

FERRÁN CAMAS RODA

Doctor en Derecho

Profesor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Universidad de Girona

Extracto:

LA entrada lenta pero constante de las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación en el mundo laboral está empezando a plantear una serie de problemas de variada tipología, y que influyen tanto en la vertiente individual como colectiva de las relaciones de trabajo.

En este marco, uno de los aspectos más relevantes, sobre todo por el eco público del que está gozando a raíz de varias resoluciones judiciales adoptadas en estos últimos años, aunque también más controvertidos, es el relativo al reconocimiento de un espacio personal y privado del trabajador en el uso del correo electrónico y de Internet.

En este sentido, el objetivo de este trabajo es aportar argumentos jurídicos de reflexión al debate sobre la posibilidad de que el trabajador pueda utilizar el correo electrónico o Internet para usos no profesionales y, de forma paralela, la facultad del empleador de implantar un sistema de cybervigilancia para controlar la actividad del trabajador que utiliza estos nuevos medios de comunicación.

Con ese fin, este trabajo aborda las principales orientaciones que a nivel europeo se están abriendo paso en este campo a partir de tres perspectivas diversas: las normas y recomendaciones aprobadas en estos últimos años sobre el control informático de la actividad de los trabajadores; la solución que diversos Tribunales de Justicia han acogido ante casos conflictivos; y la labor que los interlocutores sociales están llevando a cabo a través de acuerdos o convenios colectivos. En este ámbito se estudiará, también, el uso por los representantes de los trabajadores, tanto de carácter unitario como sindical, del correo electrónico y de Internet para comunicarse con los trabajadores de la empresa en general y con los afiliados a los sindicatos en particular.

Sumario:

- I. Introducción.

- II. La búsqueda de un equilibrio entre el poder del empresario de controlar la prestación laboral y los derechos de privacidad del trabajador.
 - 1. Normas y recomendaciones adoptadas en el ámbito jurídico europeo sobre el control empresarial del uso por el trabajador de las NTIC.
 - 1.1. Algunos comentarios sobre la legislación en Gran Bretaña en materia de control empresarial del correo electrónico e Internet.
 - 1.2. El marco jurídico en España.
 - 2. Sentencias judiciales sobre el uso del correo electrónico e Internet.

- III. El uso sindical de las NTIC en la empresa.

I. INTRODUCCIÓN

La apertura de España a las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación (en adelante, NTIC, que incluye el uso de PCs, de Internet, de teléfonos móviles...) se está llevando a cabo de una forma muy lenta. A tenor de los indicadores estadísticos publicados por la Organización Internacional del Trabajo sobre el nivel de utilización de las NTIC en los países más desarrollados, España tenía en 1999 un 7,2% de usuarios de Internet y se estimaba la existencia de un 12,2% de ordenadores, cifras que están lejos de las conseguidas por Francia (9,6% y 29,7%, respectivamente), Alemania (19,3% y 29,7%) y Holanda (18,9% y 36,0%)¹.

No obstante, en lo que al ámbito profesional se refiere, la implantación de las NTIC está haciendo emerger una serie de problemas que afectan a todos los aspectos de la actividad productiva, y que van a transformar las relaciones jurídico-laborales entre empresarios y trabajadores. Los principales problemas se centran en la utilización por la empresa de datos personales que corresponden a sus trabajadores, ámbito que está cubierto por la Ley Orgánica 15/1999, sobre la protección de datos informatizados, y en el control por el empleador de la mensajería electrónica y del acceso a Internet, aspecto este que será tratado en este estudio.

Como ejemplo de la transformación que dicha implantación está produciendo en las relaciones profesionales resulta sumamente ilustrativo el caso resuelto por la STSJ de Madrid de 13 de marzo de 2001², en el que un alto directivo (español) había enviado a la empresa desde su ordenador un e-mail escrito en inglés, a partir del cual la dirección de la empresa, interpretando que se trataba de su renuncia, había aceptado la dimisión e iniciado las gestiones para dar por terminado el contrato que le unía con el alto directivo. Ante la reclamación del trabajador manifestando su disconformidad por la actuación empresarial, principalmente por la imposibilidad de que un correo electrónico, redactado en idioma diferente al materno, donde no constaba la firma del actor, pudiera sustituir a una carta escrita, el TSJ de Madrid resolvió que la actuación del trabajador fue clara y terminante en la presentación de su dimisión por e-mail, más cuando el sistema de correo electrónico es un medio de comunicación cada vez más habitual, y en este sentido era el medio usual en la empresa. En definitiva, para la resolución judicial, el correo electrónico constituye un sistema útil y eficaz para presentar la dimisión.

¹ Vid. OIT; *World Employment Report 2001. Life at work in information economy*. Consultado en la página web de Internet de la OIT, <http://www.ilo.org/public/english/support/publ/wer/index2.htm> [última consulta: 05-07-2001].

² Vid. LA LEY, Año XXII, núm. 5.306, 11 de mayo de 2001.

Ahora bien, el núcleo central sobre el que más conflictos se están produciendo por el desarrollo de las NTIC en el ámbito de la empresa está constituido por el debate sobre el espacio personal y privado del trabajador en el lugar de trabajo, y más en concreto, sobre la posibilidad de que el trabajador pueda utilizar o no el e-mail o Internet para asuntos privados, y el control que puede ejercer el empleador al respecto.

Según una reciente encuesta de la Consultora Domeus sobre el uso de Internet en las empresas ³, la abrumadora mayoría (91,1%) de los empleados defiende su derecho a realizar un uso privado del correo de la empresa, aunque admite que con moderación (75,2%). En este sentido, el 74% de los trabajadores con correo electrónico en el puesto laboral utiliza este sistema para enviar y recibir correos privados y el 72% cree que la empresa no tiene derecho a inspeccionar su correo electrónico.

Con estos datos, el conflicto está servido desde el momento en que la parte empresarial reacciona recordando su interés en mantener la seguridad en la empresa, mediante la salvaguarda de los documentos o ficheros confidenciales ante intrusiones externas e internas, y en la mejora de la productividad, consistente en la exigencia a los trabajadores de que cumplan las obligaciones concretas de su puesto de trabajo, de conformidad a las reglas de la buena fe y diligencia [art. 5 a) del RD Leg. 1/1995, de 24 de marzo, que aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (en adelante, LET)], lo que se concreta, en relación a la utilización de las NTIC, en el control del uso privado del correo electrónico o de Internet por la pérdida de tiempo útil de trabajo a que puede dar lugar.

El estudio de la Consultora Domeus, al que antes se ha hecho referencia, expresa que un 52,9% de los empleados españoles con conexión a Internet pasa menos de 30 minutos a la semana gestionando sus mensajes personales en la empresa y navegando por la red por motivos privados. Otro 37,1% confiesa dedicarle entre 30 minutos y una hora, y apenas un 4,8% es el que dedica hasta dos horas de su trabajo semanal. La mayoría de los mensajes se envían entre amigos (un 55%).

Así las cosas, se observa cómo aparecen estrechamente entrelazados entre sí dos aspectos en el uso de las NTIC: la posibilidad de que sean utilizadas por los trabajadores para fines no profesionales, y el establecimiento de un sistema de vigilancia de la actividad productiva del trabajador, que se ejercerá tanto más cuando toda arquitectura informática en red tiene por efecto alejar geográficamente al asalariado de su/s superior/es jerárquico. En este sentido, algunas empresas, guiadas por el ejemplo de determinadas filiales de grupos norteamericanos, establecen una serie de instrucciones de uso de los instrumentos informáticos prohibiendo el uso del correo electrónico o de Internet para fines que no sean exclusivamente profesionales, y precisando que todo mensaje enviado por el trabajador pueda ser en todo momento controlado e inspeccionado, lo que puede suponer un desequilibrio patente entre las prerrogativas empresariales y el derecho de los trabajadores ⁴.

³ Véase la página web de Internet de COMFIA, <http://www.comfia.net> [última consulta: 03-07-2001].

⁴ En EE.UU., la *Electronic Communications Privacy Act 1986* prohíbe al empleador la vigilancia de las conversaciones estrictamente privadas que el trabajador pueda tener en el trabajo, pero no previene la escucha de los diálogos relativos a asuntos profesionales que pueda mantener el asalariado, o las comunicaciones puramente personales que se mantenen-

En conclusión, el desarrollo de los medios de control ligados a las nuevas tecnologías de la información imponen una revisión del debate sobre la vida privada del trabajador en el seno de la empresa. Como se ha manifestado desde la doctrina francesa, la división entre la subordinación al poder de dirección del empleador en el puesto de trabajo y la vida privada ya no aparece delimitada con la salida del lugar de trabajo y la finalización de la jornada laboral, sino que todo ha devenido más complejo e impreciso ⁵.

La implantación de las NTIC y, particularmente, la introducción de Internet en la empresa, en relación a la cuestión del respeto a la vida privada y la intimidad, tiene un alcance totalmente diferente al que pueda suponer la vigilancia del empresario llevada a cabo por escuchas telefónicas, videovigilancia, grabadoras, detectives privados o registro físico de las taquillas del trabajador; con las NTIC la vigilancia se produce no a través de elementos ajenos al propio instrumento de trabajo del trabajador (a no ser que el trabajador sea, por ejemplo, un teleoperador), sino que dicha vigilancia se lleva a cabo utilizando las propias herramientas de trabajo de aquél. Las técnicas de control emigran así desde la periferia del proceso productivo hacia el corazón del proceso de trabajo propiamente dicho ⁶, lo que influye tanto en el debate sobre la posibilidad de usar las NTIC para usos privados, como en el control empresarial de su utilización.

II. LA BÚSQUEDA DE UN EQUILIBRIO ENTRE EL PODER DEL EMPRESARIO DE CONTROLAR LA PRESTACIÓN LABORAL Y LOS DERECHOS DE PRIVACIDAD DEL TRABAJADOR

Con respecto a la utilización de las nuevas tecnologías hay que partir de una premisa inicial, cual es que, a nivel general, Internet y privacidad son, salvo excepciones, dos términos irreconciliables. Valga como ejemplo el siguiente: cada vez que un usuario accede a Internet se le asigna una dirección IP (siglas de *Internet Protocol*), un identificador por medio del cual puede ser localizado en cualquier momento y que es asignado por los proveedores de acceso a Internet. Éstos conservan

gan por otros medios que no sean la palabra hablada (como el e-mail). Ante esta normativa, y la introducción por las empresas norteamericanas de medios de control electrónico en el puesto de trabajo, la *American Civil Liberties Union* ha iniciado una campaña para la aplicación de los derechos constitucionales en el puesto de trabajo (el lema de la campaña que lleva a cabo es el que sigue: «Cada vez que atravieso la puerta de la empresa en la que trabajo, dejo América, y mis derechos como hombre libre. Gasto nueve horas allí, en la prisión, y después regreso a mi país otra vez»). La ACLU propone un modelo de *Electronic Privacy Act* en la que, de forma resumida, se establece que el empleador sólo pueda usar la vigilancia electrónica para recoger información relativa al trabajo de los empleados, siempre que previamente haya informado de la implantación del sistema, de los supuestos en que se pone en marcha, de su localización, y de los objetivos buscados a los trabajadores (puede consultarse en la página web de Internet de la ACLU National Task Force on Civil Liberties in the Workplace, <http://www.aclu.org/issues/worker/hmwr.html>) [última consulta: 01-05-2001].

⁵ Vid. la referencia a estas manifestaciones de LYON-CAEN en el Informe de investigación y consulta pública, titulado *La cybersurveillance des salariés dans l'entreprise* (Coord. M. HUBERT BOUCHET, vice-président délégué de la CNIL), publicado en la página web de Internet de la Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés, <http://www.cnil.fr/es/index.htm> [última consulta: 28-05-2001].

⁶ *Ídem*.

logs o ficheros de registro, en los que figura la actividad que tiene lugar en los ordenadores de sus servidores, con lo que cada vez que un usuario accede a una página web posibilita que el servidor remoto lea su IP, la versión de su navegador, el tipo de sistema operativo que está usando e incluso su dirección de correo electrónico ⁷.

En este sentido, la Recomendación n.º R(99)5, del Comité de Ministros del Consejo de Europa, dirigida a los Estados miembros sobre la protección de la vida privada en Internet (Directrices para la protección de datos con respecto a la recogida y tratamiento de datos de carácter personal en las «inforutas») ⁸, recuerda que Internet no es segura, aunque existen y se desarrollan diferentes instrumentos técnicos que mejoran la protección de los datos de cada usuario. Manifiesta también que cada transacción efectuada, cada visita sobre un sitio de Internet deja huellas. Estas huellas o señales electrónicas pueden ser utilizadas con el desconocimiento del usuario para establecer un perfil de la persona y de sus intereses. Por esa razón, el Comité de Ministros del Consejo de Europa recomienda la utilización de dispositivos técnicos que permiten al usuario estar informado cada vez que se dejen señales de su actuación, también que se reclame una información de las reglas de conducta de cada programa en materia de protección de la vida privada, y la posibilidad de escoger aquellos que registren pocos datos o que sean accesibles de forma anónima.

En el marco del puesto de trabajo, la salvaguarda de las actuaciones personales del trabajador en el uso de Internet no se enlaza tanto con la capacidad de seguimiento del servidor remoto, sino con respecto al control de la empresa, pero en ambos casos hay un aspecto común: a diferencia, por ejemplo, del uso del teléfono o del vídeo, la característica principal de las NTIC reside en su capacidad para conservar todas las huellas que va dejando una persona en su utilización ⁹, y que permiten saber tanto el tipo de actividad desarrollada como quién la realiza en particular.

La capacidad de las NTIC de generar huellas o pistas sobre la actividad desarrollada y de conservarlas es algo inherente a ellas, si bien estas señales pueden derivarse por la propia lógica de los programas utilizados en la empresa con el objeto de mejorar sus resultados, prevenir defectos en el sistema informático o garantizar la seguridad de sus archivos confidenciales.

Así, por ejemplo, los paquetes informáticos que incluyen programas de gestión del trabajo en grupo (*work-flow*), donde se establecen procedimientos de realización y circulación de documentos en la empresa, lo que permiten es controlar en tiempo real el estado de avance de dossiers, de valoración de éstos y de optimización de costes.

⁷ Información extraída del Coleccionable de *El País: Conéctate a las nuevas tecnologías*. El País S.L., Aguilar. Madrid, 2000. Se puede encontrar información sobre estos aspectos en el fichero núm. 62 («Cómo ocultar información personal en Internet») o en la página web de Internet, <http://www.conectate.elpais.es> [última consulta: 30-06-2001].

⁸ Adoptada por el Comité de Ministros el 23 de febrero de 1999, en la 660 reunión de los Delegados de Ministros. Véase la página web de Internet del Consejo de Europa, <http://www.coe.int> (apartado: *International legal instruments*) [última consulta: 06-07-2001].

⁹ Véase, el Informe de estudio y consulta pública de la Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés, *La cybersurveillance des salariés dans l'entreprise* (Coord. M. HUBERT BOUCHET, vice-président délégué de la CNIL), *op. cit.*, pp. 3 y ss.

En consecuencia, la actividad de un trabajador puede ser seguida en tiempo real en virtud de la intermediación de uno de estos programas.

En relación a los programas de seguridad en toda empresa que disponga de una red informática, cabe recordar, *v. gr.*, la existencia de los ficheros *logs*, ya mencionados anteriormente, que son ficheros de texto en los que queda recogida toda la actividad que tiene lugar en un determinado ordenador, permitiendo que su propietario o administrador detecte actividades ilícitas e identifique, por medio de la dirección IP, al usuario correspondiente. En consecuencia, sirven para almacenar los datos que transitan por la red para un análisis ulterior, en diferido.

También son muy importantes los programas denominados «cortafuegos» (*o firewall*) que son programas de protección que impiden a usuarios no autorizados acceder a los ordenadores de la empresa (o al particular) y protegen contra la propagación de virus, cookies ¹⁰ y los contenidos web indeseables (así permite filtrar las URL o *Localizador Uniforme de Recursos*, que es la dirección específica de un archivo o recurso que se encuentra accesible en Internet, siguiendo el principio de lista negra). Por esta razón, a la vez que este programa es uno de los mejores guardianes de la empresa, ya que nada puede hacerse sin que el cortafuegos lo conozca, también puede llegar a convertirse en un magnífico espía de la actividad asalariada, ya que será capaz de retener todas las huellas de la actividad que por él transiten (webs visitadas, horas de visita, los detalles de los mensajes enviados y recibidos...).

En resumen, estos ejemplos de programas y sistemas que pueden ser utilizados por la empresa con fines absolutamente legítimos, pueden suponer también, si se sirve de ellos para fines para los que no están pensados, unos instrumentos de vigilancia de la actividad del trabajador.

Con ello se llega a la conclusión de que las NTIC no están diseñadas para vigilar al trabajador pero permiten ejercer una vigilancia que puede ser temible en tanto que las informaciones susceptibles de ser explotadas son numerosas y precisas (como se denomina desde la doctrina científica francesa, los programas antes citados no son útiles o instrumentos de vigilancia por naturaleza sino que pueden llegar a convertirse en instrumentos de vigilancia por destino) ¹¹. Es en este marco en el que debe afrontarse el debate sobre la posibilidad de que el trabajador pueda mantener, en el uso del correo electrónico e Internet, comunicaciones que entren en la esfera de lo que se considera su vida privada e intimidad, sin que en ellas pueda inmiscuirse el poder de vigilancia del empleador.

¹⁰ Cookie: pequeña cadena de texto codificada que la mayoría de los servidores de Internet envían y registran en un archivo del disco duro de cada usuario que visita su web. Así pueden controlar sus preferencias y establecer un perfil determinado (información extraída del Coleccionable de *El País: Conéctate a las nuevas tecnologías*, *op. cit.*, fichero 62).

¹¹ Véase el Informe de estudio y consulta pública de la Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés, *La cybersurveillance des salariés dans l'entreprise* (Coord. M. HUBERT BOUCHET, vice-président délégué de la CNIL), *op. cit.*, pp. 3 y ss.

1. Normas y recomendaciones adoptadas en el ámbito jurídico europeo sobre el control empresarial del uso por el trabajador de las NTIC.

Planteado así el tema conviene traer a colación que el Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, hecho en Roma el 14 de noviembre de 1950, reconoce en su artículo 8.1 el derecho de toda persona al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.

La Corte Europea de Derechos Humanos tuvo oportunidad de pronunciarse sobre el alcance de este artículo en el marco de las actividades laborales y profesionales, concretamente en su Sentencia *Niemietz c. Alemania* de 16 de diciembre de 1992¹², en la que expresó que el respeto a la vida privada que reconoce el citado artículo 8, engloba también el derecho del individuo a organizar y desarrollar relaciones con sus semejantes. Para la Corte no existe ninguna razón de principio que lleve a interpretar que la noción de «vida privada» excluya las actividades profesionales o comerciales. En dicha sentencia se dice así que la protección que garantiza el precepto citado juega a favor del individuo tanto en operaciones profesionales como no profesionales, ya que en muchos casos su disociación es casi imposible.

En este mismo sentido, el Tribunal Constitucional español también ha declarado que el artículo 18.1 de la Constitución protege la intimidad personal y familiar del trabajador tanto en aquellas parcelas incluidas en el marco de su vida privada como en el entorno profesional. Así se pronuncia la STC 98/2000, de 10 de abril, al declarar que vulnera el derecho a la intimidad del artículo 18.1 de la Constitución Española (en adelante, CE) la instalación por la entidad Casinos de la Toja, S.A., en varios puestos de trabajo (el de cajero y el destinado a la ruleta rusa), de micrófonos de grabación de sonidos. El TC rechaza la argumentación de que el derecho a la intimidad sólo pueda ejercerse exclusivamente en el ámbito de la esfera privada del trabajador, que en el centro de trabajo quedaría delimitado por los lugares de descanso o esparcimiento, vestuarios, lavabos o análogos, sino que, por el contrario, extiende la protección a aquellos lugares en los que se desempeñan las tareas profesionales, donde también, por tanto, puede producirse una lesión del derecho fundamental, por ejemplo, mediante la grabación de las conversaciones entre un trabajador y un cliente, o entre los propios trabajadores, en las que se aborden cuestiones ajenas a la relación laboral que se integran en lo que se denomina esfera propia de desenvolvimiento del individuo.

La sentencia completa su razonamiento argumentando que para validar la disposición de medidas de vigilancia y control de la actividad laboral se ha de comprobar prioritariamente el cumplimiento del principio de proporcionalidad e intervención mínima que rige la modulación del derecho a la intimidad del trabajador por el poder de dirección empresarial, y que puede comprobarse a través de la existencia de varios elementos: que el control no se lleve a cabo de forma masiva e indiscriminada; que se hayan llevado a cabo subrepticamente; o la finalidad que persiguen con la consiguiente justificación, y por tanto, si las medidas de vigilancia resultan indispensables para la seguridad y buen desarrollo de la actividad productiva.

¹² Consúltase la página web de Internet de la Corte Europea de Derechos Humanos, <http://www.dhdirhr.coe.fr> [última consulta: 25-05-2001].

Inspirado en el Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, el Consejo de Europa adoptó en Estrasburgo el 28 de enero de 1981 (entró en vigor el 1 de octubre de 1985) el Convenio n.º 181 para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal¹³, con la finalidad de garantizar a toda persona física el respeto de sus derechos y libertades fundamentales y, particularmente, de su vida privada, con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal que le conciernan (art. 1), sin perjuicio de la facultad de cada miembro del Consejo de acordar una protección más amplia que la prevista por el Convenio (circunstancia que en el ámbito de la Unión Europea se ha llevado a cabo con la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, que ha extendido las garantías de protección no sólo al tratamiento de datos, sino a la recogida, organización, conservación, consulta, utilización, comunicación por transmisión o cualquier otra forma que facilite el acceso a los mismos).

En desarrollo del Convenio n.º 181, la Recomendación n.º 89(2), de 18 de enero de 1989, del Comité de Ministros del Consejo de Europa adaptó las disposiciones del Convenio en materia de protección de datos de carácter personal al marco del empleo.

En primer lugar, se ha de decir que, siguiendo el camino iniciado por el artículo 8 del Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, proclama en su artículo 2 el respeto a la privacidad y la dignidad humana de los trabajadores, y reconoce la posibilidad de ejercer relaciones individuales y sociales en el puesto de trabajo.

Seguidamente, la Recomendación n.º 89(2) establece en su artículo 3.1 que conforme a las legislaciones y prácticas nacionales y, llegado el caso, los convenios colectivos, los empleadores deben informar o consultar a sus empleados o a los representantes de éstos sobre la introducción o modificación de sistemas automatizados para la recogida y utilización de datos de carácter personal concernientes a los trabajadores, principio que es aplicable también a la introducción o a la modificación de procedimientos técnicos destinados a controlar los movimientos o la productividad de los empleados.

En este sentido, el segundo apartado del artículo 3 establece que el acuerdo de los empleados o de sus representantes debe ser buscado antes de la introducción o la modificación de dichos sistemas o procedimientos cuando el procedimiento de consulta mencionado en el primer apartado revele una posibilidad de lesión de los derechos a la vida privada y a la dignidad humana de los empleados¹⁴.

¹³ Este Convenio fue firmado por España el 28 de enero de 1982, fue ratificado el 31 de enero de 1984 y entró en vigor el 1 de octubre de 1985.

¹⁴ Por otra parte, la Recomendación n.º 89 también dedica en su artículo 10 una atención especial a la recogida y conservación de datos de carácter «sensible» de los trabajadores (relacionados con su origen racial, opiniones ideológicas, religiosas u otras parecidas, orientaciones y vida sexual o antecedentes penales), los cuales sólo pueden ser controlados en casos particulares dentro de los límites permitidos por la legislación interna de conformidad con las garantías que se hallen establecidas; en su ausencia, dichos datos sólo pueden ser reunidos con el expreso e informado consentimiento de los trabajadores.

1.1. Algunos comentarios sobre la legislación en Gran Bretaña en materia de control empresarial del correo electrónico e Internet.

Han sido los ingleses los que han tomado la iniciativa en la regulación del poder del empresario de control y vigilancia de los trabajadores que utilizan las prestaciones informáticas que ofrecen las NTIC. El marco jurídico se compone de la *Regulation of Investigatory Powers Act 2000* (en adelante, RIP Act) ¹⁵ y de las *Telecommunications (Lawful Business Practice) (Interception of Communications) Regulations 2000*, que entró en vigor el 24 de octubre de 2000 (en adelante, ICR) ¹⁶.

La RIP Act establece el principio de prohibición de interceptar toda comunicación en el curso de su transmisión que se realice mediante un sistema de telecomunicación (Sección 1, cláusulas 1 y 2) excepto en varias circunstancias que, *grosso modo*, son: que se haya obtenido una autorización gubernativa por motivos de seguridad pública o prevención de una acción criminal; que la persona que intercepta tenga un derecho al control de la operación o al uso del sistema (por ejemplo, que se trate de una práctica profesional legítima en el objetivo de control o prueba de intercambios profesionales); o, finalmente, si se tiene el consentimiento expreso o implícito de la persona a la que se hace la interceptación (cláusulas 5 y 6).

En todo caso, la Sección 4.2 de la RIP Act faculta al Secretario de Estado a adoptar una normativa que autorice determinados comportamientos de interceptación de forma legal que, a su juicio, puedan constituir una práctica razonable en el control y conservación de archivos de comunicaciones relacionadas con el tipo de trabajo u operación de que se trate, que se hayan interceptado en el curso de ella.

En desarrollo de esta norma se aprueba la ICR, la cual, según su Sección 3, autoriza la conducta que consista en interceptar una comunicación, en el curso de su transmisión por un sistema de telecomunicación, con el propósito de controlar o conservar un archivo de comunicaciones en orden a la comprobación del cumplimiento de los códigos de conducta establecidos por la empresa en la realización de la actividad productiva, o con el propósito de investigar o detectar usos no autorizados, o también con el propósito de prevenir o detectar un delito.

En todo caso, según la cláusula 2 de la Sección 3 de la ICR, la conducta de interceptación se considerará autorizada sólo si: a) la interceptación en cuestión es efectuada únicamente con el propósito de controlar o (cuando sea apropiado) conservar un archivo de comunicación relevante para el sistema de control de la empresa; b) el sistema de telecomunicaciones en cuestión está provisto

¹⁵ Puede consultarse en la página web del Gobierno inglés, <http://www.legislation.hmso.gov.uk/acts/acts2000/20000023.htm> [última consulta: 05-07-2001].

¹⁶ Puede consultarse a través del buscador de la página web del Gobierno inglés a través de <http://www.hmso.gov.uk> [última consulta: 05-07-2001].

para su uso total o parcial únicamente en conexión con el negocio empresarial; c) el controlador del sistema ha realizado todos los esfuerzos razonables para informar a cada persona que use el sistema de telecomunicación de que las comunicaciones transmitidas pueden ser interceptadas.

Los primeros comentarios sobre esta normativa han concluido en primer lugar que, tratándose de un supuesto de control informático de los trabajadores, éstos deben ser informados de la implantación de un sistema de vigilancia, aunque no se requiera su consentimiento ¹⁷, y en segundo término, que los poderes de supervisión e interceptación de comunicaciones del empresario tampoco pueden ser totales: tienen que ser interpretados de conformidad con la Convención Europea de Derechos Humanos ¹⁸.

El Comisario del Gobierno británico de Protección de datos publicó, en octubre de 2000, un Código de conducta sobre el uso de datos personales en las relaciones entre empresarios y trabajadores que sirviera de complemento a la normativa estudiada ¹⁹.

Es interesante la observación que en este Código realiza el Comisario cuando pone en relación la normativa de protección de datos personales con el uso de las NTIC en la empresa. En este sentido, recuerda que no hay ninguna norma de protección de datos que obligue al empleador a prohibir o permitir a los empleados usar el correo electrónico o Internet para comunicaciones privadas. El Comisario manifiesta que las cuestiones relativas a la protección de datos personales surgidas en relación con el control de las comunicaciones personales pueden ser usadas para asegurar el cumplimiento de determinadas normas: la protección de datos no sólo está relacionada con las comunicaciones personales sino también con las comunicaciones profesionales, las cuales, si resultan interceptadas, también pueden vulnerar la autonomía y privacidad del trabajador. El control que realiza el empleador debe ser apreciado también desde la perspectiva del hecho de que el trabajador tiene derecho a la confianza de su empleador y a la libertad de determinar un cierto número de acciones en el marco de su actividad profesional sin ser constantemente espiado.

En este sentido, el Comisario británico sostiene que las interceptaciones empresariales reguladas en la normativa inglesa deben respetar, en todo caso, el principio de proporcionalidad, para lo cual propone que el empleador cumpla con las siguientes medidas: el establecimiento de una política clara de empresa que muestre a los trabajadores las circunstancias en las cuales pueden o no usar el correo electrónico o el acceso a Internet para comunicaciones privadas; recono-

¹⁷ Véase el Informe de estudio y consulta pública de la Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés, *La cyber-surveillance des salariés dans l'entreprise* (Coord. M. HUBERT BOUCHET, vice-président délégué de la CNIL), *op. cit.*, p. 37.

¹⁸ BONILLA BLASCO, J.; «Conflictos derivados de la falta de regulación» (en relación al control del e-mail en las empresas). *El País*, domingo 10 de diciembre de 2000, Sección de Opinión, p. 17.

¹⁹ Puede consultarse en el buscador de la página web sobre Protección de datos en Gran Bretaña, <http://www.dataprotection.gov.uk> (materia: *Draft Code of Practice. The use of personal data in employer/employee relationship*) [última consulta: 06-07-2001].

cer que si la política establecida no se aplica, ya que, por ejemplo, se tolera un número limitado de comunicaciones personales, es la práctica realizada por la empresa la que debe tomarse como referencia (y no la política que se haya establecido) para evaluar si el control es proporcionado; asegurarse de que los empleados conocen las modalidades de control y no están confundidos con falsas expectativas de que sus comunicaciones son privadas; tomar en consideración el hecho de que la vida privada no concierne solamente a las llamadas personales sino también a las profesionales; mostrarse realista en la apreciación de las ventajas de retirar el control: los secretos empresariales pueden ser transmitidos por otros medios, de ahí la necesidad de automatizar el control al máximo y de focalizarlo sobre las principales zonas de riesgos; si otro tipo de control es inefectivo y por las circunstancias se justifica una intromisión adicional: limitar el control a los datos del tráfico más que al contenido de las comunicaciones; realizar un control más puntual que continuo; y finalmente, analizar el impacto del control sobre la autonomía de los empleados en su vida profesional.

En referencia a la utilización del e-mail, el Código de conducta del Comisario inglés también propone una serie de criterios para el respeto del principio de proporcionalidad en la interceptación de las comunicaciones en el puesto de trabajo: no controlar el contenido de los mensajes electrónicos a menos que sea claro que el objetivo perseguido no puede ser logrado controlando sólo los datos del tráfico de la mensajería; si es estrictamente necesario controlar el buzón de correo de los empleados en su ausencia, debe asegurarse de que tienen conciencia de lo que se va a realizar y de sus motivos, en particular, que el propósito del control es asegurar que el negocio responde correctamente a sus clientes; no abrir e-mails cuyo contenido sea claramente personal; y proveer los medios informáticos adecuados para que los trabajadores puedan efectivamente suprimir mensajes recibidos o enviados.

Finalmente, y en referencia a Internet, el Comisario también establece unas reglas que respeten los derechos de privacidad del trabajador: en primer lugar, que el control que se realice sea más preventivo que *a posteriori*; en segundo término, que se utilice, en la medida en que sea técnicamente posible, un tipo de medios informáticos que permitan la restricción al acceso a determinadas webs, con preferencia al control del comportamiento del trabajador en el acceso a Internet; en tercer lugar, que si está permitida una utilización de Internet para fines privados, no se controle el contenido sino sólo el tiempo de conexión; y finalmente, que en la medida en que los empleados pueden utilizar Internet con fines privados, asegurarse de que no se registren los sitios visitados ni el contenido de las páginas visualizadas, y si ello no fuera técnicamente posible, informar a los asalariados de aquello que está conservado y para qué duración.

1.2. El marco jurídico en España.

En la actualidad, la base jurídica que se utiliza para amparar la actuación empresarial consistente en controlar el uso por el trabajador del correo electrónico y de Internet es el artículo 20.1, en relación con el artículo 20.3 de la LET, según los cuales el empleador puede adoptar las medidas que

considere más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones laborales, guardando en su adopción y aplicación la consideración debida a su dignidad humana.

Ahora bien, el poder del empleador de controlar el cumplimiento de la prestación por parte del trabajador por la vía del artículo 20.3 de la LET puede resultar insuficiente para la protección de determinados derechos fundamentales del trabajador, como el derecho a la intimidad personal (art. 18.1 de la CE) o al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 de la CE) cuando se trata de la vigilancia de un trabajador que utiliza un ordenador, que tiene incluido el sistema informático de correo electrónico y el navegador de Internet. La potestad del empleador de controlar y vigilar por la vía del artículo 20.3 de la LET el servicio prestado por el trabajador exclusivamente relacionado con su actividad productiva en el sistema informático, no puede amparar de forma simultánea los actos de indagación empresarial a través del correo electrónico o del acceso a Internet respecto a los actos propios de la vida privada del asalariado: los mismos son, en principio, claramente ilícitos ²⁰.

En materia del control del e-mail de los trabajadores, la doctrina científica española está reclamando la aplicación del artículo 18.3 de la CE ante el acceso indiscriminado al correo del trabajador ²¹. Pese a que este precepto garantice el secreto de las comunicaciones, especialmente de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial, sin citar consiguientemente al correo electrónico, de ello no se ha de deducir que este sistema de comunicación esté excluido de la protección constitucional, ya que el precepto no expresa de forma cerrada los medios de comunicación que pueden vulnerar el derecho fundamental, sino que cualquier comunicación privada establecida a distancia por fax, ordenador o por cualquier medio o artificio técnico que pudiera utilizarse en el futuro puede entrar dentro del ámbito de aplicación del precepto ²².

Según la STC 114/1984, de 29 de noviembre, el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones «consagra la libertad de las comunicaciones, implícitamente, y, de modo expreso, su secreto, estableciendo en este último sentido la interdicción de la interceptación o del conocimiento anti-jurídico de las comunicaciones ajenas», y añade que «la norma constitucional se dirige inequívocamente a garantizar su impenetrabilidad por terceros (públicos o privados, el derecho posee eficacia *erga omnes*) ajenos a la comunicación misma».

En referencia específicamente al conflicto planteado entre el derecho al secreto de las comunicaciones y el poder de dirección del empresario, se ha pronunciado la STS de 10 de marzo de 1990 (Ar. 2045), en la que se desestima un recurso de casación interpuesto por una empresa contra la sen-

²⁰ FALGUERA I BARÓ, M.A. «Uso por el trabajador del correo electrónico de la empresa para fines extraproductivos y competencias de control del empleador», *Relaciones Laborales (III)*, 2000, pp. 17 y ss.

²¹ CARRILLO, M.; «Correo electrónico y derechos fundamentales» (en relación al control del e-mail de los trabajadores). *El País*, domingo 10 de diciembre de 2000. Sección de Opinión, p. 17.

²² BILBAO UBILLOS, J.M.; *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Boletín Oficial del Estado. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 1997, p. 806.

tencia de Magistratura que declaró la nulidad radical de un despido decretado a raíz de la grabación de una supuesta conversación telefónica entre el trabajador y una tercera persona, en la que aquél le ofrecía una mercancía sustraída a la empresa, mediante precio.

La tesis de la empresa recurrente estriba en que el artículo 18.3 de la Constitución ha de amoldarse al ámbito de la organización de la empresa en que aquella vigilancia y control están reconocidos, y por lo tanto el derecho fundamental al secreto de la comunicación telefónica debe tener distintos calificativos según se desarrolle en la empresa o fuera de ella, pues en el primer caso ha de atemperarse al ejercicio de los derechos reconocidos al empresario en la LET.

El TS no admite esta argumentación en función de que, a tenor de la STC 114/1984, la violación del derecho al secreto de las comunicaciones se consuma desde el momento en que se conoce o intercepta una comunicación ajena, sin el conocimiento de sus interlocutores, con independencia de que se difunda o no el contenido de lo controlado.

Ante este marco jurídico, los agentes sindicales han manifestado que la situación actual se caracteriza por un gran vacío, tanto legal como convencional, en la regulación de los derechos sindicales y personales en la utilización de las nuevas tecnologías²³. En este sentido reclaman la regulación urgente del uso de las nuevas tecnologías ya que aumentan las situaciones de vulneración de los derechos a la intimidad y la libertad sindical porque la ausencia de regulación está favoreciendo el abuso empresarial, a la hora de establecer las condiciones de uso y la vigilancia por correo electrónico, que no ha sabido integrar los avances tecnológicos para modernizar las relaciones laborales²⁴.

Las principales propuestas sindicales pasan por la regulación del derecho de emisión ante necesidades personales de comunicación con terceros, el derecho de recepción sin límites y el reconocimiento pleno del derecho de comunicación con sindicatos y Administraciones Públicas por cuestiones personales o profesionales²⁵.

A su juicio, la negociación colectiva debe normar la capacidad empresarial de control sobre los contenidos de los mails del trabajador en su buzón laboral al objeto de proteger los derechos a la intimidad de las personas y estableciendo lo siguiente: la prohibición de que el empresario establezca sistemas de control para conocer los contenidos de los mensajes del trabajador en tiempo real; la

²³ Véanse las propuestas publicadas por la Comisión Obrera Nacional de Cataluña (CONC) con el título «Los nuevos ciberderechos sindicales: la regulación de los derechos sindicales y personales del uso de Internet y el correo electrónico», en su página web de Internet de la CONC, <http://www.conc.es/> [última consulta: 17-02-2001].

²⁴ Véase el Comunicado de prensa de la Unión General de Trabajadores de 15 de enero de 2001, «UGT reclama la regulación urgente del uso de las nuevas tecnologías de la comunicación», en la página web de Internet de UGT, <http://www.ugt.es> [última consulta: 16-02-2001].

²⁵ CONC; «Los nuevos ciberderechos sindicales: la regulación de los derechos sindicales y personales del uso de Internet y el correo electrónico», *op. cit.*, pp. 1 y ss.

prohibición de que el empresario conozca contenido de mensajes cuando su enunciado es personal; y el establecimiento de garantías para el conocimiento, por parte del empresario, de las contrapartes en la comunicación del trabajador a través de los archivos *log*.

En este sentido, es interesante citar que en el IX Convenio Colectivo de la empresa Telefónica de España, S.A.²⁶, firmado este año, se ha procedido a la fijación de unas reglas en la utilización de los medios informáticos que se ponen a disposición de los trabajadores para realizar su actividad, conforme a las cuales se pretende equilibrar el derecho de la empresa a controlar el uso adecuado de dichos medios, con la salvaguarda del derecho a la intimidad del trabajador.

En virtud de su artículo 12, los empleados podrán utilizar el correo electrónico, la dirección e-mail, la red corporativa e Internet con libertad y el sentido más amplio posible, para el desempeño de las actividades de su puesto de trabajo. No obstante, se establece también que, con carácter general, no podrán utilizar dichos sistemas para fines particulares, sin que, bajo ningún concepto, puedan realizar envíos masivos de mensajes, o de gran tamaño, ni realizar cualquier envío sin relación con la labor profesional, que interfiera las comunicaciones del resto de empleados o perturbe el normal funcionamiento de la red corporativa.

Desde las Asociaciones de Internautas²⁷ se propone también la adopción por los poderes públicos de medidas concretas en base a las siguientes propuestas: elaboración de un plan de medidas que garanticen el derecho a la intimidad e inviolabilidad de nuestras comunicaciones a través del correo electrónico; el establecimiento de un plan de seguridad en materia de comunicaciones en nuestros correos electrónicos, que incluya el cifrado voluntario de las comunicaciones personales²⁸; y finalmente la adopción de medidas legales que garanticen el derecho de cada trabajador a un buzón personal de correo electrónico en la empresa.

Para finalizar, se ha de recordar que ya se han planteado algunas iniciativas parlamentarias como la proposición de Ley presentada por el grupo parlamentario socialista, sobre el incremento de las garantías de los trabajadores y funcionarios en materia de derecho a la intimidad, igualdad y no discriminación²⁹, en la que se proponen determinadas modificaciones al artículo 4.2 d) de la LET,

²⁶ Véase la Resolución de 12 de junio de 2001, de la Dirección General de Trabajo, por la que se dispone la inscripción en el Registro y publicación del Convenio Colectivo de la empresa «Telefónica de España, S. A.U.» (BOE núm. 157, de 2 de julio de 2001).

²⁷ Véase la 1.ª Campaña por la intimidad de las comunicaciones electrónicas en el puesto de trabajo. Manifiesto pro-intimidad electrónica. Página web de Internet de la Asociación de Internautas y Kriptópolis, <http://social.internautas.org/cam-priv.htm> [última consulta: 19-04-2001].

²⁸ El cifrado es una técnica criptográfica consistente en la transcripción de datos a equivalentes ininteligible por medio de una clave, de forma que sólo quienes la conozcan podrán acceder al contenido real de los mismos (información extraída del Coleccionable de *El País: Conéctate a las nuevas tecnologías, op. cit.*, fichero 62).

²⁹ Vid. *Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados. VII Legislatura. Serie B: Proposiciones de Ley*. 16 de febrero de 2001, núm. 109-1.

dirigidas a prohibir la utilización de aparatos de observación y vigilancia electrónica de los trabajadores en el centro de trabajo, salvo pacto en contrario entre el empresario y los representantes de los trabajadores, y siempre que no se atente al contenido esencial del derecho a la intimidad, a la protección de datos y a la propia imagen. De este modo, en la proposición de Ley comentada supera tanto la normativa inglesa ya comentada, como la francesa, uno de cuyos principios principales en materia de control y vigilancia de los trabajadores en el puesto de trabajo es el de transparencia, en virtud del cual ninguna información personal de un trabajador puede ser recogida por un dispositivo que no haya sido previamente puesto en conocimiento del propio trabajador (art. L121-8 del Código de Trabajo).

Por añadidura, la proposición de Ley reconoce el derecho de los trabajadores a preservar reservadamente sus datos, ficheros o correo de carácter personal en los correspondientes procedimientos informáticos o telemáticos que se desarrollen en su actividad laboral, a no ser que existan fundadas necesidades organizativas o tecnológicas que lo impidan, salvaguardándose el contenido esencial del derecho a la intimidad, a la protección de datos y previo acuerdo entre empresario y representantes de los trabajadores. La impronta francesa es aquí más perceptible en cuanto, según el artículo L432-2-1 de su Código de Trabajo, la discusión colectiva es un factor esencial en la introducción en la empresa de tratamientos automatizados de gestión del personal o de medios técnicos que permitan un control de actividad del asalariado, lo que al fin y al cabo, acaba siendo esencial para el respeto al principio de proporcionalidad en la actuación del empleador ³⁰.

2. Sentencias judiciales sobre el uso del correo electrónico e Internet.

En estos últimos tiempos han ido aflorando una serie de resoluciones judiciales que tienen en común el control empresarial del uso por los trabajadores del correo electrónico y de Internet.

Cabe traer a colación en primer lugar la STSJ de Cataluña (Sala de lo Social) de 5 de julio de 2000 (A.S. 3.452), cuyo núcleo central gira alrededor de la posible lesión al derecho del secreto de las comunicaciones que se postula en el artículo 18.3 de la Constitución. En el caso sometido al tribunal unos trabajadores habían mantenido de forma reiterada conversaciones entre sí por correo electrónico cuyo contenido era obsceno y despreciativo en relación a algunas trabajadoras. En determinada ocasión una de estas trabajadoras, al utilizar el ordenador de uno de los trabajadores en cuestión para enviar el correo solicitado por un cliente, leyó un correo electrónico en el que la trabajadora creyó que se hacía referencia a ella y a su esposo con términos vejatorios. Denunciados los hechos la empresa encargó una auditoría interna sobre el uso del correo electrónico por los trabajadores denunciados, previo consentimiento de éstos y que confirmó las actuaciones denunciadas, razón por la cual se despidió a los trabajadores por quebrantamiento de los deberes de fidelidad y lealtad implí-

³⁰ Vid. el Informe de estudio y consulta pública de la Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés, *La cybersurveillance des salariés dans l'entreprise* (Coord. M. HUBERT BOUCHET, vice-président délégué de la CNIL), *op. cit.*, p. 16.

citados en toda relación laboral, al haber incumplido las normas de la empresa sobre el uso del correo electrónico así como el código de ética de la empresa. Los trabajadores despedidos, al admitir con su consentimiento la auditoría de sus correos, legitimaban la actuación empresarial, aunque cabe considerar si el acto de la trabajadora al abrir el correo del compañero de trabajo y leerlo para comunicar posteriormente a la empresa lo que había encontrado se considera una prueba obtenida en lesión del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, lo que, por tanto, no hubiera podido surtir ningún efecto ³¹.

Otra sentencia a comentar, tal vez la más conocida en este ámbito, es la STSJ de Cataluña (Sala de lo Social) de 14 de noviembre de 2000 (As 3444) ³² que resuelve el despido de un trabajador de la entidad Deutsche Bank por transgresión de la buena fe contractual al haber utilizado en numerosas ocasiones dentro del horario laboral el correo electrónico para fines privados (según consta en la resolución como hechos probados, los mensajes eran de contenido humorístico y sexista), incumpliendo de este modo las instrucciones de la empresa que prohibían esa conducta durante el tiempo de trabajo. Se ha de decir que en el caso sometido al tribunal –en el cual no se invocó una eventual violación del derecho a la intimidad ni del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones del trabajador–, los magistrados se limitan a constatar que la conducta del trabajador consistente en utilizar el correo electrónico en gran número de ocasiones para fines ajenos a los laborales supone una infracción del deber de lealtad profesional que justifica la decisión empresarial de extinguir el contrato de trabajo ³³.

La resolución comentada no entra a valorar, por tanto, la lesión que al derecho a la intimidad o al secreto de las comunicaciones puede haber supuesto el conocimiento por la empresa de los contenidos de los mensajes enviados. En el procedimiento de control iniciado por el empresario podría resultar legítimo, cuando existiesen indicios razonables para ello, que se procediese al conocimiento del número de mensajes y de los horarios de la jornada de trabajo duran-

³¹ Para DEL VAL ARNAL, J.J., si se considera que la correspondencia entre los trabajadores era de carácter privado, la actuación de la trabajadora podía ser tipificada como delito tipificado en el artículo 197 del Código Penal (véase el comentario que realiza sobre esta sentencia, con el título de «El correo electrónico en el trabajo y el derecho a la intimidad del trabajador», en la página web de Internet de Aranzadi, <http://www.aranzadi.es> [última consulta: 1-03-2001]).

³² Véase el comentario sobre esta sentencia de CARDONA RUBERT, M.B., titulado «Control del correo electrónico de los empleados. Transgresión de la buena fe contractual» en la página web de Internet de Aranzadi, <http://www.aranzadi.es> [última consulta: 1-03-2001].

³³ La sentencia no entra a valorar el alcance que sobre la calificación del despido pueden tener factores como que el coste económico de la remisión de los mensajes es pequeño, o que la pérdida de trabajo efectivo ha sido muy pequeña. En este sentido, hay que recordar que la STSJ de la Comunidad Valenciana de 24 de septiembre de 1996 (Ar. 1.996, 2877) expresa que supone una infracción del principio de buena fe y un abuso de confianza depositada en el trabajador la utilización del correo electrónico para fines distintos de los ligados a la actividad productiva, ya que las acciones del trabajador se traducen en términos de costes empresariales en cuanto, como mínimo, significan una pérdida de tiempo y de trabajo que éste emplea en la confección y envío de los mensajes y que los otros empleados, que son sus destinatarios, invierten en su lectura, y, por tanto, una disminución de su rendimiento, así como un coste económico.

te los que se han enviado para determinar si la actuación del trabajador reviste la gravedad suficiente para constituir un incumplimiento contractual, pero, por la presencia de los derechos de privacidad del trabajador, sin inmiscuirse en su contenido, salvo permiso expreso del propio trabajador ³⁴.

Una sentencia en la que ya se estudia la posible vulneración del artículo 18.1 de la Constitución es la dictada por el TSJ de Cataluña (Sala de lo Social) de 23 de octubre de 2000 ³⁵. Según el supuesto de hecho, la empresa, tras llegar a sus oídos unos rumores, decide controlar el uso que un trabajador hace de su ordenador. Para ello coloca en un directorio de la red la aplicación *PC Protect Stealth Activity Monitor*, que es un conjunto de programas diseñados para controlar la utilización que se efectúa del ordenador, sin comunicarlo al trabajador, a su superior jerárquico ni al Comité de empresa. La aplicación del programa se realiza sin entrar al PC del trabajador (por tanto, sin violar su *password*), y se instala de forma que no pueda ser detectado por el usuario (se activa de forma oculta y de forma automática cada vez que se pone en marcha el ordenador e identifica todas las teclas pulsadas por el usuario, los programas activados y las ventanas del programa Windows activas en cada momento). Como resultado del programa, se constata la utilización por el trabajador durante mucha parte de su tiempo de trabajo del juego del solitario.

Para el TSJ de Cataluña, la instalación del programa de vigilancia adoptado por la empresa no vulnera la intimidad del trabajador, ya que se trata de una medida justificada, ya que existían razonables sospechas de la comisión por el trabajador de irregularidades en el puesto de trabajo, idónea para la finalidad pretendida por la empresa, dirigida a comprobar la comisión efectiva de dichas irregularidades, necesaria, ya que el programa informático servía de prueba de las infracciones laborales, y equilibrada, al producirse la misma en relación con el terminal informático proporcionado por la empresa como instrumento a utilizar por el trabajador sancionado para el normal y adecuado desarrollo de su actividad laboral.

Pese a que esta resolución no tenga relación con el uso del correo electrónico e Internet, sino más en concreto con la detección de cierta dependencia del trabajador de un juego informático instalado por la propia empresa, es interesante comprobar cómo el TSJ no considera que la actuación empresarial haya vulnerado el derecho a la intimidad del trabajador pese a que la concurrencia de diversos hechos, que sí podrían haber llevado a lo contrario, como por ejemplo que el programa de vigilancia utilizado tiene una potencialidad investigadora que va mucho más allá del simple control del acceso al juego de entretenimiento, y que, en caso de disponer de correo electrónico o de un navegador de Internet (cosa que no consta en los fundamentos de hecho) hubiese permitido el conocimiento de todo lo realizado por el trabajador en su puesto de trabajo, la instalación del programa de control sin el conocimiento del trabajador, o la inexistencia de comunicación al Comité de empresa.

³⁴ Vid. el comentario de Luis JARA, en *Tribuna*: «El correo electrónico en la empresa». Consúltese su página, <http://www.cinco-dias.es/scripts/cinco-dias/noticias> [última consulta: 11-04-01].

³⁵ Vid. en la página web de Internet de Aranzadi, <http://www.aranzadi.es> [última consulta: 14-05-2001].

En sentido contrario, el Juzgado de lo Social núm. 31 de Madrid, de 26 de enero de 2001 ³⁶, resuelve que las monitorizaciones llevadas a cabo por la empresa en el ordenador de uno de sus trabajadores, miembro del Comité de empresa europeo, sí vulneraban, entre otros, el derecho a su intimidad. En el caso planteado se trata de una multinacional que decide controlar por dos veces las entradas del trabajador en Internet, resultando que en la segunda de estas ocasiones decide despedir al trabajador coincidiendo con la presentación por éste de una demanda en la que se alega discriminación sindical en unos complementos salariales. Para el juez, las monitorizaciones empresariales se han producido en vulneración del derecho a la libertad sindical y del derecho a la intimidad del trabajador ya que, entre otras razones, no se demuestra que existiera causa de justificación para el control; además, incluso aunque ello se hubiera probado, la decisión de monitorizar el ordenador resulta un sacrificio desproporcionado de los derechos del trabajador en relación a la finalidad perseguida, por cuanto la proporción de trabajo efectivo, así como su realización o no por parte del demandante, no requería de ninguna manera constatar si se conectaba o no a Internet, bastando para demostrar que las afirmaciones del actor no eran ciertas identificar el trabajo proporcionado así como su realización o no por el demandante.

Por último, conviene estudiar una sentencia que ha producido un gran debate en Francia, cual es la Sentencia de la Sala correccional del Tribunal de Gran Instancia de París de 2 de noviembre de 2000 ³⁷. Ante la denuncia vertida por una investigadora de una Escuela Superior sobre la manipulación de sus datos informáticos por un compañero suyo, los responsables de esta Escuela deciden vigilar los flujos de correo electrónico del denunciado, pese a que la propia denunciante retire sus acusaciones con posterioridad. Ante la comprobación por el estudiante vigilado de que los responsables del laboratorio están controlando su correo electrónico se constituye en parte civil en la acción judicial que entabla por atentado contra la intimidad de su vida privada, el acceso fraudulento al sistema de tratamiento de datos informáticos y el ataque al secreto de su correspondencia.

Pese a que la Escuela Superior alega que ha accedido al correo electrónico del investigador en interés y buen uso de la red informática, que no podía ser utilizada para fines privados, lo que ha servido para comprobar el uso abusivo del correo por el reclamante (cosa que no tiene relación con las denuncias vertidas por la becaria), el tribunal francés subsume los hechos producidos como violación de la correspondencia efectuada por vía de telecomunicaciones llevada a cabo por persona encargada de un servicio público y estima el delito. Para el tribunal, la mensajería electrónica del interesado está protegida por el secreto de la correspondencia, lo que supone una manifestación en el ámbito nacional del principio recogido en el artículo 8 de la Convención europea de derechos del hombre y de las libertades fundamentales.

³⁶ Consúltese la página web de Internet de *LA LEY*, en concreto bajo la sentencia que se enuncia con el título: «Nulidad del despido de un sindicalista por vulneración de derechos fundamentales al monitorizar su ordenador para controlar su acceso a Internet», en <http://www.laley.net/diario/> [última consulta: 15-06- 2001].

³⁷ Véase en *Droit Ouvrier*, février 2001, pp. 65 y ss.

III. EL USO SINDICAL DE LAS NTIC EN LA EMPRESA

Las NTIC no sólo pueden implicar una transformación en el marco de la relación individual entre empresario y trabajador sino que también inciden en las relaciones colectivas en la empresa. Los principales aspectos que pueden quedar afectados por la introducción del correo electrónico y de Internet en la empresa pueden ser, a modo de ejemplo, los siguientes:

- a) La atribución a los representantes de los trabajadores de la competencia para emitir informes con carácter previo a la ejecución por parte del empresario de las decisiones que adopte en materia de implantación o revisión de sistemas de organización y control del trabajo [art. 63 d) de la LET], si se incluye dentro de éstos la introducción de medidas de vigilancia en el uso del correo electrónico o del acceso a Internet.
- b) La garantía para los derechos de los trabajadores que puede ejercer la representación unitaria, al amparo del artículo 18 de la LET, en aquellos supuestos en los que el empresario puede realizar registros sobre la persona del trabajador, en sus taquillas y efectos particulares, y de forma extensible, en el ordenador y los programas informáticos de los que dispone, cuando sean necesarios para la protección del patrimonio empresarial y de los demás trabajadores de la empresa. Se ha de tener presente que en el IX Convenio Colectivo de la empresa Telefónica de España, S.A. de 2001 ³⁸ se dispone que si existieran indicios de uso ilícito o abusivo por parte de un empleado del correo electrónico o de Internet, la empresa realizará las comprobaciones oportunas, y si fuera preciso, llevará a cabo una auditoría en el ordenador del trabajador o en los sistemas que ofrecen el servicio, que se efectuará en horario laboral y en presencia de algún representante de los trabajadores o de la organización sindical que corresponda, en caso de afiliación, si el asalariado lo desea, con respeto a su dignidad e intimidad.
- c) Por otra parte, cuando se trata del control o vigilancia del correo electrónico o de Internet a un representante de los trabajadores, la posible lesión a los derechos fundamentales del artículo 18 de la CE puede extenderse al derecho de libertad sindical. Como ha resuelto la Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 31 de Madrid, de 26 de enero de 2001, las facultades organizativas del empleador se encuentran limitadas por los derechos fundamentales del trabajador, sin que quepa exceptuar esta premisa en los supuestos en los que el empresario no esté sujeto por la norma a causas o procedimientos de control de las actividades informáticas de los trabajadores.

³⁸ Véase la Resolución de 12 de junio de 2001, de la Dirección General de Trabajo, por la que se dispone la inscripción en el Registro y publicación del Convenio Colectivo de la empresa «Telefónica de España, S.A.U.» (BOE núm. 157, de 2 de julio de 2001).

d) En todo caso, en el marco de las relaciones colectivas de trabajo, la faceta relativa a las NTIC a la que más atención se está prestando es la relativa al uso por los representantes de los trabajadores tanto, de carácter unitario como sindical, del correo electrónico y de Internet para comunicarse con los trabajadores de la empresa en general, como con los afiliados a los sindicatos en particular.

El motivo de la importancia que se está dando a este asunto es la publicación de la Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Social) de 6 de febrero de 2001, que resuelve una demanda de conflicto colectivo, formulada por la federación COMFIA, de CC.OO., contra BBVA Argenta S.A., reclamando su derecho y el de sus secciones sindicales en las empresas del grupo empresarial a transmitir noticias de interés sindical a sus afiliados y a sus trabajadores en general a través del correo electrónico, al amparo de los artículos 18 y 28 de la Constitución y 8.1 de la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical (en adelante, LOLS) en relación con el artículo 3.1 del Código Civil.

Como es factor común con otros pronunciamientos judiciales ya comentados, en el caso planteado ante la Audiencia Nacional, se trata también de una empresa que ha favorecido la utilización del correo electrónico por sus empleados, con el propósito de eliminar burocracia y mejorar la eficiencia del grupo empresarial, y además, ha establecido unas normas de actuación que prohíben el uso ajeno a los fines profesionales o la remisión a uno o varios usuarios de correos no solicitados, especialmente si esto se hace de forma masiva (técnica conocida como *spam*), sin que conste que estas instrucciones hayan sido negociadas con los representantes de los trabajadores en la empresa.

En este marco, la Federación de banca de CC.OO. decide enviar desde su propio servidor, pero a través del servidor interno del BBVA, mensajes electrónicos de información sindical a los trabajadores de la empresa, que son inicialmente tolerados por ésta al considerar que no perjudican el servicio de la misma, hasta que en una determinada fecha el servidor de la empresa los rechazó, según sus argumentos, por el envío numeroso de correos, el tamaño que resulta de ellos y el desmesurado tamaño de las colas de espera que provocan.

De este modo, el problema que subyace en el conflicto planteado ante la Audiencia Nacional es el del acceso por la representación sindical de los trabajadores, y de forma extensiva, de los representantes unitarios, a la red de correo electrónico y a Internet en la empresa para la realización de sus actividades sindicales.

En este sentido, los agentes sindicales han defendido la validez de la legislación actual para el amparo del uso sindical de las NTIC. Por una parte, desde la perspectiva de configurar el derecho de la representación unitaria de los trabajadores en la utilización del correo electrónico e Internet para comunicar información sindical a los trabajadores se ha acudido al artículo 68 d) de la LET, que garantiza a los miembros del Comité de empresa y a los delegados de personal la expresión de sus opiniones a través de la publicación y distribución de las publicaciones de interés laboral o social

siempre que no perturben el normal desenvolvimiento del trabajo, y a las competencias que disponen en virtud de los artículos 64.1.12 y 81 de la LET, de poder informar a los trabajadores y de disponer de uno o varios tableros de anuncios respectivamente.

Estos argumentos tendrían en la actualidad un punto de apoyo judicial en la Sentencia del Juzgado de lo Social de Madrid núm. 31, de 26 de enero de 2001, ya comentada anteriormente, en un supuesto de utilización del correo electrónico para fines privados, en la que se resuelve que la actividad sindical de los representantes de los trabajadores consistente en informar a los trabajadores en virtud de los artículos 64.1.12 de la LET y 8.1 b) y c) de la LOLS, no es ajena a la empresa y constituye una manifestación del derecho básico de libertad sindical, que limita las facultades organizativas del empleador.

Desde la perspectiva de los representantes sindicales en la empresa, el precepto que podría amparar la utilización de las NTIC para el desarrollo de la actividad sindical sería el artículo 8.1 c) de la LOLS, según el cual los trabajadores afiliados a un sindicato, entendiéndose por tal tanto la organización externa a la empresa como la interna ³⁹, podrían, en el ámbito de la empresa o centro de trabajo, recibir la información que le remitiera vía e-mail su sindicato. En el mismo sentido, el derecho de las secciones sindicales de los sindicatos más representativos y de los que tengan representación en los Comités de empresa a disponer de un tablón de anuncios en un lugar donde se garantice un adecuado acceso al mismo de los trabajadores (art. 8.2 de la LOLS), podría equiparse a la posibilidad de poner a disposición de los representantes de los trabajadores una página web en la que puedan incluir la información que deseen transmitir a los trabajadores y a la que puedan acceder éstos para la obtención de dicha información ⁴⁰.

Pese a la interpretación que principalmente los sindicatos españoles hacen de la posibilidad de que la normativa actualmente en vigor pueda amparar la utilización del correo electrónico e Internet para cuestiones relacionadas con la actividad sindical en la empresa, la Sentencia de la Audiencia Nacional de 6 de febrero de 2001, si bien declara el derecho de COMFIA y de sus secciones sindicales en las empresas del Grupo BBVA a transmitir noticias de interés sindical a sus afiliados y a los trabajadores en general a través del correo electrónico en condiciones no perjudiciales para la actividad productiva de la empresa, no admite que el artículo 28 de la Constitución o el artículo 8 de la LOLS permitan reconocer en términos absolutos el derecho a utilizar el medio del correo electrónico a través del servidor de la empresa para el ejercicio de la actividad sindical en la misma o recibir la información que le remita su sindicato.

³⁹ FALGUERA I BARÓ, M.A., «Uso por el trabajador del correo electrónico de la empresa para fines extraproductivos y competencias de control del empleador», *op. cit.*, pp. 17 y ss.

⁴⁰ Véase el Comunicado de prensa de la Unión General de Trabajadores de 15 de enero de 2001, «UGT reclama la regulación urgente del uso de las nuevas tecnologías de la comunicación», en la página web de Internet de UGT, <http://www.ugt.es> [última consulta: 16-02-2001].

Desbrozando el sentido del fallo de la Audiencia Nacional, se ha de concluir, en primer lugar, que pese a la existencia de unas normas de actuación en la empresa prohibiendo el uso del correo electrónico para fines no relacionados con la actividad del empleado, se reconoce que este sistema electrónico puede utilizarse para actividades sindicales, siempre que dicha utilización no rebase la normalidad, ya que en caso contrario tales conductas de los sindicatos o de sus secciones sindicales pueden constituir una transgresión de la situación jurídica creada por la utilización inocua por el sindicato del servicio telemático mediante la comunicación realizada por esta vía.

Ahora bien, según la resolución judicial, la progresiva extensión de las telecomunicaciones en las sociedades contemporáneas hacen necesario ordenar, bien por Convenio Colectivo, Acuerdo de empresa, *ratione materiae* o norma de la jerarquía legal que corresponda, el derecho de los sindicatos y trabajadores a la utilización de la red de la empresa por correo electrónico para transmitir información sindical, razón por la cual decae la pretensión del sindicato demandante de que con la normativa en vigor pueda reconocérsele un derecho con un componente superior al existente en los preceptos alegados como es el uso de las NTIC para la actividad sindical.

La resolución ha puesto en primer plano, por tanto, la necesidad urgente de regular estos aspectos, para lo cual ya se han producido algunas iniciativas. En primer lugar, cabe recordar la adopción de una Moción del Senado de 28 de noviembre de 2000, en la que se instaba al Gobierno a que estudiase la forma de poner en marcha las medidas necesarias para considerar al correo electrónico e Internet como instrumentos de comunicación e información de los trabajadores con sus representantes sindicales y viceversa. Por otra parte hay que mencionar también la presentación de una proposición de Ley de modificación de los artículos 81 de la LET y 8.1 y 8.2 de la LOLS, en el sentido de que la información sindical que reciban los trabajadores pueda hacerse efectiva a través de los medios de comunicación existentes en cada momento.

En todo caso, la negociación colectiva ya empieza a tomar posiciones en este campo, tanto en el ámbito español como europeo ⁴¹. En este sentido, en el IX Convenio Colectivo de la empresa Telefónica de España, S.A. ⁴², al que ya me he referido con anterioridad, se establecen varias disposiciones sobre la utilización del correo electrónico por la representación unitaria de los trabajadores y por los sindicatos. En su artículo 12 se prevé la creación de un tablón de anuncios de carácter virtual, es decir, la instalación en el portal al que se accede por la Intranet de la empresa de un

⁴¹ Véase el Acuerdo de la empresa Renault en Francia sobre la utilización de Intranet por las instituciones de representación de los trabajadores, de 21 de diciembre de 2000. En él se prevé el derecho de las organizaciones sindicales de la empresa y los organismos representativos de disponer de un sitio en la Intranet de la empresa para la publicación de informaciones sindicales, pero no puede servir de fóruns de discusión ni puede ser utilizada para enviar mensajes individuales a los puestos de trabajo. No obstante, se permite que todo trabajador pueda dirigirse a la organización sindical de su elección. Finalmente, no pueden crear enlaces entre su sitio y alguno exterior a la empresa (*Liaisons Sociales*, jeudi 1 février 2001, núm. 148).

⁴² Véase la Resolución de 12 de junio de 2001, de la Dirección General de Trabajo, por la que se dispone la inscripción en el Registro y publicación del Convenio Colectivo de la empresa «Telefónica de España, S.A.U.» (BOE núm. 157, de 2 de julio de 2001).

canal denominado como tablón sindical, a disposición de los sindicatos con representación en el Comité Intercentros, desde el que se puede acceder directamente a las páginas web de dichos sindicatos, donde publican y difunden las comunicaciones e informaciones que consideren ⁴³. En este sentido, se prevé que los empleados pueden acceder al mismo desde los ordenadores que tienen en su puesto de trabajo, y a su vez, se establece el deber de la empresa de dotar de los mecanismos necesarios para que los sindicatos estatales más representativos puedan dirigir correos a sus afiliados de forma global.

En función del redactado del Convenio los límites a la difusión de las comunicaciones sindicales en la empresa se establecen en función del desarrollo normal de las comunicaciones y el funcionamiento de la red corporativa, por lo que no se permite el envío de comunicaciones masivas desde Internet a las direcciones de correo asignadas por la empresa a sus trabajadores.

Finalmente, cabe señalar que la empresa se compromete a facilitar el acceso a la red corporativa, al correo electrónico y a Internet a los sindicatos que tengan la consideración de más representativos a nivel estatal, lo que abriría también la posibilidad de que el sindicato pueda comunicarse de forma fluida con el conjunto de la organización sindical federativa o confederal, siempre que, como establece el propio convenio, no se haga una utilización indebida de la dirección, así como ceder su uso a otra organización no autorizada.

⁴³ La posibilidad de tener un 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 de las empresas era una reivindicación de CC.OO. que está recogida en su publicación «Derechos sindicales en la red. Nuevos tiempos, mismos derechos», localizable en la página web de Internet del sindicato, <http://www.ccoo.es> [última consulta: 29-06-2001].