los sindicatos, de sus secciones sindicales, constituyen una transgresión de la situación jurídica creada por la utilización inocua por el sindicato del servicio telemático mediante la comunicación realizada por esta vía, sin que el contenido jurídico de la facultad ejercida por aquél le permita una utilización mayor del medio de comunicación facilitado por la empresa, pues pretender la declaración de un derecho con un componente superior ese tipo de procedimiento de conflicto jurídico es inadecuado porque las partes tendrían que crear la norma dentro del cauce de la negociación colectiva o bien que una disposición de rango legal lo reconociera con la amplitud deseada».

¹⁵⁴ FRAYSSINET, «Nouvelles technologies et protection des libertés dans l'entreprise», *Droit Social*, número 6, 1992, pág. 602.

¹⁵⁵ RAY, «Nouvelles technologies et nouvelles formes de subordination», *Droit Social*, número 6, 1992, pág. 536.

¹⁵⁶ SAN 6 de febrero de 2001.

Es evidente la conclusión a estas palabras. La Audiencia Nacional, sin que de sus palabras se permita extraer conclusiones generales, ha declarado el derecho del sindicato a transmitir noticias de interés sindical a sus afiliados y trabajadores en general a través del correo electrónico con la mesura y normalidad inocua con la que lo venía realizando hasta el momento en que se produjo un envío masivo.

4.4.2. *Uso profesional del correo electrónico.*

Se puede diferenciar, con más o menos claridad, tres tipos de comunicaciones que se pueden realizar teniendo como referencia la empresa: las relativas al trabajo, las personales y las sindicales. Es evidente que los medios que el empresario pone a disposición de los trabajadores son para utilizarlos en la primera de las tres; o sea, para exclusivos fines laborales. El empresario, en este uso, puede establecer unos códigos de utilización de los mismos, en los que le interesará, por ejemplo, que los costos de la utilización sean controlados, que se utilicen para las finalidades asignadas y que no sirvan para transmitir secretos de la empresa.

Las cuestiones surgen respecto a la posibilidad que tiene el empresario de no permitir el uso privado, o incluso sindical, de internet en general, y del correo electrónico en particular. Se dan situaciones en las que la empresa advierte que no está autorizado el uso de medios informáticos para asuntos ajenos de la empresa, la transmisión de información o material que incumpla otras normas de la empresa, así como acceder al correo de otro usuario o información del mismo, sin la aprobación previa del Director. De la misma manera, se advierte que toda documentación que provenga de una empresa es propiedad de dicha organización y si un miembro de ésta quiere transmitir documentación de carácter privado debe utilizar canales privados.

Esta restricción tiene varios fundamentos. En nuestro país se prefiere argumentar dicha situación desde dos puntos de vista. El primer lugar, la propiedad de los medios de comunicación utilizados; sin embargo, ya se puede adelantar, el mero dato de la titularidad del medio utilizado no es, por sí solo, suficiente para justificar una eventual limitación del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones ¹⁵⁷. En segundo lugar, se considera que el correo electrónico de la empresa no es una comunicación abierta, ya que sus contenidos no tienen por qué ser necesariamente de uso público y profesional ¹⁵⁸.

¹⁵⁷ MARTÍNEZ FONS, «Nuevas tecnologías y poder de control empresarial», *Revista Gallega de Empleo*, número 1, 2000, pág. 250.

¹⁵⁸ POVEDANO, «Legitimidad del control empresarial sobre uso de los medios de comunicación en la empresa. La inviolabilidad de los correos electrónicos», *AEDIPE*, septiembre, 1999, pág. 25.

En cambio, en Estados Unidos la solución adoptada por la Ley Federal sobre el secreto de las comunicaciones de 1986 (*Electronic Communications Privacy Act*) es totalmente diferente. Aparece una presunción de naturaleza negocial de todas las comunicaciones realizadas desde la empresa que permite suponer que no existen comunicaciones privadas. Es evidente que esta orientación presenta importantes problemas de aplicación, al menos sin ningún tipo de matización, en nuestro país.

Vistas estas cuestiones, queda claro que si la empresa avisa a su empleado de que sólo puede utilizar el correo electrónico para los fines relacionados con sus obligaciones laborales ¹⁵⁹, puede sancionar el uso privado o abusivo del correo electrónico, pero, aun así, no puede pretender conocer su contenido ¹⁶⁰. El problema es importante, ya que, según las circunstancias, sólo se podrá comprobar si la utilización está autorizada o no observando el contenido, o monitorizando la comunicación, con los problemas que se observarán.

Sin embargo, la Asociación de Internautas y la Revista Kriptópolis lanzaron una campaña de sensibilización para reivindicar la privacidad de las comunicaciones electrónicas en la empresa y los derechos de los trabajadores a usar la red como medio de comunicación, tanto en el ámbito privado como en el laboral. Según estos colectivos, la empresa debe comprender que su personal pasa más horas en su trabajo que en su domicilio, y que el correo electrónico soluciona en un porcentaje importante variados problemas personales.

En esta misma línea, el sindicato Comisiones Obreras ha declarado que el empresario tiene que aceptar lo que se denomina el derecho al uso social, ya que desde los centros de trabajo puede haber un uso personal, no abusivo y justificado, de los medios de comunicación de la empresa. Se trata de un intercambio moderno, si a una empresa flexible corresponde un trabajador flexible, es lógico que a lo laboral, lo estrictamente profesional y lo personal tengan unas fronteras mucho más flexibles y más fluidas. El problema está en ver que el uso social no tenga elemento de abuso de perjuicio objetivo para la empresa ¹⁶¹.

Ahora bien, parte de la doctrina francesa ha entendido que estos mecanismos de limitación del uso del correo electrónico para fines profesionales no tienen eficacia jurídica. De hecho, y ésta es la realidad también en nuestro país, estas normas de funcionamiento no son utilizadas por los procedimientos judiciales, ni las causas alegadas como justificadoras del despido se refieren a abusos de estas herramientas. DE SENGHA entiende que el derecho a la realización de un mínimo de

¹⁵⁹ BASTE, «La "sentencia Deutsche Bank" y el uso privado del mail de la empresa», www.vlex.com/es.

¹⁶⁰ RICHEVAUX, «L'introduction d'Internet dans les entreprises», *Droit Social*, número 9, 2000, pág. 375.

¹⁶¹ TAPIA, www.vlex.com.

conversaciones privadas que ha de conservar el trabajador en su puesto de trabajo no puede quedar relegado por la evolución de la organización del trabajo ¹⁶².

4.4.3. Sistemas de monitorización.

Existen soluciones técnicas que permiten salvaguardar el patrimonio de la empresa, sin necesidad de vulnerar la intimidad de los trabajadores. Los archivos log del servidor identifican tanto el emisor como el receptor, la hora de comunicación, el asunto, su extensión, aunque no los contenidos del mensaje y el uso de un servidor proxy permite rastrear las visitas realizadas por los trabajadores. En cuanto al uso del teléfono, se puede realizar una lista de llamadas y la duración de las mismas. En el correo electrónico se puede controlar la cabecera y los bytes enviados.

De esta manera se podrán realizar auditorías sobre el cumplimiento de la normativa de la empresa en el uso del software y correo electrónico. Son varias las sentencias que, en esta línea, rechazan la grabación de las conversaciones, pero se admite la introducción de sistemas que permitan identificar el número llamado ¹⁶³. Concretamente en una reciente sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña se analiza un supuesto en el que la empresa colocó en un directorio de red la aplicación PC Protect Stealth Activity Monitor, que es un conjunto de programas diseñado para controlar la utilización que se efectúa del ordenador. Esta aplicación se puede implantar sin entrar en el ordenador personal de los trabajadores, y por tanto sin violar los password de cada uno de ellos. Se programa de forma que no se puede detectar por el usuario, se activa ocultamente y de forma automática cada vez que se pone en marcha el ordenador e identifica todas las teclas pulsadas por el trabajador, los programas activados y las ventanas activas en cada momento ¹⁶⁴.

En cambio, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos entendió que «la comunicación a la policía, a los efectos de una investigación, de los datos registrados por el servicio de comunicaciones sobre destino u origen de las llamadas y su duración constituye asimismo una injerencia a los efectos del artículo 8 ¹⁶⁵. De la misma manera, el Tribunal Constitucional ha expresado que el concepto de secreto no cubre sólo el contenido de la comunicación, sino también, en su caso, la identidad subjetiva de los interlocutores o de los corresponsales» ¹⁶⁶. Por esta razón, algunos autores entien-

¹⁶² DE SENGU, «Libres propos concernant l'usage de la messagerie électronique professionnelle par les salariés», *Le Droit Ouvrier*, febrero, 2001, pág. 68.

¹⁶³ STSJ Comunidad Valenciana 12 de marzo de 1993 (Ar. 1659), STSJ Andalucía/Sevilla 10 de diciembre de 1993 (Ar. 2184), STSJ Comunidad Valenciana 14 de enero de 1994 (Ar. 349), STSJ Murcia 7 de julio de 1994 (Ar. 3190), STSJ Cataluña 28 de junio de 1994 (Ar. 2605) y STSJ Madrid 2 de noviembre de 1994 (Ar. 4576).

¹⁶⁴ STSJ Cataluña 23 de octubre de 2000.

¹⁶⁵ Sentencia del TEDH de 2 de agosto de 1984, caso Malone.

¹⁶⁶ STC 114/1984, de 29 de noviembre.

den que no son admisibles la instauración de sistemas de control directo e interceptación en el sistema de comunicaciones electrónicas que permitan un conocimiento empresarial de las comunicaciones de sus trabajadores en tiempo real ¹⁶⁷.

Sin embargo, las restricciones de los Tribunales cabe entender que se realizaron respecto a procesos penales en los que sí se podía aplicar esta teoría restrictiva. No así en las cuestiones laborales, en las que el empresario sí podrá establecer este tipo de mecanismos como factor disuasorio para el abuso de los trabajadores.

4.4.4. Consentimiento de los trabajadores.

El consentimiento del sujeto permite que determinados derechos fundamentales sean renunciables. En este línea, y directamente relacionados con el secreto de las comunicaciones, cabe hacer mención a los tres siguientes supuestos:

- La Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, aunque en su artículo 1.3, refiriéndose a la intimidad, establece como criterios fundamentales la irrenunciabilidad, la inalienabilidad y la imprescriptibilidad, el artículo 2.2 regula que no se apreciará la existencia de intromisión ilegítima en el ámbito protegido cuando el titular del derecho hubiera otorgado al efecto su consentimiento expreso.
- La Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal, regula en su artículo 6.1 que el tratamiento automatizado de los datos de carácter personal requerirá el consentimiento del afectado. Ahora bien, se exceptúa de este consentimiento, según el número segundo de este precepto, cuando los datos se refieren a personas vinculadas por una relación laboral y sean necesarios para el mantenimiento de las relaciones o para el cumplimiento del contrato.
- La Constitución, en su artículo 18.2 regula que, aunque el domicilio es inviolable, se podrán realizar entradas o registros cuando exista consentimiento del titular.

Por estas razones, se puede afirmar que aunque el artículo 18.3 de la Constitución no menciona el consentimiento del titular como supuesto que habilita y legitima la intervención de las comunicaciones, no cabe duda que el consentimiento enerva la protección constitucional del secreto de las comunicaciones ¹⁶⁸.

¹⁶⁷ FALGUERA I BARO, «Uso por el trabajador del correo electrónico de la empresa para fines extraproductivos y competencias de control del empleador», www.ceveal.com.

¹⁶⁸ MONTAÑES PARDO, *La presunción de inocencia. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, Elcano, (Aranzadi), 1999, pág. 274.

Esta declaración ha de ser válida también respecto a la utilización del correo electrónico por parte de los trabajadores. O sea, los trabajadores al admitir con su consentimiento la auditoría de sus correos, dan carta blanca a la empresa para poder leer sus correos electrónicos ¹⁶⁹. Ahora bien, *a sensu contrario* hay que entender que un acceso a los correos electrónicos o a las conversaciones telefónicas de los trabajadores, sin el conocimiento de los mismos, y por tanto sin su consentimiento, interceptaría comunicaciones privadas, suponiendo una intromisión consciente en la vida privada de estos trabajadores ¹⁷⁰. De manera que, si por ejemplo, estos aspectos de su vida privada fueran utilizados como causa para extinguir la relación laboral, sería responsable por invasión de la privacidad del trabajador y el despido estaría injustificado ¹⁷¹.

Por tanto, la cuestión radica en determinar cómo ha de ser este consentimiento. Por ejemplo, ¿sería suficiente que en el contrato de trabajo se insertara una cláusula advirtiendo sobre la posible fiscalización del contenido de los correos electrónicos enviados y/o recibidos? Las notas características de este consentimiento puede ser resumidas en las siguientes puntos:

- Ha de ser previo.
- Tiene que ser claro y directamente relacionado con los sistemas de control ¹⁷².
- No es necesario que sea explícito o escrito
- Debe estar exento de vicios que lo invaliden ¹⁷³.
- Ha de ser otorgado por el titular de la comunicación.
- El consentimiento puede ser expreso o tácito, ya que basta con que exista un conocimiento generalizado de que la comunicación está siendo controlada o de que la interceptación es una política general de la empresa conocida por el trabajador ¹⁷⁴. En todo caso, no puede ser admitido el consentimiento presunto ¹⁷⁵.

¹⁶⁹ STSJ Cataluña 11 de julio de 2000. En el mismo sentido, DEL VAL ARNAL, «El correo electrónico en el trabajo y el derecho a la intimidad del trabajador», *Aranzadi Social*, número 17, 2001, pág. 26.

¹⁷⁰ POVEDANO, «Legitimidad del control empresarial sobre uso de los medios de comunicación en la empresa. La inviolabilidad de los correos electrónicos», *AEDIPE*, septiembre, 1999, pág. 23.

¹⁷¹ CANO GALÁN, *El despido libre y sus límites en el Derecho Norteamericano*, Madrid, (CES), 2000, págs. 125-126.

¹⁷² DIXON, «With nowhere to hide: workers are scrambling for privacy in the digital age», <http://jornal.law.Ufl.edu/%7Etechlaw/4/Dixon.htm>.

¹⁷³ STS (Sala Civil) 19 de noviembre de 1992 (Ar. 9607).

¹⁷⁴ En contra, RAY, «Nouvelles technologies et nouvelles formes de subordination», *Droit Social*, número 6, 1992, pág. 536.

¹⁷⁵ MARTÍN MORALES, *El régimen constitucional del secreto de las comunicaciones*, Madrid, (Civitas), 1995, pág. 83.

De esta manera, los procedimientos son variados. Así, se pueden establecer un sistema en el que se delimitan claramente la calificación de profesional de la comunicación, en cuyo caso el trabajador lleva a cabo esta declaración y la empresa puede comprobar realmente que es así, por lo que va a cuenta de la empresa y una calificación particular, que va a cuenta del trabajador. De la misma manera, la aparición en la pantalla del ordenador de mensajes advirtiendo que el mensaje que se pretende enviar será registrado. En este caso, se puede aplicar el concepto relativo a que si el trabajador conoce que el empresario ha implantado un sistema de control sigue el proceso de comunicación, consiente, implícitamente, en la revelación de los datos vinculados a la comunicación, según se desprende de la interpretación del artículo 7.2 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo ¹⁷⁶.

4.4.5. Comunicación a los trabajadores.

El establecimiento de este tipo de medidas requiere que los trabajadores hayan sido informados sobre el mismo. El contenido de esta información, al no estar regulado, ha de respetar el principio o requisito de previsibilidad, de manera que ha de quedar suficientemente claro a todos los trabajadores las circunstancias y condiciones en que el empresario puede acordar una medida como ésta. Esta comunicación se puede referir, entre otras, a las siguientes cuestiones:

- Los trabajadores deben ser informados de las escuchas practicadas y de los objetivos perseguidos y de la posibilidad de acceder a las conversaciones registradas ¹⁷⁷.
- Los trabajadores deben ser informados por escrito de las formas de control, de la frecuencia y de la naturaleza de las informaciones ¹⁷⁸.

De esta manera, si se cumple con este principio, la medida empresarial será legal. Así, al menos, lo ha establecido una sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, según la cual al conocer los trabajadores que los correos electrónicos se graban, no sólo no se les garantizaba el secreto en el uso del correo electrónico o en los medios informáticos que utilizaban, ni era exigible tal secreto, sino que afirmar lo contrario sería tanto como decir que el empresario no puede ejercer ninguna vigilancia ni control sobre el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones laborales ¹⁷⁹.

¹⁷⁶ VIDAL MARTÍNEZ, *El derecho a la intimidad en la Ley Orgánica 5-5-1982*, Madrid, (Montecorvo), 1984, pág. 118.

¹⁷⁷ MOLE, «Informatique et libertés du travail», *Droit Social*, número 1, 1990, pág. 63.

¹⁷⁸ RAY, «Nouvelles technologies et nouvelles formes de subordination», *Droit Social*, número 6, 1992, pág. 536.

¹⁷⁹ STSJ Cataluña 11 de julio de 2000.

Sin embargo, y dado que esta resolución judicial no tiene eficacia de jurisprudencia, en el sentido previsto en el Código Civil, se debe plantear serias dudas respecto a la misma. El control del contenido de los correos electrónicos de los trabajadores no será totalmente lícito por el hecho de haberles comunicado la posibilidad de su grabación. Es evidente que se estará ante una medida empresarial ilegal, por ejemplo, cuando el acceso a las cuentas de correo es indiscriminado ¹⁸⁰. Por esta razón, es trasladable a nuestro país la opinión de RICHEVAUX al afirmar que es difícil trasponer a Francia los ejemplos americanos y anglosajones relativos a que internet es un lugar de total libertad y de falta de derecho en el que el empresario puede hacer cualquier cosa con la simple precaución de informar al trabajador ¹⁸¹.

La comunicación al trabajador será necesaria, de la misma manera, cuando se va a proceder a la consulta concreta. Debe ser llamado para la apertura y registro del correo electrónico el trabajador afectado por la revisión, a imagen y semejanza de la regulación contenida en el art. 584 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Ahora bien, y también por aplicación analógica de esta norma, si el trabajador citado para la comprobación no quisiera presenciarla ni nombrar persona para que lo haga en su nombre, el empresario podrá proceder a la comprobación de la cuenta de correo personal.

4.4.6. Comunicación a los representantes de los trabajadores.

Esta comunicación a los representantes de los trabajadores puede referirse a dos momentos diferentes: la implantación del sistema de monitorización o el control concreto respecto de un determinado trabajador.

Respecto al primer punto, en el nuestro Ordenamiento Jurídico no existe una obligación específica del empresario de proceder a dicha comunicación. A diferencia de Francia, donde de acuerdo con el artículo L. 432-2 el comité de empresa debe ser informado y consultado de la introducción de las nuevas tecnologías. En principio este deber no parece pensado para este caso, porque el propio precepto regula que se deberá proceder cuando estas medidas puedan ocasionar consecuencias en el empleo, la clasificación, la remuneración, la formación o las condiciones de trabajo de la plantilla.

¹⁸⁰ BASTE, «La "sentencia Deutsche Bank" y el uso privado del mail de la empresa», www.vlex.com/es.

¹⁸¹ RICHEVAUX, «L'introduction d'Internet dans les entreprises», *Droit Social*, número 9, 2000, pág. 371.

A pesar de tener como objetivo el conocimiento por parte de los representantes de los trabajadores de aquellas medidas empresariales que mediante la introducción de estas técnicas pueden afectar a las condiciones de trabajo, también se ha afirmado que se admite la instalación de sistemas de control de llamadas si va precedida de consultas con los representantes de los trabajadores y se proporciona información suficiente a los trabajadores que pueden ser controlados ¹⁸².

En cuanto al control concreto, respecto a un determinado trabajador que ha podido incurrir en ilegalidad en sus conductas, mientras desde el sindicato Comisiones Obreras consideran que el procedimiento habría que contar con la presencia de un representante sindical que tutelara el derecho de los trabajadores, controlando las garantías de transparencia ¹⁸³, la jurisprudencia no se ha expresado en el mismo sentido.

Concretamente el Tribunal Constitucional ha entendido que carece de trascendencia el hecho de que el control por parte del empresario no fuera puesto en conocimiento del comité de empresa y del trabajador afectado, sin duda por el justificado temor de la empresa de que el conocimiento de la existencia del sistema frustraría la finalidad perseguida ¹⁸⁴.

4.4.7. *Encriptación de los mensajes.*

¿Es posible que el trabajador utilice de manera personal y sin autorización de la empresa programas de criptografía? Según Víctor DOMINGO, presidente de la Asociación de Internautas, se recomienda a los empleados de cualquier empresa que aprendan a codificar sus mensajes, para que no se encuentren con sorpresas ¹⁸⁵.

Sin embargo, este mecanismo que podría denominarse de auto-protección podría vulnerar determinadas normas de utilización que el empresario pudiera establecer respecto a los medios que se ponen a disposición de los trabajadores. Se trata, sin lugar a dudas, de una medida empresarial que pretende la protección de los intereses de la organización y que no vulnera los derechos de los trabajadores. Por tanto, no es descabellado pensar que una actuación de este tipo podría llegar a sancionada con el despido, bien por indisciplina o por transgresión de la buena fe contractual.

¹⁸² Sobre este tema, FRAYSSINET, «Nouvelles technologies et protection des libertés dans l'entreprise», *Droit Social*, número 6, 1992, pág. 601.

¹⁸³ TAPIA, www.vlex.com.

¹⁸⁴ STC 10 de julio de 2000.

¹⁸⁵ Declaraciones realizadas en Rueda de prensa, el 9 de enero de 2001.

4.5. Consecuencias jurídicas.

4.5.1. Pruebas ilegales.

El Tribunal Constitucional ha afirmado reiteradamente que, aunque la prohibición de valorar en juicio pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales sustantivos no se halla proclamada en un precepto constitucional que explícitamente la imponga, ni tiene lugar inmediatamente en virtud del derecho sustantivo originariamente afectado, expresa una garantía objetiva e implícita en el sistema de los derechos fundamentales, cuya vigencia y posición preferente, en el Estado de Derecho que la Constitución instauro, exige que los actos que los vulneren carezcan de eficacia probatoria en el proceso ¹⁸⁶.

Por esta razón, la valoración procesal de las pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales implica una ignorancia de las garantías propias del proceso ¹⁸⁷ y en virtud de su contradicción con ese derecho fundamental y, en definitiva, con la idea de proceso justo ¹⁸⁸ debe considerarse prohibida por la Constitución.

Ahora bien, para determinar si la valoración de una prueba que tiene su origen en una inconstitucional intervención de las comunicaciones telefónicas vulnera el derecho a un proceso con todas las garantías es preciso considerar conjuntamente el derecho fundamental sustantivo y sus límites constitucionales pues es cierto que los derechos y libertades fundamentales no son absolutos, pero no lo es menos que tampoco puede atribuirse dicho carácter a los límites a que ha de someterse el ejercicio de tales derechos y libertades. Tanto las normas de libertad como las llamadas normas limitadoras se integran en un único ordenamiento inspirado por los mismos principios en el que, en último término, resulta ficticia la contraposición entre el interés particular subyacente a las primeras y el interés público que, en ciertos supuestos, aconseja su restricción ¹⁸⁹. Antes al contrario, tanto los derechos individuales como sus limitaciones, en cuanto éstas derivan del respeto a la Ley y a los derechos de los demás, son igualmente considerados por el art. 10.1 de la Constitución como fundamento del orden político y de la paz social.

¹⁸⁶ STC 114/1984, de 29 de noviembre, STC 80/1991, de 15 de abril, STC 85/1994, de 14 de marzo y STC 50/2000, de 28 de febrero.

¹⁸⁷ STC 114/1984, de 29 de noviembre, STC 107/1985, de 7 de octubre y STC 49/1996, de 26 de marzo.

¹⁸⁸ Sentencia del TEDH, de 12 de julio de 1988, caso Schenk contra Suiza.

¹⁸⁹ STC 159/1986, de 12 de diciembre, STC 181/1995, de 11 de diciembre y STC 81/1998, de 2 de abril.

Solamente a partir de esta consideración podrá llegar a determinarse si el proceso penal en el que se haya valorado una prueba obtenida a partir de una intervención telefónica acordada contraviniendo las exigencias del derecho fundamental consagrado en el artículo 18.3 de la Constitución ha sido o no desde la perspectiva constitucional, un proceso justo.

La presunción de inocencia, en su vertiente de regla de juicio opera, en el ámbito de la jurisdicción ordinaria, como el derecho del acusado a no sufrir una condena a menos que la culpabilidad haya quedado establecida más allá de toda duda razonable, en virtud de pruebas que puedan considerarse de cargo y obtenidas con todas las garantías; pero, puesto que la jurisdicción constitucional no puede entrar a valorar las pruebas sustituyendo a los jueces y tribunales ordinarios en su función exclusiva *ex* artículo 117.1 de la Constitución ¹⁹⁰, sólo accede a ella por vía de amparo cuando no exista una actividad probatoria de cargo constitucionalmente válida, de la que, de modo no arbitrario, puede inferirse la culpabilidad ¹⁹¹. La presunción de inocencia, por tanto, como derecho a no ser condenado sin pruebas de cargo válidas, no puede erigirse, a la vez, en canon de validez de las pruebas: ese canon ha de venir dado por el contenido del derecho a un proceso con todas las garantías.

A partir de estas premisas, al valorar pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales u otras que sean consecuencia de dicha vulneración, puede resultar lesionado, no sólo el derecho a un proceso con todas las garantías, sino también la presunción de inocencia. Ello sucederá si la condena se ha fundado exclusivamente en tales pruebas; pero, si existen otras de cargo válidas e independientes, podrá suceder que, habiéndose vulnerado el derecho a un proceso con todas las garantías, la presunción de inocencia no resulte, finalmente, infringida ¹⁹².

Ahora bien, el Tribunal Constitucional ha determinado que aunque del análisis de las intervenciones de las comunicaciones realizadas resultara la confirmación de la lesión del derecho al secreto de las comunicaciones, ello no supondría de forma paralela y automática la lesión de la prohibición de valoración de todas las pruebas derivadas de las intervenciones. Pues si bien es cierto que la prohibición de valorar las pruebas obtenidas con violación de derechos fundamentales ¹⁹³, no sólo en lo que atañe a los resultados directos de la intervención, sino a cualquier otra prueba derivada de la observación telefónica, siempre que exista una conexión causal entre ambos resultados probatorios, aunque derive indirectamente de aquélla, no es menos cierto que este Tribunal ha profundiza-

¹⁹⁰ Sobre este tema véase, entre otras, la STC 174/1985, de 17 de diciembre, STC 63/1993, de 1 de marzo y STC 244/1994, de 15 de septiembre.

¹⁹¹ STC 31/1981, STC 24/1997 y STC 45/1997.

¹⁹² Sobre este asunto, véase la STC 64/1986, de 21 de mayo, STC 81/1998, 2 de marzo, STC 151/1998, de 13 de julio, STC 49/1999, de 5 de abril y STC 92/2000, de 10 de abril.

¹⁹³ Entre otras, véase la STC 107/1985, de 7 de octubre, STC 64/1986, de 21 de mayo y STC 80/1991, de 15 de abril.

do recientemente en las excepciones. Así, de conformidad con la más reciente doctrina constitucional, es lícita la valoración de pruebas que, aunque se encuentren conectadas desde una perspectiva natural con el hecho constitutivo de la vulneración del derecho fundamental por derivar del conocimiento adquirido a partir del mismo, puedan considerarse jurídicamente independientes ¹⁹⁴.

En el desarrollo de estas excepciones, el Tribunal Constitucional ha precisado las razones que avalan la independencia jurídica de unas pruebas respecto de otras. La razón fundamental reside en que las pruebas derivadas son, desde su consideración intrínseca, constitucionalmente legítimas, pues ellas no se han obtenido mediante la vulneración de ningún derecho fundamental; por lo tanto, no puede entenderse que su incorporación al proceso implique lesión del derecho a un proceso con todas las garantías ¹⁹⁵. En efecto, en la medida en que la información obtenida a través de las intervenciones telefónicas puede ser incorporada al proceso como medio autónomo de prueba, bien por sí mismo, bien a través de su transcripción mecanográfica, bien a través de las declaraciones testificales de las personas que escucharon las conversaciones intervenidas, para que las pruebas derivadas puedan quedar afectadas por la prohibición constitucional de valoración de pruebas ilícitas es preciso que la ilegitimidad de las pruebas originales se transmita a las derivadas ¹⁹⁶.

Esta transmisión se produce en virtud de la existencia de una conexión de antijuridicidad cuya presencia resulta del examen conjunto del acto lesivo del derecho y su resultado, tanto desde una perspectiva interna, es decir, en atención a la índole y características de la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones, como desde una perspectiva externa, a saber, de las necesidades esenciales de tutela exigidas por la realidad y efectividad de este derecho ¹⁹⁷. De manera que es posible que la prohibición de valoración de las pruebas originales no afecte a las derivadas, si entre ambas, en primer lugar, no existe relación natural, o si, en segundo lugar, no se da la conexión de antijuridicidad ¹⁹⁸.

Este criterio deberá ser el utilizado en los supuestos de utilización de pruebas obtenidas por vía ilegal en materia del contrato de trabajo y el uso del correo electrónico por parte del trabajador ¹⁹⁹. De hecho, el Tribunal Supremo se ha pronunciado en esta línea en la única ocasión que ha

¹⁹⁴ STC 86/1995, de 6 de junio, STC 54/1996, de 26 de marzo y STC 81/1998, de 2 de abril.

¹⁹⁵ STC 81/1998, de 2 de abril.

¹⁹⁶ STC 81/1998, de 2 de abril y STC 121/1998, de 15 de junio.

¹⁹⁷ STC 81/1998, de 2 de abril, STC 121/1998, de 15 de junio y STC 49/1999, de 31 de mayo.

¹⁹⁸ STC 81/1998, de 2 de abril, STC 121/1998, de 15 de junio, STC 151/1998, de 13 de julio, STC 49/1999, STC 166/1999, de 27 de septiembre, STC 238/1999, de 20 de diciembre y STC 50/2000, de 28 de febrero.

¹⁹⁹ Sobre los medios de pruebas ilegales, en este caso, MUERZA ESPARZA, «Sobre el efecto reflejo de la prueba obtenida con vulneración de derechos fundamentales. ¿Una nueva interpretación? (Comentario a la STC 81/1998, de 2 de abril)», *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, Tomo IV, 1998, págs. 513 ss.

tenido que intervenir en un contrato de trabajo. Concretamente rehusó admitir como prueba la grabación de una conversación telefónica entre el trabajador y una tercera persona, en la que aquél le ofrecía determinados bienes sustraídos de la empresa ²⁰⁰. Ésta es también la solución adoptada en Francia al afirmar el Tribunal de Casación Social que todos los registros de imágenes o de palabras que se lleven a cabo de la persona del trabajador constituyen una prueba ilícita ²⁰¹.

Sin embargo, recientemente, negando estos principios aunque no se trate del mismo supuesto de hecho, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid ha admitido un mensaje de correo electrónico enviado a la jefatura sin firma como documento en el que el trabajador presentaba su dimisión irrevocable, aunque el trabajador no reconoció ni su redacción ni su envío.

4.5.2. Conductas tipificadas.

La segunda consecuencia jurídica que puede originar estas actividades del empresario es su configuración como conducta delictiva, de acuerdo con la redacción establecida en el art. 197 del Código Penal. Este precepto presenta dos números que han de ser analizados de manera separada.

En primer lugar, el artículo 197.1 del Código Penal regula que la persona que, para descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de otro, sin su consentimiento, se apodere de sus papeles, cartas, mensajes de correo electrónico o cualesquiera otros documentos o efectos personales o intercepte sus telecomunicaciones o utilice artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido o de la imagen o de cualquier otra señal de comunicación, será castigado con las penas de prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses ²⁰².

Esta regulación, que es la que más conexión presenta con las conductas específicamente analizadas en este estudio, presenta tres notas características principales:

1. El bien jurídico protegido es la intimidad, por lo que se incluye el secreto de las comunicaciones.

²⁰⁰ STS 10 de marzo de 1990 (Ar. 2045). En contra de esta opinión jurisprudencia, DEL VALLE VILLAR, «El derecho a la intimidad del trabajador durante la relación de trabajo», *Actualidad Laboral*, Tomo III, 1991, págs. 493-494.

²⁰¹ Tribunal de Casación Social de 22 de mayo de 1995. Sobre la nulidad de las pruebas obtenidas ilegalmente, (DARMAISIN, «L'ordinateur, l'employeur et le salarié», *Droit Social*, número 6, 2000, pág. 587.

²⁰² Sobre esta materia véase MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte Especial*, Valencia, (Tirant lo Blanch), 1996, págs. 217 ss y VIVES ANTÓN, *Comentarios al Código Penal de 1995. Volumen I*, Valencia, (Tirant lo Blanch), 1996, pág. 1005.

2. Consiste en una conducta disponible ²⁰³, ya que cabe la existencia del consentimiento del sujeto pasivo, y
3. Existe una cierta discusión doctrinal sobre cuál es el objeto de la conducta tipificada; mientras la mayoría de autores entiende que incluye cualquier acto de interceptación, MORALES PRATS prefiere asegurar que sólo incluye aquellas conductas de apoderamiento con desplazamiento físico de mensajes ya impresos fuera del sistema ²⁰⁴.

Ahora bien, hay que reconocer que este tipo penal sólo pretende proteger el secreto de las comunicaciones, y no cualquier tipo de intromisión en la intimidad de las personas. Esta especialización se debe a que existe una reserva de las normas penales: se aplicarán las máximas garantías cuando las consecuencias son peligrosas, ya que existe una relación causa-efecto. En otro caso, cabría supuestos más flexibles.

Por este motivo no se puede realizar una interpretación excesivamente extensiva de este precepto porque se estaría produciendo un atentado contra otros derechos. Ésta es la razón por la que, se puede afirmar que el único objeto protegido, al menos en lo que respecta a este trabajo, son los mensajes de correo electrónico, no por ejemplo, la consulta de páginas web o las diferentes carpetas o directorios del ordenador.

Es evidente, dada la relativa novedad del precepto, su compleja aplicación, así como la escasa generalización de estas conductas en las empresas, que no se han pronunciado sentencias sobre este objeto. La única actuación procesal conocida se refiere a que en fecha 2 de abril de 2001 la juez titular del juzgado de instrucción número de 2 de Barcelona admitió a trámite la querella presentada contra el Deutsche Bank relativo al control de los correos electrónicos.

En segundo lugar, y aunque no se refiera a la conducta estrictamente analizada, ya que se reserva para datos personales registrados en ficheros ²⁰⁵, las mismas penas se impondrán, según el número segundo de este precepto, al que, sin estar autorizado, se apodere, utilice o modifique, en perjuicio de tercero, datos reservados de carácter personal o familiar de otro que se hallen registrados en ficheros o soportes informáticos, electrónicos o telemáticos, o en cualquier otro tipo de archivo o registro público o privado. Iguales penas se impondrán a quien, sin estar autorizado, acceda por cualquier medio a los mismos y a quien los altere o utilice en perjuicio del titular de los datos o de un tercero ²⁰⁶.

²⁰³ MIQUEL PRATS, «Descubrimiento y revelación de secretos en el nuevo Código Penal», *Delitos contra la libertad y la seguridad. Cuadernos de Derecho Judicial*, Madrid, (CGPJ), 1996, pág. 245.

²⁰⁴ MORALES PRATS, «La protección penal de la intimidad frente al uso ilícito de la informática en el Código Penal de 1995», *Delitos contra la libertad y la seguridad. Cuadernos de Derecho Judicial*, Madrid, (CGPJ), 1996, pág. 160.

²⁰⁵ MORALES PRATS, «La protección penal de la intimidad frente al uso ilícito de la informática en el Código Penal de 1995», *Delitos contra la libertad y la seguridad. Cuadernos de Derecho Judicial*, Madrid, (CGPJ), 1996, pág. 170.

²⁰⁶ VIVES ANTÓN, *Derecho Penal. Parte Especial*, Valencia, (Tirant lo Blanch), 1996, págs. 260 ss.