

**RODRIGO TASCÓN LÓPEZ**

*Profesor Ayudante de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de León*

**Extracto:**

Los avances tecnológicos y su incorporación a la empresa presentan sobre el poder de control empresarial una innegable influencia, en tanto permiten formas de vigilancia de los trabajadores cada vez más sofisticadas y eficaces. Es evidente que el empresario, movido por su deseo de conocer todo cuanto acaece en la unidad productiva (y aun fuera de ella), está incorporando dichos mecanismos de control para verificar la totalidad del comportamiento laboral de los operarios a su servicio. No menos evidente resulta que dichas prácticas colocan en serio peligro algunos de los derechos fundamentales (inespecíficos) de los trabajadores.

Para valorar la licitud de tales medios de control empresarial, el Tribunal Constitucional ha sentado como criterio (cuando hubo de pronunciarse a propósito de la videovigilancia) el conocido principio de la proporcionalidad, en virtud del cual es menester efectuar un juicio casuístico y comparativo entre la finalidad perseguida por el empleador y la intromisión que sobre la esfera de derechos fundamentales de los trabajadores se esté produciendo.

A la vista de la mentada regla de orden, los Tribunales Laborales han tenido que conocer sobre otra infinidad de problemas derivados del control ejercido por el empresario mediante mecanismos tecnológicamente avanzados; las contradicciones en las doctrinas de los diferentes Tribunales de Justicia, principalmente en cuanto hace al control de las cuentas de correo electrónico que la empresa pone a disposición de sus operarios, y la limitación cognitiva impuesta por el cauce procesal elegido para la tramitación de muchos de los litigios planteados muestran un panorama inacabado (y virtualmente inacabable, pues siempre surgirán nuevos problemas al calor de nuevos mecanismos, cada vez más sofisticados, de control), en el que es difícil encontrar soluciones seguras.

---

## Sumario:

---

1. La reconfiguración de los poderes de dirección y control del empresario a la luz de las nuevas tecnologías.
2. El poder de control tecnológico: límites de hecho.
3. El poder de control tecnológico: límites de derecho.
  - 3.1. La consideración de los derechos fundamentales clásicos en la valoración de los medios de control por –o sobre– los medios técnicos.
    - 3.1.1. La doctrina general del Tribunal Constitucional sobre los medios tecnológicos de control empresarial; a propósito de la videovigilancia.
    - 3.1.2. Elenco de problemas particulares sobre otras formas de control tecnológicas.
  - 3.2. Una nota final: la necesaria (y hasta ahora en muchos casos eludida) ponderación del derecho a la autodeterminación informativa.
4. A modo de breve conclusión.

**NOTA:** El presente trabajo ha sido realizado en el marco dado por el proyecto de investigación titulado *Relaciones Laborales y de Seguridad Social en su dimensión futura: nuevos retos para el siglo XXI*, financiado por la Junta de Castilla y León (Clave Orgánica M-41. Referencia LE-39/04).

## 1. LA RECONFIGURACIÓN DE LOS PODERES DE DIRECCIÓN Y CONTROL DEL EMPRESARIO A LA LUZ DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS

Como bien es sabido, la celebración del contrato de trabajo otorga al empresario un poder de dirección para ordenar las prestaciones debidas y asegurar así el normal funcionamiento de la empresa <sup>1</sup>, del cual derivan, a su vez, un amplio –aun cuando limitado desde diversos puntos de vista <sup>2</sup>– haz de facultades; entre otras, y por cuanto ahora importa, la posibilidad del empresario para adoptar «las medidas que estime más oportunas 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» (art. 20.3 ET).

En síntesis, este poder de control –complemento indispensable del de dirección <sup>3</sup>–, pese a conceder un amplísimo –quizá demasiado generoso <sup>4</sup>– margen de actuación al empresario <sup>5</sup>, trae aparejados, de un lado, el deber de utilizar medios respetuosos con los derechos fundamentales del trabajador –pues, sin duda, tales aparecen comprendidos en el amplio y genérico concepto de dignidad humana aludido por el precepto <sup>6</sup>–; de otro, la necesidad de circunscribir la actividad de control –salvo excepciones justificadas– a la comprobación de aquellas cuestiones estrictamente vinculadas con la prestación de trabajo <sup>7</sup>.

<sup>1</sup> Por clásico, MONTOYA MELGAR, A.: *El poder de dirección del empresario*, Madrid (IES), 1965, págs. 44 y ss. o, del mismo autor y más reciente, «El poder de dirección del empresario», *REDT*, núm. 100, 2000, págs. 507 y ss. También, ROMÁN DE LA TORRE, M.ª D.: *Poder de dirección y contrato de trabajo*, Valladolid (Grapheus), 1992, pág. 351 o RIVERO LAMAS, J.: «Artículo 20. Dirección y control de la actividad laboral», en AA.VV.: (MONEREO PEREZ, J.L., Coord.): *Comentario al Estatuto de los Trabajadores*, Granada (Comares), 1998, pág. 314.

<sup>2</sup> Por todos, LUQUE PARRA, M.: *Los límites jurídicos de los poderes empresariales*, Barcelona (Bosch), 1999, págs. 16 y ss.

<sup>3</sup> Como reconocen GOÑI SEIN, J.L.: *El respeto de la esfera privada del trabajador*, Madrid (Civitas), 1989, pág. 109; DE VICENTE PACHES, F.: *El derecho del trabajador al respeto de su intimidad*, Madrid (CES), 1998, págs. 299 y ss. o MIÑARRO YANINI, M.: «Las facultades empresariales de vigilancia y control en las relaciones de trabajo», *TS*, núm. 158, 2004, pág. 8.

<sup>4</sup> Según indican VALDÉS DAL-RÉ, F.: «Poderes del empresario y derechos de la persona del trabajador», *RL*, T. I, 1990, págs. 284 y ss.; GOÑI SEIN, J.L.: *El respeto de la esfera privada del trabajador*, cit., págs. 184 y ss. o FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.ª F.: «Libertad ideológica y prestación de servicios», *RL*, núm. 7, 1985, págs. 421 y ss.

<sup>5</sup> MONTOYA MELGAR, A.: «El poder de dirección del empresario», cit., pág. 510; en el mismo sentido, entre otros, DEL VALLE MUÑOZ, J.M.: «El derecho a la intimidad del trabajador durante la relación de trabajo», *AL*, núm. 39, 1991, págs. 492 y ss.

<sup>6</sup> DE VICENTE PACHES, F.: *El derecho del trabajador al respeto de su intimidad*, cit., pág. 301; GARCÍA NINET, J.I. y VICENTE PALACIO, A.: «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 degradación?», *AS*, T. IV, 1999, págs. 687 y ss.; FERNÁNDEZ VILLAZÓN, L.A.: *Las facultades empresariales de control de la actividad laboral*, Pamplona (Aranzadi), 2003, págs. 34 y ss. y 61 y ss. o SAMPEDRO GULLÓN, V.: «Facultades empresariales de vigilancia y control en el centro de trabajo», *TS*, núm. 160, 2004, pág. 14.

<sup>7</sup> GOÑI SEIN, J.L.: *El respeto de la esfera privada del trabajador*, cit., págs. 109 y ss. o DE VICENTE PACHES, F.: *El derecho del trabajador al respeto de su intimidad*, cit., pág. 301. No obstante, no resulta fácil separar entre la persona del trabajador y las implicaciones derivadas de la prestación por él realizada. MARTÍNEZ FONS, D.: *El poder de control del empresario en la relación laboral*, Madrid (CES), 2002, pág. 54 o MIÑARRO YANINI, M.: «Las facultades empresariales de vigilancia y control en las relaciones de trabajo», cit., pág. 9.

Sin duda, la introducción de las nuevas tecnologías en la empresa, además de cambiar de forma sustancial los modos y modelos de trabajo y producción <sup>8</sup>, presenta en su influencia sobre el poder de dirección el punto «más vistoso» <sup>9</sup>, habida cuenta aquéllas están habilitando –cada vez más– medios sofisticados capaces de «intensificar» <sup>10</sup> de forma decisiva –y en muchos casos hasta más allá de lo lícito– las posibilidades empresariales <sup>11</sup>.

El control presencial, caracterizado por la coincidencia espacio/temporal de empresario y trabajador, forma parte del «pasado artesanal» <sup>12</sup> del Derecho del Trabajo y está cediendo paso con rapidez al «control tecnológico» <sup>13</sup>, con lo cual aquél «periférico, discontinuo y parcial realizado por la jerarquía humana (deja paso a) uno centralizado y objetivo que se verifica en tiempo real» <sup>14</sup> pero, al tiempo, deja –o puede dejar– un rastro perenne en la «memoria» de la máquina <sup>15</sup>.

En este sentido, resulta preciso constatar cómo, de entre los diversos medios de control que las nuevas tecnologías permiten, uno de los más precisos y utilizados viene dado, sin duda, por aquél ejercido a través de la información obtenida mediante técnicas de elaboración de datos, mediante las cuales el empresario puede obtener y sistematizar informaciones, laborales o no, relativas a la persona del trabajador, remontándose desde los actos más banales hasta sus más íntimos secretos (afiliación sindical o política, credo religioso, estado de salud...) y retomar tales informaciones cuando sea necesario adoptar una decisión sobre el trabajador, posibilitando así algunas de las más deleznable discriminaciones reprobadas por el ordenamiento jurídico <sup>16</sup>.

- 
- <sup>8</sup> FULLER, S.; HARTMAN, A. y RAMAN, S.: «Bell meets Taylor: desmythifying Knowledge work», en ORLIKOWSKI, W.J., *et alii: Information technology and changes in organizational work*, Londres (Chapman & Hall), 1996, pág. 18; ADDISON, J.T. y TEIXEIRA, P.: «Technology, employment and wages», *Labour*, Vol. 15, núm. 2, 2001, págs. 191 y ss. o BROWN, C. y CAMPBELL, B.A.: «The impact of Technological change on work and wages», *Industrial Relations*, Vol. 41, núm. 1, 2002, págs. 1 a 33.
- <sup>9</sup> PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: *Nuevas tecnologías y relación de trabajo*, Valencia (Tirant lo Blanch), 1990, pág. 72 o SEMPERE NAVARRO, A.V. y SAN MARTIN MAZZUCONI, C.: *Nuevas tecnologías y Relaciones Laborales*, Pamplona (Aranzadi), 2002, págs. 42 y ss.
- <sup>10</sup> NAPIER, B.: «Computeritiation and employment rights», *Industrial Law Journal*, Vol. 21, núm. 1, 1992, págs. 2 y ss. o BROWN, C. y CAMPBELL, B.A.: «The impact of Technological change on work and wages», *Industrial Relations*, Vol. 41, núm. 1, 2002, págs. 3 y ss.
- <sup>11</sup> MARTÍNEZ FONS, D.: *El poder de control del empresario en la relación laboral*, cit., pág. 54.
- <sup>12</sup> CASAS BAAMONDE, M.<sup>a</sup> E.; BAYLOS GRAU, A. y ESCUDERO RODRÍGUEZ, R.: «El Estatuto de los Trabajadores. Diez años después: pervivencias, insuficiencias, desviaciones y reformas», *RL*, núms. 6-7, 1990, págs. 139 y ss.
- <sup>13</sup> CHILD, J.: «Managerial strategies, new technology and the labour process», en AA.VV.: *Tools dressing: critical perspectives on the labour process*, Aldershot (Grower), 1986, pág. 127 o DAWSON, P.M.: *Computer technology and the redefinition of supervision*, Southampton (University of Southampton), 1986, págs. 40 y ss.
- <sup>14</sup> PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: *Nuevas tecnologías y relación de trabajo*, cit., pág. 72.
- <sup>15</sup> EDWARDS, R.: *The transformation of the workplace; debates on the labour process*, Londres (McMillan), 1993, págs. 38 y ss.
- <sup>16</sup> FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J. y RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: *Utilización y control de datos laborales automatizados*, Madrid (APD), 1997, pág. 82 y CARDONA RUBERT, M.<sup>a</sup> B.: *Informática y contrato de trabajo*, Valencia (Tirant lo Blanch), 1999, págs. 66 y ss.

De esta manera, la actividad del trabajador y las informaciones sobre su actividad constituyen un «todo indisoluble»<sup>17</sup>, permitiendo un control «total»<sup>18</sup> –o, al menos, «tendente a la totalidad»<sup>19</sup>– de la actuación del operario en la empresa –y aun fuera de ella, doquiera el empresario– y, a la postre, la elaboración de todo tipo de informes o perfiles –según las necesidades del caso– acerca no sólo de sus caracteres profesionales sino también, en última instancia, de su propia faceta personal<sup>20</sup>.

Quien se sabe así vigilado pierde, evidentemente, las más elementales capacidades de organizar el trabajo propio con unos mínimos márgenes de iniciativa y queda sometido a una presión difícilmente soportable, capaz de poner en peligro evidente su propio equilibrio físico-psíquico<sup>21</sup> (lo cual, vulnera alguna de las más elementales obligaciones de protección inherentes al contrato de trabajo *ex art. 14 LPRL*), forzándole, en último término, a cambiar de forma radical su conducta para tratar de adaptarla al estándar del controlador del rendimiento<sup>22</sup>.

Al aumentar la potencialidad del poder de vigilancia y limitar la capacidad de desenvolvimiento del trabajador, sujetándola a secuencias de trabajo densas y estrictas, la tecnificación de la empresa eleva la posición empresarial a un estadio superior al derivado de su mero poder de dirección<sup>23</sup>, «e introducen un elemento nuevo en el sinalagma contractual capaz de provocar la ruptura

- <sup>17</sup> GAETA, L.: «La dignidad del trabajador y las perturbaciones de la innovación», en AA.VV. (APARICIO TOVAR, J. y BAYLOS GRAU, A., Dirs.): *Autoridad y democracia en la empresa*, Madrid (Trotta), 1992, pág. 68.
- <sup>18</sup> LLOYD, I.J.: *Legal aspects of the information society*, Londres (Butterworths), 2000, pág. 41; SCARBROUG, H. y CORBETT, J.M.: *Technology and organization (Power; meaning and desing)*, Londres (Routledge), 1992, pág. 29; LINOWES, D.F. y SPENCER, R.C.: «Privacy: the workplaces issues of the 90's», *Marshall Law Review*, Vol. 23, 1990, págs. 610 y ss.; FLANAGAN, J.A.: «Restricting electronic monitoring in the private workplace», *Duke Law Journal*, Vol. 43, 1994, págs. 1.262 y ss.; ROEL, R.E.: «Injured by big brother? Study shows monitored workers get hurt more», *Newsday*, 5 octubre, 1990, pág. 49 o DWORKIN, T.M.: «Protecting private employees from enchaced monitoring: legislative aproches», *American Bussiness Law Journal*, Vol. 28, 1990, pág. 759.
- <sup>19</sup> MCGRATH, J.E.: *Loving big brother: performance, privacy and surveillance space*, Londres/Nueva York (Routledge), 2004, pág. 47; ANTON, G. y WARD, J.J.: «Every breath you take: employee privacy rights in the workplace; an orwellian prophecy come true?», *Labor Law Journal*, Vol. 49, núm. 3, 1998, págs. 897 y ss. y O'BRIEN, C.N.: «The impact of employer e-mail policies on employee rights to engage in concerted activities protected by the National Labor Relations Act», *Labor Law Journal*, Vol. 53, núm. 2, 2002, págs. 69 y ss.
- <sup>20</sup> FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J. y RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: *Utilización y control de datos laborales automatizados*, cit., pág. 82.
- <sup>21</sup> LINOWES, D.F. y SPENCER, R.C.: «Privacy: the workplaces issues of the 90's», *Marshall Law Review*, Vol. 23, 1990, págs. 610 y ss.; FLANAGAN, J.A.: «Restricting electronic monitoring in the private workplace», *Duke Law Journal*, Vol. 43, 1994, págs. 1.262 y ss.; ROEL, R.E.: «Injured by big brother? Study shows monitored workers get hurt more», *Newsday*, 5 octubre, 1990, pág. 49 o DWORKIN, T.M.: «Protecting private employees from enchaced monitoring: legislative aproches», *American Bussiness Law Journal*, Vol. 28, 1990, pág. 759. Con todo, no falta quien pone de manifiesto cómo resulta todavía más estresante para el trabajador aquel otro tipo de control que, pudiendo ser continuo y completo, se efectúa de forma aleatoria y discontinua; GRANT, R.: «Work monitored electronically», *HR Magazine*, núm. 5, Vol. 37, 1992, págs. 83 y ss.
- <sup>22</sup> BAETHGE, M. y OBERBECK, H.: *Nuevas tecnologías y perspectivas profesionales de la gerencia empresarial*, Madrid (MTSS), 1995, págs. 243-247 o RAMOS LUJÁN, H.V.: «La intimidad de los trabajadores y las nuevas tecnologías», *RL*, núm. 17, 2003, págs. 45 y ss.
- <sup>23</sup> ANTON, G. y WARD, J.J.: «Every breath you take: employee privacy rights in the workplace; an orwellian prophecy come true?», *Labor Law Journal*, Vol. 49, núm. 3, 1998, págs. 897 y ss. o BROWN, C. y CAMPBELL, B.A.: «The impact of Technological change on work and wages», cit., págs. 11 y ss.

en el necesario equilibrio de intereses»<sup>24</sup> y de poner en peligro de manera evidente derechos fundamentales («inespecíficos»<sup>25</sup>) de la persona del trabajador, especialmente los de dignidad e intimidad, en sus versiones clásicas, pero también el de nuevo cuño de libertad informática<sup>26</sup>.

*Item* más, este profundo impacto del que se viene dando cuenta ha dejado sentir sus efectos no ya sólo en la gran empresa –verdadero Leviatán moderno capaz de ser equiparada al más incisivo de los Estados<sup>27</sup>–, sino también, y debido al abaratamiento de costes y la sustancial mejora derivada de su aplicación, en la pequeña y mediana<sup>28</sup>, creando una situación «panóptica»<sup>29</sup>– en la cual todo puede ser controlado y registrado –pasando con rapidez de la llamada «Sociedad de la Información» a la más preocupante «Sociedad de la Vigilancia»<sup>30</sup>–, lo cual hacer surgir serios riesgos para quienes de alguna manera entran en contacto con su ciclo normal de actividad, principalmente sus clientes (reales o potenciales), sus proveedores y, con carácter central por cuanto a este estudio ocupa, sus trabajadores asalariados<sup>31</sup>.

Semejante urdimbre tecnológica ha complicado en buena medida el desenvolvimiento de las relaciones laborales, dibujando un panorama que dista mucho de aquel otro cuya referencia venía dada por la concentración de trabajadores en la fábrica sobre el cual fueron asentados los cimientos del incipiente Derecho del Trabajo en los albores de la Edad Contemporánea.

La escasez de la normativa legal en este punto, unida al rapidísimo crecimiento y desarrollo de nuevas formas de control amparadas en las tecnologías de la información y la comunicación<sup>32</sup>, han provocado que sean los Tribunales quienes queden abocados a establecer pautas de adecuación

<sup>24</sup> FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J. y RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: *Utilización y control de datos laborales automatizados*, cit., pág. 87.

<sup>25</sup> Por usar la afortunada terminología de PALOMEQUE LÓPEZ, M.C.: *Los derechos laborales en la Constitución española*, Madrid (CEC), 1991, págs. 31-33.

<sup>26</sup> GOÑI SEIN, J.L.: *El respeto de la esfera privada del trabajador*, cit., págs. 97 y ss.; FERNÁNDEZ VILLAZÓN, L.A.: *Las facultades empresariales de control de la actividad laboral*, cit., págs. 96 y ss. o MARTÍNEZ FONS, D.: *El poder de control del empresario en la relación laboral*, cit., pág. 54.

<sup>27</sup> LLOYD, I.J.: *Legal aspects of the information society*, Londres (Butterworths), 2000, pág. 240.

<sup>28</sup> MARTÍNEZ LÓPEZ, F.J.; LUNA HUERTAS, P.; INFANTE MORO, A. y MARTÍNEZ LÓPEZ, L.: «Los sistemas de control de la actividad laboral mediante las nuevas tecnologías de la información y las comunicaciones», *RL*, núm. 12, 2003, pág. 109.

<sup>29</sup> MERCADER UGUINA, J.R.: «Derechos fundamentales de los trabajadores y nuevas tecnologías: ¿hacia una empresa panóptica?», *RL*, núm. 10, 2001, pág. 11. Es sin duda por esta razón (que no sea ya sólo un ente único como es el Estado quien amenaza con controlar la privacidad de las personas, sino también la empresa, grande y pequeña, por lo que se ha dicho que el problema del control a través del tratamiento de datos personales no «evoca tanto al Gran Hermano de George ORWELL, como al *Panopticon* de Jeremy BENTHAM, donde hay muchos sujetos públicos y privados que pueden ver a todos sin ser vistos. Nace un control asimétrico muy peligroso para los ciudadanos de a pie», RODOTA, S.: «Tecnología y derechos fundamentales», *Datos personales.org. Revista de la Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid*, núm. 8, 2004, págs. 1 y 2.

<sup>30</sup> FLAHERTHY, D.H.: «The emergence of surveillance societies in the Western World», *Government Information Quarterly*, Vol. 5, 1998, pág. 377 o FINDLAY, P. y MCKINLAY, A.: «Surveillance, electronic communications technologies and regulation», *Industrial Relations Journal*, Vol. 34, núm. 4, 2003, págs. 305 y ss.

<sup>31</sup> MCGRATH, J.E.: *Loving big brother: performance, privacy and surveillance space*, Londres/Nueva York (Routledge), 2004, págs. 23 y ss.

<sup>32</sup> ANTON, G. y WARD, J.J.: «Every breath you take: employee privacy rights in the workplace; an orwellian prophecy come true?», cit., págs. 897 y ss. o MCGRATH, J.E.: *Loving big brother: performance, privacy and surveillance space*, cit., pág. 47.

entre estos nuevos sistemas y los derechos fundamentales (inespecíficos), con lo cual «la criticable imprecisión legislativa obliga a una labor creadora, *quasi* legislativa, de los tribunales, capaz de propiciar, en ocasiones, notables contradicciones, lo cual provocará, a la postre, un notable grado de inseguridad jurídica»<sup>33</sup>, pero será «a partir de tales pronunciamientos de donde se pueda empezar a construir cualquier doctrina general, *a posteriori*, de las consecuencias hacia las causas»<sup>34</sup>.

## 2. EL PODER DE CONTROL TECNOLÓGICO: LÍMITES DE HECHO

Conforme consta, la incorporación de las nuevas tecnologías a la dinámica de la relación laboral ha cambiado de manera drástica su desarrollo<sup>35</sup>, no sólo –aunque también–, en cuando afecta a los aspectos productivos –verdadera «razón de ser» de toda innovación tecnológica<sup>36</sup>–, sino además en lo tocante a la gestión del personal y la organización productiva<sup>37</sup> y, en particular y por cuanto ahora importa, al control ejercido sobre la conducta de los trabajadores desde claves cercanas a un nuevo concepto de «tecnoproduktividad»<sup>38</sup>.

Las nuevas tecnologías de la información «han venido para quedarse»<sup>39</sup> y representan un factor insustituible en el actual marco competitivo de la denominada sociedad postindustrial<sup>40</sup>. Ahora bien, como toda invención del discurrir humano, presentan «cargas ambivalentes»<sup>41</sup>, en tanto en cuanto, además de un uso legítimo y utilísimo, a través suyo pueden darse –y, de hecho se dan– las más viles y deplorables acciones<sup>42</sup>.

<sup>33</sup> SALA FRANCO, T.: «El derecho a la intimidad y a la propia imagen y las nuevas tecnologías de control laboral», en AA.VV. (BORRAJO DACRUZ, E., Dir.): *Trabajo y libertades públicas*, Madrid (La Ley), 1999, pág. 205.

<sup>34</sup> DEL REY GUANTER, S.: «Derechos de la persona del trabajador y contrato de trabajo: notas para una teoría general», cit., pág. 30.

<sup>35</sup> FULLER, S.; HARTMAN, A. y RAMAN, S.: «Bell meets Taylor: desmythifying Knowledge work», en ORLIKOWSKI, W.J., *et alii*: *Information technology and changes in organizational work*, cit., pág. 18; ADDISON, J.T. y TEIXEIRA, P.: «Technology, employment and wages», cit., págs. 191 y ss. o BROWN, C. y CAMPBELL, B.A.: «The impact of Technological change on work and wages», cit., págs. 1 a 33.

<sup>36</sup> ALARCÓN CARACUEL, M.R.: «La informatización y las nuevas formas de trabajo», en AA.VV. (ALARCÓN CARACUEL, M.R. y ESTEBAN LEGARRETA, R., Coords.): *Nuevas tecnologías de la información y la comunicación y Derecho del Trabajo*, Albacete (Bomarzo), 2004, pág. 10.

<sup>37</sup> BORRAJO DACRUZ, E.: «El impacto de las nuevas tecnologías y medios informáticos en la relación de trabajo», *AEDIPE*, 1984, págs. 32 y ss.; PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: *Nuevas tecnologías y relación de trabajo*, cit., págs. 19 y ss.; PRADAS MONTILLA, R.: «Organización del trabajo y nuevas tecnologías», *DL*, núm. 53, 1997, págs. 13 y ss.; CAVAS MARTÍNEZ, F.: «Reflexiones sobre el trabajo y su papel en la actual sociedad de la información», *AS*, núm. 10, 2004, págs. 23 y ss.; CAMAS RODA, F.: «La intimidad y la vida privada del trabajador ante las nuevas modalidades de control y vigilancia de la actividad laboral», en AA.VV. (ALARCÓN CARACUEL, M.R. y ESTEBAN LEGARRETA, R., Coords.): *Nuevas tecnologías de la información y de la comunicación y Derecho del Trabajo*, Albacete (Bomarzo), 2004, págs. 161 y ss. o RUANO ALBERTOS, S.: «Facultades de control por medios informáticos», *TS*, núm. 162, 2004, pág. 26.

<sup>38</sup> MARTÍNEZ LÓPEZ, F.J.; LUNA HUERTAS, P.; INFANTE MORO, A. y MARTÍNEZ LÓPEZ, L.: «Los sistemas de control de la actividad laboral mediante las nuevas tecnologías de la información y las comunicaciones», *RL*, núm. 12, 2003, pág. 96.

<sup>39</sup> CAPRON, H.L. y JOHNSON, J.A.: *Computers: tools for an information age*, Upper Sadle River (Prentice Hall), 2004, pág. 223.

<sup>40</sup> LLOYD, I.J.: *Legal aspects of the information society*, cit., pág. 84.

<sup>41</sup> MARTÍNEZ LÓPEZ, F.J.; LUNA HUERTAS, P.; INFANTE MORO, A. y MARTÍNEZ LÓPEZ, L.: «Los sistemas de control de la actividad laboral mediante las nuevas tecnologías de la información y las comunicaciones», cit., pág. 98.

<sup>42</sup> LLOYD, I.J.: *Information technology law*, cit., pág. 37.

*Prima facie* por el empresario, quien verá en ellos no sólo un medio para maximizar beneficios sino también una «mano alargada» para el control absoluto e indiscriminado de los trabajadores<sup>43</sup>. También por los propios empleados, quienes pueden efectuar un uso indebido desde diversos puntos de vista. De un lado, pueden utilizarlos –en tiempo y lugar de trabajo– para fines particulares capaces de distraerlos de sus obligaciones laborales<sup>44</sup>, lo cual, amén de suponer un innegable perjuicio económico para la empresa en forma de tiempo de trabajo perdido –y en consumo telefónico, aun cuando tal problema haya perdido entidad una vez generalizadas las denominadas «tarifas planas» –, puede suponer otro aún mayor en forma de destrucción de información y programas a través de los posibles virus adquiridos por la negligencia o temeridad de quien así haya actuado<sup>45</sup>.

De otro, y en los supuestos más graves, servirse de ellos para cometer los más flagrantes quebrantos de la buena fe contractual, bajo la forma de espionaje industrial, cuya comisión puede quedar facilitada de forma decisiva por unos medios capaces de trasvasar, de forma tan rápida como silenciosa, ingentes cantidades de información desde el interior de la empresa a cualquier lugar del mundo de forma instantánea<sup>46</sup>.

El panorama queda pues abierto a diversos frentes. Un tejido empresarial que, sin mayores miramientos y desde criterios de conveniencia organizativa, ha incorporado –y continúa haciéndolo al creciente ritmo de los avances habidos en la materia– todos los medios tecnológicos e informáticos, los cuales no cuentan aún, entre otras deficiencias, con un marco jurídico laboral propio, algo capaz de abocar, además de a la inseguridad jurídica propia de los pantanosos terrenos de la novedad, a un constante conflicto entre quien decide instalar los medios y quien debe utilizarlos de forma regular en –o con ocasión de– la prestación de su trabajo, sabiéndose por ellos controlados y, a la vez, y al menos en principio, quedándole vedado su uso extralaboral<sup>47</sup>.

Un cuerpo de trabajadores a la vez sometidos al uso de la herramienta informatizada –debiendo continuamente reciclarse para alcanzar y, en su caso, no perder una adecuada capacitación profesional–, y seducidos por sus potencialidades, a partir de las cuales les será ciertamente difícil renunciar a la posibilidad –lícita o no, según la tolerancia empresarial predeterminada– de utilizarla adaptándola a sus fines particulares<sup>48</sup>.

<sup>43</sup> ANTON, G. y WARD, J.J.: «Every breath you take: employee privacy rights in the workplace; an orwellian prophecy come true?», cit., págs. 897 y ss. y McGRATH, J.E.: *Loving big brother: performance, privacy and surveillance space*, cit., pág. 33.

<sup>44</sup> Un 60% de quienes disponen de Internet en su lugar de trabajo reconocen haberlo usado para fines personales durante el horario de trabajo, principalmente para el intercambio de *e-mails* particulares, búsquedas en páginas de contenido sexual y acceso a programas de intercambio de temas musicales. *UCLA Internet Report*, 2001.

<sup>45</sup> CARDONA RUBERT, M.ª B.: «Relaciones laborales y tecnologías de la información y de la comunicación», *Revista de la Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid*, núm. 9, 2004, pág. 3.

<sup>46</sup> THORP, J.: *The information paradox: realizing the business benefits of the information technology*, Toronto (McGraw-Hill Ryerson), 2003, págs. 32 y ss.; CANTWELL, J. y NARULA, R.: *International business and the eclectic paradigm*, Londres/Nueva York, 2003, págs. 21 y ss. o ZEKOS, G.: «Cyberspace and globalization», *Law, Social Justice and Global Development Journal*, núm. 1, 2002, pág. 4.

<sup>47</sup> WHITFIELD, K.: «High-performance workplaces, training and the distribution of skills», *Industrial Relations*, Vol. 39, núm. 1, 2000, págs. 3 y ss.

<sup>48</sup> O'BRIEN, C.N.: «The impact of employer e-mail policies on employee rights to engage in concerted activities protected by the National Labor Relations Act», *Labor Law Journal*, Vol. 53, núm. 2, 2002, págs. 69 y ss.

Unos representantes de los trabajadores, en fin, llamados a jugar –en éste como en cualquier otro tema donde haya intereses profesionales de quienes prestan servicios por cuenta ajena– un papel estelar de fiscalización de la actuación empresarial y, correlativamente, de negociación en busca de soluciones autocompositivas<sup>49</sup>, tareas cuya concreta articulación resultará en cada caso, cuanto menos, complicada<sup>50</sup>.

Semejante descripción de la situación general exige, para su completa concreción, un somero análisis de las posibilidades reales ofrecidas por los medios info-telemáticos en el marco de la empresa, pues sólo así podrá después atenderse con rigor a la respuesta jurídica que tales situaciones merecen<sup>51</sup>. Las vías más frecuentes utilizadas a este último fin, si bien dotadas cada cual de sus perfiles propios, pueden quedar situadas en las siguientes<sup>52</sup>:

1. El control ejercido a través de videovigilancia: es éste el medio más tradicional y habitualmente utilizado, dentro de la novedad relativa intrínseca a todas las formas de control derivadas de las nuevas tecnologías<sup>53</sup>. Básicamente consiste en la instalación de cámaras de vídeo mediante las cuales resultan captadas en imágenes –y también en sonidos– las actividades del trabajador –se supone que prestando servicios en la empresa, aunque en la práctica nada impide, como así ha ocurrido, grabar cualesquiera otras–, lo cual permite su monitorización en tiempo real desde el lugar prefijado, ya dentro de la propia empresa o centro de trabajo, ya, incluso, fuera de ella –virtualmente, desde cualquier parte del mundo con la simple tecnología comprendida en una *webcam* y un programa adecuado–, por el empresario o «persona en quien éste delegue».

Además –y será éste, como luego se verá, un extremo de crucial importancia–, este tipo de mecanismos suelen llevar generalmente incorporado un sistema a partir del cual las imágenes quedan grabadas –esto es, son conservadas y clasificadas de alguna forma conforme a criterios prede-

<sup>49</sup> MARTÍNEZ GARRIDO, L.R.: «Los nuevos sistemas de comunicación electrónica y la representación colectiva de los trabajadores en la empresa», en AA.VV. (FALGUERA BARO, M., Coord.): *Derecho Colectivo*, Madrid (CGPJ), 2003, págs. 285 y ss. o BAYLOS GRAU, A. y VALDÉS DE LA VEGA, B.: «El efecto de las nuevas tecnologías en las relaciones colectivas de trabajo», en AA.VV. (ALARCÓN CARACUEL, M.R. y ESTEBAN LEGARRETA, R., Coords.): *Nuevas tecnologías de la información y la comunicación y Derecho del Trabajo*, Albacete (Bomarzo), 2004, págs. 121 y ss.

<sup>50</sup> GREENE, A.M.; HOGAN, J. y GRIECO, M.: «Commentary e-collectivism and distributed discourse: new opportunities for trade union democracy», *Industrial Relations Journal*, Vol. 34, núm. 4, 2003, págs. 382 y ss. o FIORITO, J. y BASS, W.: «The use of information technology by national unions: an exploratory analysis», *Industrial Relations*, Vol. 41, núm. 1, 2002, págs. 34 y ss.

<sup>51</sup> SIMITIS, S.: «Developments in the protection of workers personal data», *Contitions of Work Digest*, Vol. 10, 1991, págs. 7 y ss. o McGRATH, J.E.: *Loving big brother: performance, privacy and surveillance space*, cit., págs. 43 y ss.

<sup>52</sup> Siguiendo el esquema técnico fijado por MARTÍNEZ LÓPEZ, F.J.; LUNA HUERTAS, P.; INFANTE MORO, A. y MARTÍNEZ LÓPEZ, L.: «Los sistemas de control de la actividad laboral mediante las nuevas tecnologías de la información y las comunicaciones», cit., págs. 100 y ss.

<sup>53</sup> Como reconocen unánimemente GOÑI SEIN, J.L.: *El respeto de la esfera privada del trabajador*, cit., págs. 140 y ss.; DE VICENTE PACHES, F.: *El derecho del trabajador al respeto de su intimidad*, cit., pág. 323; SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C.: «Videocámaras y poder de vigilancia», *AS*, núm. 19, 2000, págs. 74 y ss.; LÓPEZ PARADA, R.: «Análisis jurisprudencial acerca de la instalación por el empresario de sistemas de videovigilancia en el lugar de trabajo», *Información Laboral Jurisprudencial*, núm. 9, 2000, págs. 12 y ss. o MARTÍNEZ FONS, D.: «El poder de control empresarial ejercido a través de medios audiovisuales en la relación de trabajo», *RL*, núm. 4, 2002, págs. 11 y ss.

terminados, usualmente temporales, pero siendo posibles cualesquiera otros— en cintas de vídeo o bancos de memoria digital a partir de los cuales poder visionar con posterioridad el exacto fragmento de interés y, en su caso y si procede, poder ser aportado como pretendida prueba a efectos de acreditar un hipotético incumplimiento contractual del trabajador <sup>54</sup>.

Con ser una invención relativamente antigua —para cuanto suele ser norma en este tipo de medios tecnológicos—, la evolución de tales sistemas de captación de la imagen y el sonido en los últimos años ha sido espectacular, permitiendo, por ejemplo, el desarrollo de videocámaras tan pequeñas como para pasar absolutamente inadvertidas <sup>55</sup> —tanto a los trabajadores como a sus representantes, facilitando el incumplimiento de aquel deber empresarial de información respecto a los medios de control adoptados en la empresa <sup>56</sup>—, u otras capaces de entrar en funcionamiento sólo cuando detectan movimiento o irregularidad, pudiendo, si combinadas con adecuados programas informáticos, enviar entonces señales o avisos de variados tipos al centro de control e, incluso y mediante su compresión en archivos AVI o de otra clase, la propia imagen captada, la cual ha podido haber sido optimizada y extractada durante el propio proceso <sup>57</sup>.

Tal medio permite, por tanto, un control exhaustivo de la actividad del trabajador en la empresa, y de muchos trabajadores a la vez por relativamente pocos recursos de control, permitiendo tener conocimiento no sólo de la imagen, sino también del sonido, y habilitando además su conservación indefinida en los bancos de la empresa, creando, al tiempo, una suerte de psicosis entre quien así se sabe permanentemente vigilado —real o potencialmente— en su lugar y durante toda su jornada de trabajo <sup>58</sup>, algo que, sin duda, excede de los cánones que una persona razonable estaría dispuesto a soportar <sup>59</sup>.

2. Controles de acceso y localización en la empresa —y aún fuera de ella—: la creciente informatización de los edificios —metafóricamente llamados «inteligentes» <sup>60</sup>—, también de los centros de trabajo, permite ofrecer a sus inquilinos o usuarios las más variadas facilidades <sup>61</sup>, pero, al tiempo,

<sup>54</sup> FLANAGAN, J.A.: «Restricting electronic monitoring in the private workplace», cit., págs. 1.262 y ss.; DWORKIN, T.M.: «Protecting private employees from enchanced monitoring: legislative aproches», cit., pág. 759 o GRANT, R.: «Work monitored electronically», cit., págs. 83 y ss.

<sup>55</sup> WHITFIELD, K.: «High-performance workplaces, training and the distribution of skills», *Industrial Relations*, Vol. 39, núm. 1, 2000, págs. 3 y ss.

<sup>56</sup> MELLO, J.A.: «Salts, Lies and videotape: union organizing efforts and management's response», *Labor Law Journal*, Vol. 17, 2004, págs. 42 y ss.

<sup>57</sup> OLIVER, H.: «E-mail and Internet monitoring in the workplace: information privacy and contracting-out», *Industrial Law Journal*, Vol. 31, núm. 4, 2002, págs. 321 y ss.

<sup>58</sup> A esta situación no falta quien le ha atribuido la calificación de «verdadero gulag», LÓPEZ PARADA, R.: «Análisis jurisprudencial acerca de la instalación por el empresario de sistemas de videovigilancia en el lugar de trabajo», cit., pág. 16.

<sup>59</sup> FINKIN, M.W.: «The Kenneth M. Lecture: employee privacy, american values and the Law», *Chicago-Kent Law Review*, Vol. 72, 1996, págs. 226 y ss.; KING, D.N.: «Privacy issues in the private-sector workplace: protection from electronic surveillance and emerging privacy gap», *California Law Review*, Vol. 67, 1994, págs. 474 y ss. o OLIVER, H.: «E-mail and Internet monitoring in the workplace: information privacy and contracting-out», *Industrial Law Journal*, Vol. 31, núm. 4, 2002, págs. 321 y ss.

<sup>60</sup> GUPTA, J.N. y SHARMA, S.K.: *Intelligent enterprises of the 21<sup>st</sup> century*, Londres (Idea Group), 2003, págs. 23 y ss. o LEONDES, C.T.: *Intelligent systems: technology and applications*, Londres (CRC Press), 2003, pág. 50.

<sup>61</sup> IGBARIA, M. y TAN, M.: *The virtual workplace*, Londres (Idea Group), 1998, pág. 35.

faculta para obtener un conocimiento bastante exacto de cuanto en ellos está sucediendo, sin tener que recurrir inexorablemente a los sistemas de captación de imágenes y sonidos mediante el procedimiento descrito con anterioridad <sup>62</sup>.

Dichos controles de acceso –también a la par, autorizaciones de acceso– a edificios a través de tarjetas personales con identificación codificada permiten obtener –si incorporados a través de un sencillo *software* a una red controlada desde un ordenador central– completa información acerca de las entradas y salidas del lugar de trabajo e, incluso, de los movimientos dentro del propio centro de unas unidades o sectores a otros, permitiendo la localización inmediata del trabajador doquiera se encuentre <sup>63</sup>.

Tal información, por supuesto, queda oportunamente registrada en el ordenador a partir del cual se instrumenta el sistema, y así se puede verificar exactamente la hora de la entrada y salida del trabajador a su lugar de prestación de servicios –con el consiguiente cálculo del tiempo exacto de presencia–, pero también el número de veces y espacio de tiempo en el cual se ha ausentado e, incluso, el motivo de la propia ausencia, al permitir constatar cuántas veces el trabajador ha accedido, por ejemplo, a la cafetería, al cuarto de baño o al local destinado a la representación unitaria o sindical, con todas las implicaciones de tal conocimiento derivadas <sup>64</sup>.

La información así obtenida puede llegar a ser ilimitada si se pone en relación con la conseguida a partir de otro tipo de controles dentro de la propia empresa. Así, es posible instalar instrumentos para verificar –y registrar– el número de veces en que se ha usado la cadena en el cuarto de baño o el dosificador de jabón ha sido pulsado..., extremos que, si combinados con los de acceso de un concreto trabajador al excusado, permiten constatar la finalidad real de un desplazamiento desde el puesto de trabajo hasta los lavabos (v. gr., fumar un cigarrillo o, simplemente, hacer una pausa disimulada).

Mecanismos similares y tan variados como se quiera pueden ser instalados en la empresa o centro de trabajo con las más variadas –y, en principio, lícitas– finalidades y, en último término, ser utilizados subsidiariamente como mecanismos indirectos de control de los trabajadores <sup>65</sup>. Sirvan como ejemplo los frecuentes reguladores de temperatura o humo, ordenados en principio al fin legítimo de verificar el adecuado estado del centro de trabajo y adaptarlo (mediante la activación automática y preestablecida del aire acondicionado, calefacción o extractor de humos) para optimizar las condiciones, pero, en último término, revelan también la presencia de trabajadores y su comporta-

<sup>62</sup> WHITFIELD, K.: «High-performance workplaces, training and the distribution of skills», *Industrial Relations*, Vol. 39, núm. 1, 2000, págs. 7 y ss. o DUANE, E.L. y GIFFORD, K.D.: «Workplace transformation and worker upskilling: the perspective of individual workers», *Industrial Relations*, Vol. 38, núm. 2, 1999, págs. 174 y ss.

<sup>63</sup> CONLON, K.J.: «Privacy in the workplace», *Labor Law Journal*, Vol. 48, núm. 8, 1997, pág. 444.

<sup>64</sup> FRIED, C.: «Perfect freedom or perfect control?», *Harvard Law Review*, Vol. 114, núm. 2, 2000, págs. 606 y ss. o DUANE, E.L. y GIFFORD, K.D.: «Workplace transformation and worker upskilling: the perspective of individual workers», *Industrial Relations*, Vol. 38, núm. 2, 1999, pág. 177.

<sup>65</sup> GUFFEY, C.J. y WEST, J.F.: «Employee privacy: legal implications for managers», *Labor Law Journal*, Vol. 47, núm. 11, 1996, págs. 735 y ss.

miento (repárese, de nuevo, en el ejemplo del tabaco) y, si combinados con otros sistemas de control personal sobre la prestación de trabajo, muestran a las claras otras cuestiones tales como a qué temperaturas los operarios desarrollan más y mejor su actividad o cuándo son más propensos a desconcentrarse y cometer errores, charlar con los compañeros o ausentarse del puesto del trabajo, lo cual permitirá al encargado de organizar la actividad productiva una valiosa información para optimizar los rendimientos del trabajo <sup>66</sup>.

*Item* más, en la instrumentación de estos sistemas de control se incorporan, en ocasiones, los llamados datos biométricos de los sujetos (trabajadores), tales como huellas dactilares, registros de voz, iris o retina, los cuales quedan oportunamente combinados con los sistemas de acceso a los lugares de trabajo a modo de verdaderas claves para permitir la verificación de quien efectivamente entra o sale de la fábrica u oficina y, en su caso, la validación del acceso <sup>67</sup>.

Por otro lado, cabe constatar cómo no existe barrera técnica alguna que impida la proyección de este tipo de control hacia las situaciones ocurridas fuera de la propia sede de la organización productiva cuando el trabajador haya de desplazarse para la realización de su prestación de servicios, por ejemplo, a través de los tradicionales tacógrafos, que revelan las incidencias de la conducción de un determinado vehículo y que algunas normas administrativas exigen para determinados trabajos <sup>68</sup> o de los cada vez más frecuentes sistemas de localización por satélite GPS instalado en el automóvil propiedad de la empresa y utilizado por el trabajador en sus desplazamientos hasta los lugares externos de trabajo <sup>69</sup>.

3. Controles sobre el correo electrónico de los trabajadores: la incorporación del *e-mail* ha sido masiva y «revolucionaria» <sup>70</sup> en el seno de las empresas en los últimos años, habida cuenta constituye un medio rápido, barato y preciso de enviar grandes cantidades de información a cualquier lugar del mundo prácticamente al instante, con el correlativo ahorro de costes varios como papel, sellos o servicios de mensajería y, sobre todo, de tiempo <sup>71</sup>.

A la par, supone notables problemas y riesgos para el empresario. Así, de un lado, es de sobra conocido cómo algunos de los más peligrosos virus informáticos fueron masivamente difundidos –alcanzando incluso repercusión mundial– a través de *e-mails* automáticamente reenviados a toda

<sup>66</sup> GRINT, K.: *The machine at work: technology, work and organization*, Cambridge (Polity Press), 1997, cit., págs. 33 y ss.

<sup>67</sup> RODOTA, S.: «Tecnología y derechos fundamentales», *Datos personales.org. Revista de la Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid*, núm. 8, 2004, págs. 1 y 2 o WALKER, J.P.: «Algunos aspectos sobre la utilización de datos biométricos en el sector privado», *Datos personales.org. Revista de la Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid*, núm. 12, 2004, págs. 1 a 6.

<sup>68</sup> AGUT GARCÍA, C.: «Las facultades empresariales de vigilancia y control sobre útiles y herramientas de trabajo y otros efectos de la empresa», cit., pág. 34.

<sup>69</sup> RAY, J.E.: «Geolocalisation, donness personelles et droit du travail», *Droit Social*, núm. 12, 2004, págs. 1.077 y ss.

<sup>70</sup> MARTÍNEZ LÓPEZ, F.J.; LUNA HUERTAS, P.; INFANTE MORO, A. y MARTÍNEZ LÓPEZ, L.: «Los sistemas de control de la actividad laboral mediante las nuevas tecnologías de la información y las comunicaciones», cit., pág. 106; ALONSO ALBELLA, R.: «El uso del correo electrónico en el lugar de trabajo», *Datos personales.org. Revista de la Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid*, núm. 11, 2004, pág. 1 o CAMAS RODA, F.: «La influencia del correo electrónico y de Internet en el ámbito de las Relaciones Laborales», *RTSS (CEF)*, núm. 224, 2001, págs. 139 y ss.

<sup>71</sup> OLIVER, H.: «E-mail and Internet monitoring in the workplace: information privacy and contracting-out», cit., págs. 321 y ss.

la lista de direcciones de la cuenta a la cual habían accedido <sup>72</sup>, lo cual puede producir la pérdida y destrucción de grandes cantidades de valiosísima información archivada en los discos duros del sistema informático de la empresa, amén del coste económico directo derivado de la reparación (o, incluso, sustitución) del equipo dañado.

De otro, la utilización masiva de este medio como fórmula de reivindicación de las más variadas causas, así como de publicidad, a través de la técnica conocida como *spam*, puede suponer una gran pérdida de tiempo, esfuerzo y capacidad informática cuando gran parte de los correos electrónicos recibidos contuvieran información ni solicitada ni deseada por la empresa <sup>73</sup>.

En fin, a nadie escapa cómo los empleados, además de utilizar este medio para el desempeño de sus tareas profesionales, se ven tentados a hacerlo también para fines personales <sup>74</sup>, mediante mensajes particulares e intercambio de montajes de contenido lúdico que sirven como medio de relación social –e incluso como vía de ofensa a otros compañeros por el carácter sexual de muchos de ellos <sup>75</sup>– y, a la par, suponen un cierto perjuicio empresarial en forma de trabajo perdido y utilización desviada del servidor de la organización productiva <sup>76</sup>.

A los correos electrónicos pueden acceder, sin excesiva complicación técnica –y, en consecuencia, conocer su contenido, salvo la posibilidad de haber sido debidamente encriptado <sup>77</sup>, así como el destinatario y tiempo de entrada o salida del mensaje– todos cuantos los transporten y, repárese de nuevo en el detalle, los almacenen o archiven; también, por supuesto y será un supuesto frecuente, la empresa por cuenta de la cual se realiza la operación, convirtiéndose así en un nuevo medio de control de los trabajadores <sup>78</sup>.

<sup>72</sup> SKOUDIS, E.: *Counter Back: a step by step guide to computer attacks and effective defenses*, Londres (Prentice Hall), 2002, págs. 67 y ss.

<sup>73</sup> El artículo 20.1 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y Comercio, exige que la publicidad comercial realizada a través del correo electrónico lleve en el inicio del mensaje la palabra «publicidad», advirtiendo al destinatario de su contenido y ahorrándole el tiempo de su lectura si no estuviera interesado. «Habría sido más idóneo exigir que el término "publicidad" apareciera en el asunto del mensaje y no al comienzo del mismo, dado que una vez descargado y abierto el mensaje por el usuario la protección de su intimidad es prácticamente inexistente», MARTÍNEZ LÓPEZ, F.J.; LUNA HUERTAS, P.; INFANTE MORO, A. y MARTÍNEZ LÓPEZ, L.: «Los sistemas de control de la actividad laboral mediante las nuevas tecnologías de la información y las comunicaciones», cit., pág. 107.

<sup>74</sup> O'BRIEN, C.N.: «The impact of employer e-mail policies on employee rights to engage in concerted activities protected by the National Labor Relations Act», cit., págs. 69 y ss. y OLIVER, H.: «E-mail and Internet monitoring in the workplace: information privacy and contracting-out», cit., págs. 321 y ss.

<sup>75</sup> ALBERTS, R.J.; TOWNSEND, A.M.; WHITMAN, E. y SEIDMAN, L.H.: «A proposed model policy for managing telecommunications-related sexual harassment in the workplace», *Labor Law Journal*, Vol. 48, núm. 10, 1997, págs. 616 y ss.

<sup>76</sup> COLAS NEILA, E.: «Elementos para la construcción de una teoría general sobre el uso y control del correo electrónico corporativo», en AA.VV. (ALARCÓN CARACUEL, M.R. y ESTEBAN LEGARRETA, R., Coords.): *Nuevas tecnologías de la información y de la comunicación y Derecho del Trabajo*, Albacete (Bomarzo), 2004, págs. 196 y ss. y ALONSO ALBELLA, R.: «El uso del correo electrónico en el lugar de trabajo», *Datos personales.org. Revista de la Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid*, núm. 11, 2004, págs. 1 y ss.

<sup>77</sup> YOUNG, A.: *Malicious cryptography; exposing cryptovirology*, Indianápolis (Willey), 2004, pág. 43.

<sup>78</sup> OLIVER, H.: «E-mail and Internet monitoring in the workplace: information privacy and contracting-out», cit., págs. 321 y ss.

Tal dato, obviamente, está suscitando en todos los ámbitos –incluido el judicial– no pocas dudas y problemas acerca de la legitimidad de tal intromisión en una comunicación personal del trabajador interesado, pero desarrollada en tiempo de trabajo y mediante un elemento propiedad del empresario; entre ellos, no el de menor calado será la de aquella práctica, ya frecuente en la realidad, a partir de la cual el empresario exige, mediante contrato individual o, incluso, a través de convenio colectivo o pacto de empresa, la renuncia expresa del trabajador a la intimidad y secreto de su correo electrónico.

4. Controles incorporados al ordenador del trabajador y/o ejercidos sobre su navegador de Internet: la *World Wide Web*, conocida habitualmente como Internet, se ha convertido vertiginosamente en una herramienta imprescindible, marcando de manera decisiva las nuevas formas de trabajar instaladas en el seno de las empresas <sup>79</sup>.

Una conexión y un simple programa navegador (*browser*) es todo cuanto se necesita para acceder a un volumen de información sin parangón en la historia de la humanidad, el cual, lógicamente, sirve en la dinámica normal de la empresa para saber cuanto se necesite acerca de posibles proveedores (mejores precios, mayores comodidades u ofertas...) y clientes (potenciales o reales), reduciendo a la mínima expresión los costes de información de todo tipo, antes un obstáculo evidente y casi insuperable para la pequeña y mediana empresa <sup>80</sup>.

Ahora bien, de nuevo los riesgos empresariales se presentan evidentes bajo la forma de virus informáticos de todo tipo y utilización de la web para fines particulares por parte del trabajador lo cual provoca un perjuicio a cifrar, no tanto en el gasto que al empresario pudiera ocasionarle –el cual puede llegar a ser despreciable–, sino más bien en la pérdida de horas de trabajo efectivo <sup>81</sup>.

En cualquier caso, una vez más, las posibilidades del empresario para controlar su utilización se presentan tan sencillas como precisas <sup>82</sup>, habida cuenta todos los navegadores de Internet deben contar con una función llamada «historial» en la cual quedan registrados todas las páginas web visitadas por el usuario, así como el número exacto de accesos realizados y su duración precisa, incluida la fecha y hora en la que se produjo <sup>83</sup>.

Además, la LSSI obliga a los proveedores de servicios de Internet a almacenar todos estos datos relacionados con sus usuarios durante un año, a efectos de permitir exclusivamente –no obs-

<sup>79</sup> Por todos, STEINBOCK, D.: *Wireless horizon: strategy and competition in the world wide mobile marketplace*, New York (Amacon), 2003, págs. 11 y ss.; ROGER, J.Y.; STANDFORD-SMITH, B. y KIDD, P.: *Business and work in the information society: new technologies applications*, Oxford/Ámsterdam (los Press Ohmsha), 1999, págs. 45 y ss.; BOCIJ, P. y CHAFFEY, D.: *Business information systems: technology, development and management for e-business*, Harlow (Prentice Hall), 2003, pág. 35 y ORLIKOWSKI, W.J., *et alii: Information technology and changes in organizational work*, cit., pág. 34.

<sup>80</sup> Por todos, GARCÍA VIÑA, J.: «Relaciones laborales e Internet», *RTSS (CEF)*, núm. 223, 2001, pág. 56 o CAMAS RODA, F.: «La influencia del correo electrónico y de Internet en el ámbito de las Relaciones Laborales», cit., págs. 132 y ss.

<sup>81</sup> OLIVER, H.: «E-mail and Internet monitoring in the workplace: information privacy and contracting-out», cit., págs. 321 y ss.

<sup>82</sup> CAMAS RODA, F.: «La influencia del correo electrónico y de Internet en el ámbito de las Relaciones Laborales», cit., págs. 132 y ss.

<sup>83</sup> Explicación amplia y precisa en OLIVER, H.: «E-mail and Internet monitoring in the workplace: information privacy and contracting-out», cit., págs. 321 y ss.

tante lo cual y por mucha que sea la seguridad adoptada por estas empresas, nada descarta el acceso por otros sujetos no autorizados (*hackers*)<sup>84</sup>– el acceso a la autoridad judicial y al ministerio fiscal cuando, en el curso de una investigación, tengan sospechas de la utilización de este mecanismo en la trama delictiva.

Las empresas, en los contratos concertados con sus proveedores de servicios de Internet pueden –y suelen– requerir que les sean facilitadas todas estas referencias estadísticas, para así tener un conocimiento detallado de la actividad desarrollada en su seno, lo cual, en definitiva, se convierte en un mecanismo de control de quienes han usado este instrumento en el desempeño de su trabajo.

*Item* más, sin recurrir al servidor externo, también podrían ser instalados por la propia empresa servicios de monitorización de pantalla y de producción remota a partir de los cuales verificar la utilización del PC utilizado por el trabajador como herramienta de trabajo<sup>85</sup>, a menudo sin posibilidad de ser detectados desde el ordenador en el cual son instalados, lo cual permite, no sólo conocer las páginas web visitadas, sino también, entre otras cosas, los programas utilizados, el contenido de los archivos abiertos o, incluso, aspectos tan nimios pero a la vez tan sutiles como el número de pulsaciones operadas en el teclado o el tiempo durante el cual el equipo ha permanecido apagado o suspendido, permitiendo así un control absolutamente total del trabajador cuyo instrumento de trabajo sea el ordenador<sup>86</sup>. Nada impide procesar tal información, cifrando los tiempos empleados en la realización de tareas para fijar *standards quasi* objetivos de rendimiento, tiempos de trabajo efectivo (y sus correlativos de períodos no trabajados) durante la jornada laboral, etc.<sup>87</sup>.

Por último, y no sólo para controlar, sino también y sobre todo para prevenir las posibles patologías del sistema, el administrador de la *intranet* podría instalar en los ordenadores de la empresa distintos sistemas al uso, como *firewall* (estableciendo filtros tendentes a imposibilitar el acceso a/desde determinadas páginas y direcciones), *proxy* (intermediarios pensados para crear o evitar vínculos con determinadas direcciones), *sniffers* (pinchazos en la red de comunicación para obtener copia de la información transferida desde un determinado ordenador), *web bugs* (programas espía capaces de acceder al terminal del usuario y rastrear las actividades del mismo) o *cookies* (para rastrear los caminos seguidos y aplicaciones efectuados en la web), todos los cuales, por fuerza, suponen, de forma más o menos directa –y además de su posible finalidad inicial de seguridad<sup>88</sup>– un medio eficaz para controlar al trabajador, creando, al tiempo, un archivo de informaciones complejo<sup>89</sup>.

<sup>84</sup> MARTÍNEZ LÓPEZ, F.J.; LUNA HUERTAS, P.; INFANTE MORO, A. y MARTÍNEZ LÓPEZ, L.: «Los sistemas de control de la actividad laboral mediante las nuevas tecnologías de la información y las comunicaciones», cit., pág. 109.

<sup>85</sup> CARDONA RUBERT, M.ª B. *Informática y contrato de trabajo*, cit., págs. 71 y ss.

<sup>86</sup> CAPRON, H.L. y JOHNSON, J.A.: *Computers: tools for an information age*, cit., págs. 23 y ss. y OLIVER, H.: «E-mail and Internet monitoring in the workplace: information privacy and contracting-out», cit., pág. 323.

<sup>87</sup> CAMAS RODA, F.: «La influencia del correo electrónico y de Internet en el ámbito de las Relaciones Laborales», cit., págs. 132 y ss.

<sup>88</sup> SALOMON, D.: *Security and privacy in the age of uncertainty*, Nueva York/Londres (Springer), 2003, págs. 23 y ss. o CALDER, A.: *It governance; a manager's guide to security*, Londres (Kogan Page), 2003, pág. 56.

<sup>89</sup> MARTÍNEZ LÓPEZ, F.J.; LUNA HUERTAS, P.; INFANTE MORO, A. y MARTÍNEZ LÓPEZ, L.: «Los sistemas de control de la actividad laboral mediante las nuevas tecnologías de la información y las comunicaciones», cit., págs. 112 y ss.; RUANO ALBERTOS, S.: «Facultades de control por medios informáticos», cit., pág. 27 o CARDONA RUBERT, M.ª B.: «Relaciones laborales y tecnologías de la información y de la comunicación», cit., pág. 3.

5. Controles sobre el uso y conversaciones telefónicas de los trabajadores: el teléfono hace mucho tiempo que fue incorporado al normal funcionamiento de las empresas pero, en tiempos recientes, ha adquirido una nueva dimensión con la generalización de los teléfonos móviles, sobre todo, en cuanto se prestan a un uso personal por parte del trabajador.

Por otra parte, es de destacar cómo la generalización y abaratamiento de los equipos y programas de telefonía ha permitido su recepción en la empresa por parte del empresario, quien puede así sin excesivos costes ni complicaciones conocer la frecuencia de las llamadas de sus trabajadores, el número de destino, la fecha, hora y duración e, incluso, el contenido de las conversaciones mantenidas a través de este medio, el cual puede quedar archivado, de forma análoga a cuanto sucedía en supuestos anteriores, para su posterior escucha y utilización <sup>90</sup>.

### 3. EL PODER DE CONTROL TECNOLÓGICO: LÍMITES DE DERECHO

Las exorbitantes posibilidades conferidas al empresario por las nuevas tecnologías –descritas a grandes rasgos en sus formas más comunes en las páginas precedentes– han de llevar al *ius* laboralista a aguzar el ingenio y no abdicar de la coherencia a la hora de trazar los límites a los que deba sujetarse la actividad de control a través de aquéllos desarrollada <sup>91</sup>.

En este sentido, no falta quien considera menester elaborar una suerte de presunción de ilegalidad –en tanto estos medios resultarían «odiosos»– a partir de la cual reivindicar un derecho a no sufrir el control impersonal, absoluto, frío y a distancia de la máquina al servicio del empresario –menos aún si la finalidad es exclusivamente sancionatoria–, salvo cuando las circunstancias encañidamente lo requirieran por no haber otro sistema posible y menos lesivo de las posiciones del trabajador –cuestión en todo caso a acreditar por el empleador– <sup>92</sup>.

Desde este punto de vista sí, como parece evidente, el aumento del número y potencialidad de los medios de control tecnificado trae consigo un correlativo incremento del poder de control del empresario en el seno de la relación de trabajo, no cabe aceptarlos sin más, habida cuenta el poder empresarial, por su natural tendencia, constituye una amenaza real para los derechos del trabajador <sup>93</sup>, los cuales no pueden ceder sobre aquellas facultades de control <sup>94</sup>.

<sup>90</sup> AGUT GARCÍA, C.: «Las facultades empresariales de vigilancia y control sobre útiles y herramientas de la empresa», *TS*, núm. 163, 2004, pág. 31.

<sup>91</sup> MERCADER UGUINA, J.R.: «Derechos fundamentales de los trabajadores y nuevas tecnologías: ¿hacia una empresa panóptica?», *RL*, núm. 10, 2001, pág. 11.

<sup>92</sup> FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J. y RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: *Utilización y control de datos laborales automatizados*, cit., pág. 87.

<sup>93</sup> VALDÉS DAL-RÉ, F.: «Poderes del empresario y derechos de la persona del trabajador», en AA.VV. (APARICIO TOVAR, J. y BAYLOS GRAU, A., Dirs.): *Autoridad y democracia en la empresa*, cit., pág. 27.

<sup>94</sup> GOÑI SEIN, J.L.: *El respeto de la esfera privada del trabajador*, cit., págs. 109 y ss.; FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.<sup>a</sup> F.: «Libertad ideológica y prestación de servicios», cit., pág. 64.

Ahora bien, ponderando otros intereses, tampoco parece de recibo negar sin más la posibilidad del empresario de usar estos medios avanzados, habida cuenta la amplia dicción del artículo 20.3 ET a partir del cual quedan admitidos cualesquiera medios de control –también, por tanto y falta de prohibición o limitación expresa similar a la existente en algunos ordenamientos comparados, los tecnológicos–, siempre y cuando, eso sí, reúnan unos requisitos de legitimidad exigidos por el ordenamiento jurídico.

Será menester, por tanto, analizar el caso concreto en presencia y, a su vista, tratar de encontrar una situación de equilibrio a partir de la cual cohonstar, si fuere posible, los derechos fundamentales del trabajador con el poder directivo empresarial ejercido a través de medios tecnológicamente avanzados<sup>95</sup>; en tal juicio particular habrá de aceptarse aquel axioma general de conformidad con el cual el ordenamiento jurídico no sólo trata de salvaguardar los derechos fundamentales de sus eventuales transgresiones, sino también –y en atención a su valor intrínseco– de fomentar su ejercicio y expansión hasta donde sea posible<sup>96</sup>.

Desde tales postulados cabe desterrar aquella visión a partir de la cual sólo una de las partes del contrato de trabajo ha de aceptar limitaciones en atención de las libertades de la otra. La buena fe (exigible tanto al trabajador como al empresario, según el art. 20 ET<sup>97</sup>) demanda recíprocas restricciones de ambas en sus posiciones subjetivas, partiendo siempre de la base del máximo respeto posible al ejercicio de los derechos fundamentales<sup>98</sup>.

En consecuencia, la utilización de estos medios como mecanismos de control será posible, pero a tal fin parece preciso acreditar un verdadero interés empresarial –la existencia de una necesidad objetiva– para su lícita instalación y, al tiempo, demostrar que el medio utilizado es el único posible, o el menos lesivo, sobre los derechos fundamentales de los trabajadores, desterrando así aquellas conocidas «manifestaciones de feudalismo industrial que repugnan al Estado Social y Democrático de Derecho y a los valores superiores a través de los cuales toma forma y se realiza»<sup>99</sup>.

Este juego de pesos y contrapesos ha de ir encaminado a asegurar una verdadera «ciudadanía laboral»<sup>100</sup> del trabajador, teniendo en cuenta cómo su *status* jurídico se va a ver amenazado de forma sistemática, habida cuenta que imaginar una tendencia por parte de quien ejerce el poder en

<sup>95</sup> VALDÉS DAL-RÉ, F.: «Poderes del empresario y derechos de la persona del trabajador», cit., pág. 24 o ROMÁN DE LA TORRE, M.ª D.: *Poder de dirección y contrato de trabajo*, cit., págs. 319 y ss.

<sup>96</sup> DEL REY GUANTER, S.: «Contrato de trabajo y derechos fundamentales en la doctrina del Tribunal Constitucional», en AA.VV. (ALARCÓN CARACUEL, M.R., Dir.): *Constitución y Derecho del Trabajo: 1981-1991 (Análisis de diez años de jurisprudencia constitucional)*, Madrid (Marcial Pons), 1992, págs. 43 y ss.

<sup>97</sup> GIL Y GIL, J.L.: «Deber del empresario de salvaguardar los derechos fundamentales del trabajador», AS, núm. 13, 2003, págs. 57 y ss.

<sup>98</sup> ROMÁN DE LA TORRE, M.ª D.: *Poder de dirección y contrato de trabajo*, cit., pág. 341.

<sup>99</sup> STCo 88/1985, de 19 de julio.

<sup>100</sup> MONEREO PÉREZ, J.L.: *Derechos Sociales de la Ciudadanía y ordenamiento laboral*, Madrid (CES), 1996, págs. 24 y ss. o BAYLOS GRAU, A.: *Derecho del Trabajo: modelo para armar*, Madrid (Trotta), 1991, pág. 97.

la organización productiva encaminada a actuar movido en exclusiva por los intereses de ésta y con absoluto desprecio de los derechos fundamentales de sus subordinados «significa, probablemente, situarse en una onda más próxima a la realidad de las cosas»<sup>101</sup>.

En definitiva, la finalidad empresarial pretendida con el control habrá de ser tomada como fiel de la balanza, atendiendo a criterios de proporcionalidad y necesidad, con estricta interdicción de aquellas medidas que supongan un control gratuito y arbitrario, máxime cuando éste sea omnímodo, frío y anodino, inhumano, con pretensiones de totalidad<sup>102</sup> o tienda a preconstituir una prueba ordenada a dotar de razón al empresario en un juicio ulterior<sup>103</sup>, a través de controles preventivos e indiscriminados.

En tal sentido, podría cobrar especial importancia –«pedagógica, si se quiere»<sup>104</sup>– hacer ver al empresario, de un lado, la inutilidad procesal de cualesquiera pruebas obtenidas a través de medios lesivos de derechos fundamentales, expresamente reprobadas por el artículo 90 LPL<sup>105</sup>; de otro, las gravísimas consecuencias jurídicas a las que se enfrenta, tanto por la posibilidad de estar incurriendo en una conducta constitutiva de infracción del orden social (o incluso, en los supuestos más graves, de delito)<sup>106</sup>, como por las facultades del trabajador de extinguir su contrato de trabajo con derecho a indemnización *ex* artículo 50 ET o de reclamarle una indemnización por los daños y perjuicios causados por la lesión de su derecho fundamental, para lo cual sirve especialmente la vía prevista en los artículos 171 y ss. LPL<sup>107</sup>.

La amplia batería de razones apuntadas debieran servir al empleador, en buena lógica, como acicate capaz de conducirle a la implantación de otros medios menos agresivos –más inocuos– si quiere ver realmente amparadas sus posiciones jurídicas y, al tiempo, no sufrir menoscabo alguno<sup>108</sup>.

<sup>101</sup> VALDÉS DAL-RÉ, F.: «Poderes del empresario y derechos de la persona del trabajador», cit., pág. 25.

<sup>102</sup> FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J. y RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: *Utilización y control de datos laborales automatizados*, cit., pág. 94.

<sup>103</sup> ASENSIO MELLADO, J.M.: *Prueba prohibida y prueba preconstituida*, Madrid (Trivium), 1989, págs. 75 y ss.

<sup>104</sup> FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J. y RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: *Utilización y control de datos laborales automatizados*, cit., pág. 97.

<sup>105</sup> GARCÍA PERROTE ESCARTÍN, I.: *La prueba en el proceso de trabajo*, Madrid (Civitas), 1993, pág. 132; del mismo, «El despido en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», en AA.VV. (FOLGUERA CRESPO, J., Dir.): *El proceso laboral en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Madrid (CGPJ), 1996, págs. 121 y ss.; PEDRAJAS MORENO, A.: *Despido y derechos fundamentales*, Madrid (Trotta), 1992, págs. 195 y ss.; DEL REY GUANTER, S.: «Nuevas técnicas probatorias, obtención ilícita de la prueba y derechos fundamentales del trabajador en el proceso laboral», *REDT*, núm. 37, 1989, págs. 65 y ss. o BAYLOS GRAU, A.: «Medios de prueba y derechos fundamentales. Especial referencia a la tutela de estos derechos», en AA.VV. (AGUSTI JULIA, J., Dir.): *La prueba en el proceso laboral*, Madrid (CGPJ), 1998, págs. 41 y ss.

<sup>106</sup> SALA FRANCO, T.: «El derecho a la intimidad y a la propia imagen y las nuevas tecnologías de control laboral», en AA.VV. (BORRAJO DACRUZ, E., Dir.): *Trabajo y libertades públicas*, Madrid (La Ley-actualidad), 1999, págs. 229 y 230 o LÓPEZ PARADA, R.: «Análisis jurisprudencial acerca de la instalación por el empresario de sistemas de videovigilancia en los lugares de trabajo», cit., págs. 23 y ss.

<sup>107</sup> Sobre todas estas posibilidades, DE VICENTE PACHES, F.: *El derecho del trabajador al respeto de su intimidad*, cit., págs. 303 y ss.

<sup>108</sup> Como concluyen FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J. y RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: *Utilización y control de datos laborales automatizados*, cit., pág. 97.

### 3.1. La consideración de los derechos fundamentales clásicos en la valoración de los medios de control por –o sobre– los medios técnicos.

Hechas las anteriores reflexiones generales, la mejor manera de descender a los casos concretos es, como a continuación se hace, analizar cuál ha sido la respuesta de los Tribunales –aderezada cuando fuere menester con las opiniones doctrinales pertinentes– ante los diversos problemas concretos derivados de la utilización de los diferentes medios de control tecnológicos.

En tal tarea, hasta el momento, la reflexión ha versado, principalmente, sobre dos derechos fundamentales. De un lado y con carácter general, el derecho a la intimidad; de otro, y para el caso específico de la intromisión efectuada sobre el *e-mail* o el teléfono utilizados por el trabajador, el derecho al secreto de las comunicaciones<sup>109</sup>; con todo, también será menester ponderar el juego del derecho –fundamental, no se olvide– de autodeterminación informativa, como algún pronunciamiento pionero y la más preclara doctrina están comenzando a realizar.

#### 3.1.1. La doctrina general del Tribunal Constitucional sobre los medios tecnológicos de control empresarial; a propósito de la videovigilancia.

Conforme ha sido puesto de relieve, el control ejercido a través de videovigilancia es el método más tradicional utilizado en el ámbito laboral –dentro de su intrínseca novedad–<sup>110</sup>. Como referente de ineludible consideración, es menester dar cuenta de cómo el Tribunal Constitucional ya se ha pronunciado expresamente sobre esta situación, para fijar una doctrina en la cual puede verse –elevando la vista más allá del caso concreto– una verdadera teoría general en cuanto se refiere al control empresarial a través de medios tecnológicos avanzados, recogiendo criterios inveterados en la protección y defensa de los derechos fundamentales.

En su razonamiento, tras recordar cómo «la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás constituye un elemento necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de la vida humana»<sup>111</sup>, asume que «el derecho a la intimidad no es absoluto, como no lo es ninguno de los derechos fundamentales, pudiendo ceder ante intereses constitucionalmente relevantes»<sup>112</sup>.

<sup>109</sup> GOÑI SEIN, J.L.: «Vulneración de derechos fundamentales en el trabajo mediante instrumentos informáticos, de comunicación y archivo de datos», cit., pág. 16; RODRÍGUEZ COARASA, C.: «Algunas proyecciones del derecho constitucional a la intimidad en el ámbito laboral», *Datos personales.org. Revista de la Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid*, núm. 6, 2003, págs. 1 a 13 o CAMAS RODA, F.: «La intimidad y la vida privada del trabajador ante las nuevas modalidades de control y vigilancia de la actividad laboral», en AA.VV. (ALARCÓN CARACUEL, M.R. y ESTEBAN LEGARRETA, R., Coords.): *Nuevas tecnologías de la información y de la comunicación y Derecho del Trabajo*, cit., pág. 161.

<sup>110</sup> RUBIO SÁNCHEZ, F.: «Derecho a la intimidad de los trabajadores: vigilancia con cámaras de seguridad y otro tipo de dispositivos», *AS*, núm. 17, 2004; en parecido sentido, ESCRIBANO GUTIERREZ, J.: «El derecho a la intimidad del trabajador. A propósito de la STC 186/2000, de 10 de julio», *RL*, T. I, 2001, págs. 931 y ss.

<sup>111</sup> Declaración contenida, entre otras, en las SSTCo 209/1988, de 27 de octubre; 197/1991, de 17 de octubre; 99/1994, de 11 de abril o 207/1996, de 16 de diciembre.

<sup>112</sup> Clásica afirmación incorporada a las SSTCo 57 y 143/1994, de 28 de febrero y 9 de mayo.

A continuación, reitera cómo «la relación laboral no puede implicar, en modo alguno, la privación de tales derechos para quienes prestan servicios en las organizaciones productivas, que no son ajenas a los principios y derechos constitucionales que informan el sistema de relaciones de trabajo»<sup>113</sup>, si bien «el ejercicio de tales derechos admite únicamente limitaciones o sacrificios en la medida en que se desenvuelve en el seno de una organización que refleja otros derechos reconocidos constitucionalmente, lo que impone, según los supuestos, la necesaria adaptabilidad para el ejercicio de todos ellos»<sup>114</sup>.

A partir de tales premisas generales llega el Alto Tribunal a la conclusión de que para dilucidar si el control de los trabajadores a través de sistemas de videovigilancia respeta su derecho a la intimidad procederá efectuar un «juicio casuístico»<sup>115</sup> en el cual será menester atender «no sólo al lugar del centro de trabajo en que se instalan por la empresa los sistemas audiovisuales de control (aun cuando la instalación de tales medios en lugares de descanso y esparcimiento, vestuarios, aseos, comedores y análogos resulta, *a fortiori*, lesiva en todo caso del derecho a la intimidad de los trabajadores por razones obvias<sup>116</sup>) sino también a otros elementos de juicio, tales como si la instalación se hace o no indiscriminada y masivamente, si los sistemas son visibles o se han instalado subrepticamente, la finalidad real perseguida con la instalación de tales sistemas, si existen razones de seguridad por el tipo de actividad que se desarrolla en el centro de trabajo de que se trate, etc.»<sup>117</sup>.

En definitiva, y como bien es conocido, «los equilibrios y limitaciones recíprocos que se derivan para ambas partes del contrato de trabajo»<sup>118</sup> sólo pueden suponer limitaciones en los derechos fundamentales del trabajador «cuando la propia naturaleza del trabajo contratado implique la restricción o bien concurra una acreditada necesidad o interés empresarial, sin que sea suficiente su mera invocación» y sin que las facultades organizativas conferidas al empresario por el ordenamiento laboral puedan servir para «la producción de resultados inconstitucionales lesivos de derechos fundamentales»<sup>119</sup>.

Además, en caso de ser necesaria, «dada la posición preeminente de los derechos fundamentales en nuestro ordenamiento, esa modulación sólo se producirá en la medida estrictamente imprescindible para el correcto desenvolvimiento de la actividad productiva, lo que entraña la necesidad de proceder a una ponderación adecuada que respete la correcta definición y valoración constitucional del derecho fundamental en juego y de las obligaciones laborales que puedan modularlo»<sup>120</sup>.

<sup>113</sup> Razonamiento ya presente en las SSTCo 88/1985, de 19 de julio; 6/1988, de 21 de enero; 126/1990, de 5 de julio; 186/1996, de 25 de noviembre o 90/1997, de 6 de mayo.

<sup>114</sup> Fundamental referencia contenida en las SSTCo 99/1994, de 11 de abril; 6/1995, de 10 de enero o 136/1996, de 23 de julio.

<sup>115</sup> Conforme expone BORRAJO DACRUZ, E.: «Derechos fundamentales y casuismo», *AL*, núm. 29, 2000, págs. 2.885 y ss.

<sup>116</sup> Criterio locativo que ya había sido reconocido en numerosas ocasiones por Tribunales laborales inferiores [por todas, SSTSJ Andalucía/Sevilla 17 enero 1994 (Ar. 310) o Galicia 21 abril 1995 (Ar. 1514), ], pero que, pese a su objetividad, no basta para garantizar la protección de la intimidad del trabajador en el ambiente de trabajo [WESTIN, A.: «Privacy in the workplace: how well does american law reflect american values?», *Chicago Law Review*, Vol. 72, 1996, págs. 271 y ss.].

<sup>117</sup> STCo 98/2000, de 10 de abril.

<sup>118</sup> STCo 292/1993, de 18 de octubre.

<sup>119</sup> SSTCo 94/1984, de 16 de octubre; 108/1989, de 8 de junio; 123/1992, de 28 de septiembre o 173/1994, de 7 de junio.

<sup>120</sup> SSTCo 170/1987, de 30 de octubre; 20/1990, de 15 de febrero; 240/1992, de 21 de diciembre; 186/1996, de 25 de noviembre o 1/1998, de 12 de enero.

«Estas limitaciones o modulaciones tienen que ser las indispensables y estrictamente necesarias para satisfacer un interés empresarial merecedor de tutela y protección, de manera que si existen otras posibilidades de satisfacer dicho interés menos agresivas y afectantes del derecho en cuestión, habrá que emplear estas últimas y no aquellas otras más agresivas y afectantes. Se trata, en definitiva, de la aplicación del principio de proporcionalidad»<sup>121</sup>.

En efecto, en ese afán por tratar de «compaginar derechos contradictorios»<sup>122</sup>, «la constitucionalidad de cualquier medida restrictiva de derechos fundamentales viene determinada por la estricta observancia del principio de proporcionalidad. Para comprobar si una medida supera o no el juicio de proporcionalidad es necesario constatar si cumple los tres requisitos o condiciones siguientes: si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad); y, finalmente, si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (proporcionalidad en sentido estricto)»<sup>123</sup>.

A partir de esta doctrina general, el Tribunal alcanza una conclusión conforme a la cual la instalación de un sistema de videovigilancia resulta acorde a los parámetros constitucionales si existen razonables sospechas por parte del empresario de estar sufriendo hurtos por parte de los trabajadores, ante constantes descuadres llamativos en los rendimientos de la sección, y cuando la medida se limitó además a grabar la propia zona de la caja y tuvo una duración temporal limitada hasta quedar constatada la conducta ilícita<sup>124</sup>.

Por el contrario, y desde criterios razonables<sup>125</sup>, entiende tal medida desproporcionada, y por tanto contraria al derecho de intimidad de los trabajadores, cuando la empresa, sin alegar un motivo justificado más allá del ambiguo de conseguir «un adecuado control de la actividad laboral», procede a completar un sistema de control ya operativo consistente en un circuito cerrado de televisión, con la instalación de micrófonos que permitieran recoger y grabar también las conversaciones que pudieran producirse<sup>126</sup>.

<sup>121</sup> STCo 98/2000, de 10 de abril.

<sup>122</sup> SALA FRANCO, T.: «El derecho a la intimidad y a la propia imagen y las nuevas tecnologías de control laboral», en AA.VV. (BORRAJO DACRUZ, E., Dir.): *Trabajo y libertades públicas*, cit., pág. 204.

<sup>123</sup> STCo 186/2000, de 10 de julio, sobre la doctrina previamente recogida, entre otras, en SSTCo 66/1995, de 8 de mayo; 55/1996, de 28 de marzo, o 37/1998, de 17 de febrero.

<sup>124</sup> STCo 186/2000, de 10 de julio.

<sup>125</sup> Pues «no puede desconocerse que la intromisión en la esfera reservada del trabajador según sea uno u otro el medio empleado... las razones que habiliten la adopción de medios de control destinados a la grabación de la conversación de los trabajadores en el lugar de trabajo requerirá un mayor esfuerzo de justificación», MARTÍNEZ FONS, D.: «El poder de control empresarial ejercido a través de medios audiovisuales en la relación de trabajo (a propósito de las SSTC 98/2000, de 10 de abril y 186/2000, de 10 de julio)», cit., pág. 25. En igual sentido, MERCADER UGUINA, J.: *Derecho del Trabajo, nuevas tecnologías y sociedad de la información*, Valladolid (Lex Nova), 2002, pág. 104; SEMPERE NAVARRO, A.V. y SAN MARTIN MAZUCCONI, C.: *Nuevas tecnologías y relaciones laborales*, cit., pág. 147; FERNÁNDEZ VILLAZÓN, L.A.: *Las facultades empresariales de control de la actividad laboral*, cit., pág. 78 o AGUT GARCÍA, C.: «Las facultades empresariales de vigilancia y control sobre útiles y herramientas de la empresa», *TS*, núm. 163, 2004, pág. 27.

<sup>126</sup> STCo 98/2000, de 10 de abril.

En definitiva, aun cuando sea posible encontrar ese «común denominador (principio de proporcionalidad <sup>127</sup>), la tarea necesita de muchas reflexiones adicionales» <sup>128</sup>, sin que pueda decirse que «existen reglas seguras, dada la amplitud de la que se ha producido (por el Tribunal Constitucional), y resulta inoperante cualquier intento apriorístico de reconstrucción monolítica y sin fracturas sobre la compatibilidad de los derechos fundamentales con los derechos y obligaciones derivados del contrato de trabajo... resultando forzado, en todo caso, descender al tema concreto que se esté considerando y a las circunstancias que lo rodean» <sup>129</sup>. Por tanto, y como conclusión, «puede afirmarse que la intimidad personal no se conculcará por la mera decisión de adopción de instrumentos de control audiovisuales, sino esencialmente por las circunstancias concurrentes que, en su precisa aplicación, contextualizan la decisión de la instalación» y pueden llegar a vulnerar, en algunos casos, derechos fundamentales de los trabajadores <sup>130</sup>.

Además, la aplicación de la doctrina de la proporcionalidad, con ser sustancialmente la única adaptable al proteico elenco de posibles situaciones vulneradoras de alguno de los derechos fundamentales del trabajador <sup>131</sup>, no dejará nunca de suscitar las más profundas dudas a quien se vea en la tesitura de reclamar frente a la actuación empresarial, pues, volviendo al supuesto de la videovigilancia, «¿verdaderamente no existe otra medida más moderada (que la de un control permanente y absoluto) que permitiera la consecución de idéntico objetivo?» <sup>132</sup>.

Para cerrar este breve *excursus* acerca de la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la videovigilancia de los trabajadores es de destacar cómo, a juicio del Alto Tribunal, «el hecho de que la instalación del circuito cerrado de televisión no sea previamente puesta en conocimiento del comité de empresa y de los trabajadores afectados (sin duda por el justificado temor de la empresa de que el conocimiento de la existencia del sistema de filmación frustraría la finalidad apetecida) carece de trascendencia desde la perspectiva constitucional, pues se trata de una cuestión de legalidad ordinaria, ajena por completo al objeto de amparo» <sup>133</sup>.

<sup>127</sup> Del cual se ha podido decir con acierto «que es uno de los parámetros más significativos de un emergente Derecho Público Europeo, el nuevo *ius commune* que parece alumbrarse como consecuencia de la constante y recíproca interacción de las instituciones europeas», BARNES, J.: «Introducción al principio de proporcionalidad en el Derecho Comparado y Comunitario», *RAP*, núm. 135, 1994, págs. 495 y ss. o RIVERO LAMAS, J.: «Medidas restrictivas de derechos fundamentales y principio de proporcionalidad (sobre la inconstitucionalidad de la filmación de los piquetes de una huelga general)», en ALONSO OLEA, M. y MONTOYA MELGAR, A.: *Jurisprudencia Constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social*, T. XVI, Madrid (Civitas), 1999, págs. 111 y ss.

<sup>128</sup> DEL REY GUANTER, S.: «Derechos fundamentales de la persona y contrato de trabajo: notas para una teoría general», cit., pág. 10.

<sup>129</sup> ORTIZ LALLANA, M.ª C.: «Derechos fundamentales y relación laboral», cit., págs. 21 y 22.

<sup>130</sup> MARTÍNEZ FONS, D.: «El poder de control empresarial ejercido a través de medios audiovisuales en la relación de trabajo (a propósito de las SSTC 98/2000, de 10 de abril y 186/2000, de 10 de julio)», cit., pág. 27; en parecido sentido, MERCADER UGUINA, J.R.: *Derecho del Trabajo, nuevas tecnologías y Sociedad de la Información*, cit., págs. 101 y ss. o CAMAS RODA, F.: «La intimidad y la vida privada del trabajador ante las nuevas modalidades de control y vigilancia de la actividad laboral», en AA.VV. (ALARCÓN CARACUEL, M.R. y ESTEBAN LEGARRETA, R., Coords.): *Nuevas tecnologías de la información y de la comunicación y Derecho del Trabajo*, cit., págs. 171 y ss.

<sup>131</sup> RIVERO LAMAS, J.: «Medidas restrictivas de derechos fundamentales y principio de proporcionalidad (sobre la inconstitucionalidad de la filmación de los piquetes de una huelga general)», cit., págs. 111 y ss.

<sup>132</sup> ESCRIBANO GUTIÉRREZ, J.: «El derecho a la intimidad del trabajador; a propósito de la STC 186/2000, de 10 de julio», *RL*, núm.1, 2001, Pág. 89.

<sup>133</sup> STCo 186/2000, de 10 de julio.

Como bien es conocido, el artículo 64.1.4 d) ET establece como requisito de carácter procedimental el informe previo de los representantes de los trabajadores, en el plazo de 15 días, respecto de las decisiones adoptadas por el empresario sobre «implantación o revisión de sistemas de organización y control de trabajo». Este informe es de carácter preceptivo y supone una garantía adicional de la rectitud del ejercicio de las facultades empresariales, en tanto en cuanto su intervención modulará de manera natural el posible ejercicio abusivo de los poderes de aquél <sup>134</sup>. Sin embargo, el Alto Tribunal resta importancia, con demasiada ligereza <sup>135</sup>, a su completa elusión, aceptando, de *facto*, un descorazonador criterio conforme al cual, en este caso, el fin parece justificar los medios <sup>136</sup>.

### 3.1.2. Elenco de problemas particulares sobre otras formas de control tecnológicas.

Respecto del resto de posibles medios tecnológicos de control no hay aún respuesta expresa por parte del Tribunal Constitucional, si bien todo invita a pensar en que, cuando el caso sea planteado, la respuesta del máximo intérprete de la norma fundamental discurrirá por idénticos derroteros, asumiendo el principio de proporcionalidad como único criterio general posible y analizando las circunstancias del caso para decidir si existe o no vulneración del derecho fundamental invocado por el trabajador.

En todo caso, la masiva utilización por parte de las empresas de estos medios de control ha provocado, y lo seguirá haciendo, el planteamiento de numerosos asuntos ante los tribunales laborales, a partir de los cuales se ha ido formando un *corpus* jurisprudencial que adolece en no pocas ocasiones de fisuras y contradicciones. Al proteico elenco de situaciones tratará de hacer referencia el discurso en las páginas siguientes, para distinguir entre los siguientes supuestos:

1. Por cuanto se refiere a los controles de acceso y localización en la empresa, los sistemas de fichas o tarjetas de identidad se encuentran muy extendidos en la práctica diaria de las empresas y el proceso operado para llevar a cabo su transformación desde un sistema manual de verificación –existente desde el mismo inicio del trabajo humano– por otro moderno e informatizado parece haber sido aceptado sin demasiados problemas tanto por los trabajadores como por sus representantes como una facultad empresarial lícita y encuadrada dentro del poder directivo <sup>137</sup>.

En este sentido procede destacar cómo los Tribunales Laborales han llegado a aceptar como lícito el sistema utilizado por una Administración Pública consistente en la lectura biométrica mediante infrarrojos de determinados datos de la mano de los funcionarios y trabajadores, los cuales eran uti-

<sup>134</sup> MONEREO PÉREZ, J.L.: *Los derechos de información de los representantes de los trabajadores*, Madrid (Civitas), 1992, pág. 82 o FERNÁNDEZ VILLAZÓN, F.: *Las facultades empresariales de control de la actividad laboral*, cit., pág. 52.

<sup>135</sup> SEMPERE NAVARRO, A.V. y SAN MARTIN MAZZUCONI, C.: *Nuevas tecnologías y Relaciones Laborales*, cit., pág. 133.

<sup>136</sup> FERNÁNDEZ VILLAZÓN, F.: *Las facultades empresariales de control de la actividad laboral*, cit., pág. 53 o SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C.: «Videocámaras y poder de vigilancia», cit., pág. 76.

<sup>137</sup> SAMPEDRO GULLÓN, V.: «Facultades empresariales de vigilancia y control en el centro de trabajo», cit., pág. 20.

lizados como vía para verificar el control horario <sup>138</sup>, habida cuenta y desde el criterio de proporcionalidad, «el mismo resulta idóneo para conseguir el objetivo propuesto, que no es otro que el de lograr un mayor nivel de eficacia en la Administración Pública, lo cual pasa por un control efectivo del cumplimiento de sus obligaciones por parte de los empleados, obligaciones que se inician en el momento del puntual acceso a sus puestos de trabajo y en una estricta observancia de la jornada laboral» <sup>139</sup>.

2. Respecto a las medidas encaminadas a controlar al trabajador fuera del lugar de trabajo, no faltan pronunciamientos de conformidad con los cuales un sistema de control de movimientos mediante GPS instalado en el vehículo de la empresa utilizado por el trabajador en sus desplazamientos puede ser considerado lícito cuando no exista otro mecanismo eficaz para verificar el cumplimiento de la prestación laboral por el trabajador, por realizarse ésta fuera del lugar de trabajo <sup>140</sup>. Queda acogida de esta manera una doctrina que ya había sido utilizada con relativa frecuencia en cuanto hacía el control del trabajador fuera del lugar de trabajo a través de medios tradicionales, como solía ser mediante la contratación de un detective privado encargado de vigilar al operario fuera de la empresa <sup>141</sup>.

3. La cuestión relativa a los controles sobre el correo electrónico laboral utilizado por los trabajadores quizá sea el aspecto más polémico en la actualidad pues, debido a la falta de contemplación legal <sup>142</sup> y a falta aún de una doctrina acabada por parte de los órganos judiciales del máximo

<sup>138</sup> «Todo procedimiento biométrico parte de registrar unos determinados datos corporales para posteriormente contrastarlos con los de una persona, lo cual exige que en todo proceso de estas características se respete la normativa sobre protección de datos», WALKER, J.P.: «Algunos aspectos sobre la utilización de datos biométricos en el sector privado», *Datos personales.org. Revista de la Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid*, núm. 12, 2004, págs. 1 a 6.

<sup>139</sup> A juicio del Tribunal, «la existencia de otros posibles sistemas igualmente idóneos, para conseguir la referida finalidad, no convierte el sistema enjuiciado en ilegal, siendo legítimo que la Administración opte, dentro de la legalidad, por aquel sistema que considere más conveniente... Respecto del juicio de estricta necesidad, como ya hemos señalado, aun existiendo otros sistemas, hay dos realidades que no pueden negarse, de un lado la lógica posibilidad de incorporación a la Administración Pública de las nuevas tecnologías como método de control y, de otro, el notorio carácter imperfecto de los sistemas de control más comúnmente usados, tanto el sistema de firma, por su posible manipulación, como el sistema de reloj y ficha, por no impedir la sustituibilidad en su cumplimiento... a juicio de esta Sala, la implantación del sistema puede reportar más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto, máxime cuando nos encontramos ante la imposición de una obligación a un colectivo vinculado a la Administración mediante una relación de sujeción especial. La naturaleza de esta relación, si bien no hace olvidar a esta Sala que la constitución de una relación de sujeción especial, y por tanto inspirada en especiales deberes de buena fe o lealtad del empleado (funcionario) respecto de su empleador (servicio público), no puede privar al funcionario de sus derechos fundamentales y libertades públicas, aunque sea transitoria o provisionalmente, ni desembocar en un deber de sujeción extrema o genérico [STCo 18/2002], justifica una especial exigencia en el cumplimiento de sus obligaciones. En efecto, una adecuada política en materia de personal al servicio de la Administración habrá de redundar en una mayor eficacia de la misma para la consecución de los intereses generales, valor reconocido constitucionalmente en el artículo 103», STSJ Cantabria, Cont.-Adm., 21 febrero 2003 (Jur. 122751).

<sup>140</sup> El cual ha sido aceptado por los Tribunales como medio de acreditar un incumplimiento contractual capaz de justificar el despido del trabajador, SJS núm. 32, Madrid, 1 octubre 2003, citada por SAMPEDRO GULLÓN, V.: «Facultades empresariales de vigilancia y control en el centro de trabajo», cit., pág. 20.

<sup>141</sup> SSTS 19 julio 1989 (Ar. 5878), 11 junio 1990 (Ar. 5049) o 17 junio 1996 (Ar. 5166); en igual sentido, entre otras, SSTSJ Extremadura 5 mayo 1992 (Ar. 2558), Galicia 16 marzo 1993 (Ar. 1356), Comunidad Valenciana 1 junio 1994 (Ar. 2624), Cataluña 13 enero 1995 (Ar. 250) o Castilla-La Mancha 28 marzo 1996 (Ar. 1939).

<sup>142</sup> El Grupo parlamentario mixto realizó una proposición de Ley para regular el uso del correo electrónico por los trabajadores y sus representantes [BOCG, Senado, Serie III A, núm. 13 (a)] que al final no vio la luz por motivos de índole político, CARDONA RUBERT, M.<sup>a</sup> B.: «Relaciones laborales y tecnologías de la información y de la comunicación», cit., pág. 1.

rango, la contradicción más absoluta es la nota característica que preside los abundantes pronunciamientos emanados sobre el particular por los Tribunales Superiores de Justicia <sup>143</sup>. La cuestión principal reside en determinar si la facultad de control del empresario le autoriza o no para acceder a las cuentas de correo de los trabajadores en la empresa y, en su caso, conocer su contenido.

Así, para una primera línea de pronunciamientos, el dato esencial a ponderar viene dado por la propiedad empresarial de los ordenadores utilizados como herramienta de trabajo y, en consecuencia, para esta corriente el derecho consagrado en el artículo 18.3 CE no puede amparar aquella situación en la cual la comunicación particular ha sido realizada a través de un medio empresarial, y en tiempo y lugar de trabajo, máxime de existir una orden expresa prohibiendo tal actividad, con el consiguiente desconocimiento de los deberes de buena fe exigibles en toda relación laboral.

En conclusión, desde este punto de vista no se trata «de una vulneración al secreto de las comunicaciones... ya que no es una correspondencia entre particulares... sino ante una utilización indebida de medios e instrumentos de la empresa para fines propios y ajenos a los estrictamente laborales, pudiendo la empleadora ejercer un control sobre la forma de utilizar tales medios –sin necesidad de aplicar analógicamente las garantías previstas por el artículo 18 ET para el caso de registro de la taquilla del trabajador, pues no se trata de un efecto personal del trabajador <sup>144</sup>–, que son de su propiedad, así como sobre la propia actividad laboral del trabajador» <sup>145</sup>.

Para otra línea de pronunciamientos, sin embargo, el correo electrónico del trabajador en la empresa es un cauce apropiado para transmitir informaciones personales –no en vano se ha dado validez a la dimisión del trabajador efectuada a través del correo electrónico si era clara y terminante <sup>146</sup>– y, por tanto, debe quedar protegido por el artículo 18.3 del texto constitucional <sup>147</sup>, si bien, como todos los derechos fundamentales, admitirá ciertas modulaciones habida cuenta de que el empresario tiene también un interés legítimo en ejercer sus facultades de control para evitar usos desviados o abusivos.

En tal juicio aplican como criterio ponderador el ya conocido principio de proporcionalidad –verdadera doctrina general en la materia– para considerar procedente el control empresarial sobre el *e-mail* del trabajador cuando hubiera una necesidad justificada, objetiva y razonable para ello –por

<sup>143</sup> CAMAS RODA, F.: «La intimidad y la vida privada del trabajador ante las nuevas modalidades de control y vigilancia de la actividad laboral», en AA.VV. (ALARCÓN CARACUEL, M.R. y ESTEBAN LEGARRETA, R., Coords.): *Nuevas tecnologías de la información y de la comunicación y Derecho del Trabajo*, cit., pág. 168 y ALONSO ALBELLA, R.: «El uso del correo electrónico en el lugar de trabajo», *Datos personales.org. Revista de la Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid*, núm. 11, 2004, pág. 1.

<sup>144</sup> STSJ Madrid 2 diciembre 2002 (Ar. 789/2003).

<sup>145</sup> SSTSJ Cataluña 5 julio 2000 (Ar. 3452) o, en parecido sentido, 6 junio 2003 (Ar. 2272).

<sup>146</sup> STSJ Madrid 13 marzo 2001 (Ar. 1733). Decisión razonable en tanto en cuanto el correo electrónico constituía la vía normal de comunicación entre el trabajador y la empresa. BONILLA BLASCO, J.: «Los efectos jurídicos del correo electrónico en el ámbito laboral», *RL*, núm. 13, 2001, pág. 105. Mayores problemas existen para entender que puede ser válido el despido efectuado por *e-mail*, en tanto el ET exige forma escrita, RUANO ALBERTOS, S.: «Facultades de control por medios informáticos», cit., pág. 34.

<sup>147</sup> No así los conocidos como «chats», por su carácter público que mueve a muchos de sus participantes a utilizar pseudónimos para no ser reconocidos, aun cuando nada podría evitar el reconocimiento de su dirección de IP, FERNÁNDEZ VILLAZÓN, L.A.: *Las facultades empresariales de control de la actividad laboral*, cit., pág. 144.

ejemplo, una sospecha fundada acerca del uso del ordenador de la empresa para realizar trabajos para terceros competitivos con la actividad de la organización productiva <sup>148</sup> o la evidencia de estar siendo enviados ingentes cantidades de correos electrónicos desde los ordenadores de la empresa <sup>149</sup>– y no existiera otra medida más moderada –menos agresiva– para conseguir tal fin <sup>150</sup>.

Sin duda esta segunda interpretación resulta más acorde con el entendimiento que el Tribunal Constitucional hace del artículo 18.3 de la *norma normarum*, al efectuar una interpretación amplia del concepto de comunicación –sin circunscribirlo a los medios tradicionales enumerados *ad exemplum* en el precepto– para adaptarlo a los avances actuales en el marco de las comunicaciones y de la informática <sup>151</sup>. De esta manera, el ámbito de protección del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones –garantía específica del derecho a la intimidad pero, a la vez, derecho fundamental autónomo <sup>152</sup>– se ha de extender, de forma evidente, a las efectuadas a través del correo electrónico y su garantía alcanza también al trabajador en la empresa <sup>153</sup>.

Ahora bien, aceptando el *e-mail* como medio de comunicación protegido por el derecho fundamental, esta segunda línea interpretativa se muestra incongruente con el concepto de «secreto protegido», el cual, según el Tribunal Constitucional, presenta «un carácter formal, en tanto se predica de lo comunicado, sea cual sea su contenido y pertenezca o no el objeto de la comunicación misma al ámbito de lo personal, lo íntimo o lo reservado... y, además, sólo puede ser interceptado por orden judicial», y no, obviamente –y como las sentencias de suplicación permiten en un intento de conciliar la dogmática general del derecho al secreto de las comunicaciones con las facultades de control empresarial–, por una decisión del empresario, por muy proporcionada que ésta pudiera llegar a ser <sup>154</sup>.

En definitiva, si la utilización del correo electrónico en la empresa por parte del trabajador queda amparado por el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, su contenido material debiera quedar en todo caso preservado del conocimiento empresarial y, en su caso, las modulaciones permitidas para salvaguardar las facultades de vigilancia y control debieran ir encaminadas no tanto a su forma más agresiva de conocer el contenido del mensaje mismo, sino quizá a otras más livianas consistentes en conocer el número de mensajes o, incluso, su destinatario, lo cual ya puede servir para diferenciar los correos estrictamente laborales –y, por tanto, permitidos– de aquellos otros particulares –y, en principio, prohibidos–.

<sup>148</sup> STSJ Andalucía/Sevilla 9 mayo 2003 (Ar. 2840).

<sup>149</sup> STSJ Cataluña 14 noviembre 2004 (Ar. 3444) y Madrid 12 junio 2001 (Ar. 2953).

<sup>150</sup> Con esta argumentación general aplicada al caso, SSTSJ Galicia 4 octubre 2001 (Ar. 3366) y Madrid 13 mayo 2003 (Ar. 3649).

<sup>151</sup> STCo 70/2002, de 3 de abril.

<sup>152</sup> STCo 34/1996, de 11 de marzo.

<sup>153</sup> FALGUERA I BARO, M.A.: «Uso por el trabajador del correo electrónico de la empresa para fines extraproductivos y competencias de control del empleador», *RL*, núm. 22, 2000, págs. 17 y ss. o RUANO ALBERTOS, S.: «Facultades de control por medios informáticos», cit., pág. 29.

<sup>154</sup> STCo 34/1996, de 11 de marzo.

Bajo la perspectiva apuntada, pocos argumentos se encuentran para permitir aquella práctica, cada vez más frecuente, de conformidad con la cual el empresario trata de obtener el consentimiento del trabajador para acceder al *e-mail* asignado por la empresa –si se prefiere, la renuncia a su derecho al secreto de las comunicaciones– a través del contrato individual o, incluso, el acuerdo colectivo, algo de legitimidad más que dudosa <sup>155</sup>, sobre todo cuando se pretenda presumir su concesión tácita por el solo hecho del conocimiento de los trabajadores de la grabación y archivo de los *e-mails* enviados y recibidos desde el servidor de la empresa; sin embargo, algún pronunciamiento judicial utiliza este conocimiento como argumento a favor de la licitud de la intromisión empresarial <sup>156</sup>.

Con ser ésta la situación *a priori* aceptada como presupuesto (es lícito su estricto uso laboral, ilícito aquel otro para fines particulares), no faltan intentos para, con evidentes dosis de lógica y pragmatismo, dar un paso más allá e intentar esbozar una especie de derecho a un uso social del correo electrónico en el seno de la empresa, tanto desde el plano individual como desde el colectivo.

Desde el punto de vista individual, ha sido expuesto con clarividencia cómo «es poco razonable exigir al trabajador una conducta prácticamente heroica de renunciar a un medio al que se le da acceso de forma tan sencilla» <sup>157</sup> y, a partir de tal razonamiento, considerar tolerable un cierto uso del correo electrónico de la empresa para fines particulares; la cuestión pasaría, entonces, por determinar cuándo el trabajador realiza un uso y cuándo un abuso <sup>158</sup>.

En este sentido es menester considerar cómo, cuando la empresa establece una política adecuada –mediante el establecimiento de códigos de conducta <sup>159</sup>– que permite al trabajador un «uso social» de su correo, el trabajador suele responder positivamente sujetándose a esos límites <sup>160</sup>.

En este sentido, no es ocioso recordar cómo, desde el punto de vista colectivo, se ha discutido si, aplicando analógicamente los artículos 81 ET y 8.1 b) LOLS –a tenor de los cuales la actividad sindical comprende la de difundir información sindical fuera de las horas de trabajo y sin perturbar la actividad normal de la empresa–, cabe apreciar la existencia de un derecho de las organizaciones

<sup>155</sup> SEMPERE NAVARRO, A.V. y SAN MARTIN MAZZUCONI, C.: *Nuevas tecnologías y Relaciones Laborales*, cit., pág. 69.

<sup>156</sup> STSJ Cataluña 5 julio 2000 (Ar. 3452).

<sup>157</sup> CARDENAL CARRO, M.: «Desdramatizando el uso de Internet en el trabajo», AS, núm. 15, 2001, pág. 36 o RUANO ALBERTOS, S.: «Facultades de control por medios informáticos», cit., pág. 26.

<sup>158</sup> GARCÍA NINET, J.I.: «Sobre el uso y abuso del teléfono, del fax, del ordenador y del correo electrónico de la empresa para fines particulares en lugar y tiempo de trabajo. Datos para una reflexión en torno a las nuevas tecnologías», TS, núm. 127, 2001, págs. 19 y ss. o FERNÁNDEZ VILLAZÓN, L.A.: «A vueltas con el control empresarial sobre la actividad laboral: test de honestidad, telemarketing, registro de terminales y uso –o abuso– de Internet», TS, núm. 168, 2004, págs. 35 y ss.

<sup>159</sup> COLAS NEILA, E.: «Elementos para la construcción de una teoría general sobre el uso y control del correo electrónico corporativo», cit., págs. 194 y ss.

<sup>160</sup> O'BRIEN, C.N.: «The impact of employer e-mail policies on employee rights to engage in concerted activities protected by the National Labor Relations Act», cit., págs. 69 y ss. o CAMAS RODA, F.: «La intimidad y la vida privada del trabajador ante las nuevas modalidades de control y vigilancia de la actividad laboral», en AA.VV. (ALARCÓN CARACUEL, M.R. y ESTEBAN LEGARRETA, R., Coords.): *Nuevas tecnologías de la información y de la comunicación y Derecho del Trabajo*, cit., págs. 172 y 173.

sindicales a utilizar el correo electrónico asignado a los trabajadores por la organización productiva para transmitir información referente a sus fines propios, permitiendo así a las organizaciones sindicales participar de la utilización de unos recursos tan beneficiosos <sup>161</sup>.

Así pareció entenderlo la Audiencia Nacional cuando, en un pronunciamiento pionero, declaraba el derecho de los sindicatos a utilizar el servidor interno de la empresa siempre y cuando se ajustara a «cánones de normalidad» <sup>162</sup>, para no saturar –como había ocurrido en los hechos que dieron origen a la demanda– la propia operatividad del sistema <sup>163</sup>.

Sin embargo, tal decisión fue casada por el Tribunal Supremo, para quien, al no existir una norma bajo la cual justificar el derecho del sindicato al uso del correo electrónico de la empresa para comunicarse con sus afiliados y secciones sindicales, la utilización deberá ser expresamente consentida por el titular de la organización productiva –lo cual muy bien pudiera desarrollarse a través de negociación colectiva <sup>164</sup>– pero, más allá de las previsiones legales, nada obliga al empresario a facilitar los medios materiales para desarrollar las tareas de información y comunicación previstas en la norma laboral <sup>165</sup>.

4. Respecto de los controles ejercidos sobre el navegador de Internet utilizado por el trabajador, a diferencia de cuanto ocurría en el supuesto anterior, no cabe justificar el anclaje de la protección del trabajador frente al control efectuado sobre las páginas web visitadas durante la jornada de trabajo en el derecho al secreto de las comunicaciones. En este supuesto existe un acceso a información, pero no una verdadera comunicación interpersonal objetivamente tutelable <sup>166</sup>. En consecuencia, el juego de la facultad empresarial será más amplio a la hora de verificar los posibles incumplimientos contractuales del trabajador consistentes en consultar páginas web para fines particulares durante la jornada de trabajo, si bien no cabe desconocer su sujeción al límite indeclinable constituido por el derecho a la intimidad <sup>167</sup>.

Cosa distinta será analizar –aun cuando ésta sea una cuestión extramuros del análisis sobre la legitimidad de la facultad de control empresarial– la gravedad predicable de tal conducta, pues no todo acceso a Internet no consentido por el empresario tiene por qué llegar a constituir causa de san-

<sup>161</sup> GREENE, A.M.; HOGAN, J. y GRIECO, M.: «Commentary e-collectivism and distributed discourse: new opportunities for trade union democracy», *Industrial Relations Journal*, Vol. 34, núm. 4, 2003, págs. 382 y ss. o FIORITO, J. y BASS, W.: «The use of information technology by national unions: an exploratory analysis», *Industrial Relations*, Vol. 41, núm. 1, 2002, págs. 34 y ss.

<sup>162</sup> LUJÁN ALCARAZ, J.: «Uso y control en la empresa de los medios de información», *AS*, núm. 3, 2001, pág. 19.

<sup>163</sup> SAN 6 febrero 2001 (Ar. 84).

<sup>164</sup> Como ya se ha hecho en algún caso, por ejemplo el supuesto de la STSJ Cataluña 29 diciembre 2003 (Ar. 3865).

<sup>165</sup> STS 26 noviembre 2001 (Ar. 84).

<sup>166</sup> MARTÍNEZ FONS, D.: «Uso y control de las tecnologías de la información y comunicación en la empresa», *RL*, núms. 23-24, 2002, pág. 200 o RUANO ALBERTOS, S.: «Facultades de control por medios informáticos», cit., pág. 35.

<sup>167</sup> LÓPEZ MOSTERIO, R.: «Despido por uso de correo electrónico e Internet», *AL*, núm. 41, 2001, págs. 1.132 y ss. De hecho, algunos pronunciamientos de los Tribunales han considerado que en el registro del ordenador deben observarse las mismas garantías que el artículo 18 ET prevé para el registro de las taquillas, SSTSJ Cantabria 20 y 23 febrero 2004, citadas por FERNÁNDEZ VILLAZÓN, L.A.: «A vueltas con el control empresarial sobre la actividad laboral: test de honestidad, telemarketing, registro de terminales y uso –o abuso– de Internet», cit., pág. 39.

ción, menos aún de despido, el cual sólo será procedente cuando revista aquellas notas de gravedad y culpabilidad exigibles con carácter general <sup>168</sup> y que en el presente caso pueden verificarse, además de por conductas graves *a fortiori* <sup>169</sup>, por una especial frecuencia o duración de las conexiones para fines personales <sup>170</sup>, aun cuando no falten pronunciamientos más estrictos a tenor de los cuales cualquier conexión extralaboral –al margen de la gravedad del perjuicio que pueda causar al empresario en forma de gasto telefónico o pérdida de rendimiento–, supone *per se* un grave quebranto de la buena fe contractual <sup>171</sup>.

En su valoración, con todo, no dejan de preponderar criterios subjetivos del juzgador *a quo*, según acepte o no un cierto uso tolerable de los medios informáticos por parte del trabajador y según sus propias convicciones, algo evidente de comparar cómo algún Tribunal ha considerado especialmente constitutivo de deslealtad el acceso a páginas de contenido pornográfico <sup>172</sup>, mientras otros tribunales restan importancia a tal extremo frente al incumplimiento laboral que tal conducta supone *per se* <sup>173</sup>.

También debiera tener importancia a estos efectos la actitud previa del empresario, pues si la conexión particular había sido regularmente tolerada durante un período relativamente prolongado de tiempo, no parece de recibo –a tenor de aquel principio general del Derecho que prohíbe *venire contra factum proprium*–, un cambio brusco e intempestivo para sancionar duramente tal conducta sin, al menos, realizar una advertencia previa <sup>174</sup>.

Es de destacar, en cualquier caso, la dificultad probatoria que presenta la conducta reprochable al trabajador, habida cuenta el medio generalmente utilizado por la empresa viene dado por sus archivos centrales en los cuales ha quedado registrada toda la actividad desarrollada desde un determinado ordenador, esto es, el número de páginas a las cuales se ha accedido y su duración.

Tal situación deja abierta la puerta a una notable indefensión de ser admitida como prueba de cargo irrefutable, pues, de un lado, no se tiene conciencia cierta de quién fue la persona que utilizó el ordenador para realizar la conexión <sup>175</sup> –a no ser que hubieran sido utilizadas claves personales

<sup>168</sup> En principio, «no es sancionable la mera conducta del trabajador de conectarse a una dirección de Internet, ajena a sus funciones, de la misma manera que no lo sería tener encima de su mesa una revista que no guardara relación con su puesto de trabajo, por cuanto ello no implica un apartamiento de su atención a las tareas propias de su puesto de trabajo», STSJ Madrid 23 julio 2003 (Jur. 260414).

<sup>169</sup> Como por ejemplo, la constitución de un foro en Internet [STSJ País Vasco 1 julio 2002 (Ar. 2852)] o acceder al correo del Director general clasificado como confidencial [STSJ Castilla y León/Valladolid 11 julio 2002 (Ar. 2213)].

<sup>170</sup> SSTSJ Cataluña 5 marzo 2003 (Jur. 129410) o Madrid 23 julio 2003 (Jur. 260414).

<sup>171</sup> SSTSJ Castilla y León/Valladolid 3 septiembre 2001 (Jur. 322228) o País Vasco 23 abril 2002 (Jur. 221662). Crítico con esta línea dura de pronunciamientos, CARDENAL CARRO, M.: «El abuso de Internet en el trabajo ¿vamos bien?», AS, núm. 12, 2004, págs. 32 y ss.

<sup>172</sup> STSJ Murcia 15 junio 1999 (Ar. 2504), Galicia 30 mayo 2003 (Ar. 3128) o Andalucía/Granada 22 abril 2003 (Jur. 159912).

<sup>173</sup> El carácter pornográfico de las páginas visitadas no añade gravedad a la conducta; antes al contrario, «resulta absolutamente intrascendente el contenido de los ficheros descargados y visualizados, lo único realmente importante es que el trabajador se dedicara en plena jornada laboral, utilizando los medios que le había asignado el empresario, obligándolo con ello a un injustificable gasto telefónico, a fines estrictamente personales», SSTSJ 13 noviembre 2002 (Ar. 471) o Cantabria 13 noviembre 2003 (Ar. 850).

<sup>174</sup> STSJ Madrid 16 julio 2002 (Ar. 3036).

<sup>175</sup> SSTSJ Madrid 17 octubre 2001 (Jur. 24276) o Cataluña 11 junio 2003 (Ar. 2516).

de acceso— y, de otro, el acceso a la página extralaboral no permitida bien pudo haberse producido automáticamente —circunstancia frecuente en las navegaciones por Internet— desde otra utilizada con fines estrictamente profesionales <sup>176</sup>.

5. Respecto a los otros posibles controles ordenados a verificar la utilización del PC efectuada por el trabajador, tales mecanismos han sido considerados lícitos cuando la aplicación se implanta sin entrar en el ordenador del afectado (esta circunstancia, que el Tribunal considera moduladora, bien podría ser una muestra del carácter subrepticio y sorpresivo de la medida) y, por tanto, sin violar su *password* y, además, no tiene como finalidad divulgar la conducta del trabajador sino obtener un conocimiento de cuál era su comportamiento laboral, por lo cual no se entiende vulnerado el derecho a la intimidad <sup>177</sup>.

6. También los controles sobre el uso y contenido de las conversaciones telefónicas de los trabajadores (en particular de los móviles) ha generado un buen número de conflictos en los últimos tiempos, dando pie a soluciones contradictorias en los Tribunales de Justicia <sup>178</sup>. Al igual que sucedía con el control ejercido sobre el *e-mail*, en este caso se ve afectado no sólo el derecho a la intimidad del trabajador, sino también el derecho al secreto de las comunicaciones <sup>179</sup>. Por esta razón, si bien puede no existir inconveniente en permitir que el empresario fiscalice los datos externos de la llamada (número de destinatario, duración, etc.), debería limitarse la posibilidad de intervenir el contenido de la comunicación <sup>180</sup>. Sin embargo, los tribunales laborales han permitido al empleador conocer el contenido de esas conversaciones cuando, de conformidad con el principio de proporcionalidad, existiera una finalidad legítima que justificara la intromisión (como en el caso era, en un supuesto de telemarketing, analizar las técnicas comerciales de los trabajadores para proceder a impartir las oportunas instrucciones para mejorarlas) <sup>181</sup>; no obstante, otros pronunciamientos, y en aplicación del mismo principio, han reconocido que no puede quedar tolerada una fiscalización abusiva y gratuita de la conversación telefónica <sup>182</sup>.

<sup>176</sup> Así lo entiende la SJS Vigo 29 abril 2001 (Ar. 3653), para la cual «olvidando que se trata de "realidad virtual" y pensando en la propia "realidad tangible", un trabajador podría dar explicaciones de por qué al llegar al trabajo leyó los titulares de la prensa, de por qué cuando iba a realizar unas gestiones entró en un determinado comercio, oficina o biblioteca y su conexión o no con el trabajo [pero sólo cuando conozca exactamente la conducta que se le está imputando], merced a la consideración de indemes para la buena fe contractual, por ejemplo, el pararse a mirar una cartelera de cine, saludar a un conocido o tomar un café si ello no ha tenido una negativa repercusión en su rendimiento».

<sup>177</sup> SSTSJ Cataluña 23 octubre 2000 (Ar. 4536) y 29 junio 2001 (Ar. 3236).

<sup>178</sup> SEMPERE NAVARRO, A.V. y SAN MARTIN MAZZUCONI, C.: *Nuevas tecnologías y relaciones laborales*, cit., pág. 128 o AGUT GARCÍA, C.: «Las facultades empresariales de vigilancia y control sobre útiles y herramientas de la empresa», cit., pág. 31.

<sup>179</sup> MARTÍNEZ FONS, D.: *El poder de control del empresario en la relación laboral*, cit., pág. 85.

<sup>180</sup> De conformidad con la doctrina general sentada en la STCo 114/1984, de 29 de noviembre. FERNÁNDEZ VILLAZÓN, L.A.: «A vueltas con el control empresarial sobre la actividad laboral: test de honestidad, telemarketing, registro de terminales y uso —o abuso— de Internet», cit., pág. 38.

<sup>181</sup> Ahora bien, si se permite intervenir las comunicaciones con esa finalidad, en ningún caso queda amparado que luego pueda el empresario hacer otro uso distinto de ellas y, por ejemplo, utilizar los comportamientos vertidos para sancionar al trabajador, lo cual reputaría nula la intromisión. STS 5 diciembre 2003. FERNÁNDEZ VILLAZÓN, L.A.: «A vueltas con el control empresarial sobre la actividad laboral: test de honestidad, telemarketing, registro de terminales y uso —o abuso— de Internet», cit., pág. 38.

<sup>182</sup> Un control exhaustivo y metódico de todas las conversaciones realizadas por los operarios de la empresa no puede sino ser calificado como desproporcionado y, por tanto, ilícito, como se reconoce en la SJS núm. 7, Valencia, de 7 de diciembre de 2000, de la cual da cuenta CAMAS RODA, F.: «La intimidad y la vida privada del trabajador ante las nuevas modalidades de control y vigilancia de la actividad laboral», en AA.VV. (ALARCÓN CARACUEL, M.R. y ESTEBAN LEGARRETA, R., Coords.): *Nuevas tecnologías de la información y de la comunicación y Derecho del Trabajo*, cit., pág. 169.

En cuanto a la valoración que para los Tribunales merece el uso del teléfono de la empresa por parte del trabajador y para usos particulares, suele reconocerse que una cierta utilización puede ser considerada normal como medio de comunicación social del empleado con sus amigos y familiares <sup>183</sup>, si bien en ningún caso se ampara un uso manifiestamente abusivo <sup>184</sup> y la conducta merece mayor reproche cuando se realiza en contra de la expresa instrucción empresarial <sup>185</sup>; en ausencia de ellas, no resulta equitativo pasar de la tolerancia al despido sin una advertencia previa <sup>186</sup>.

Otra perspectiva del uso del teléfono en la empresa radicalmente distinta viene dada por aquella situación en la cual el empresario utiliza el teléfono como cauce para tener controlado al trabajador y poder impartirle instrucciones aun fuera de las horas de trabajo. Desde este punto de vista va cobrando fuerza el llamado «derecho de desconexión» <sup>187</sup> del trabajador, habida cuenta «podría resultar notablemente perjudicado en sus derechos e intereses si se le obligara a mantener una conexión ininterrumpida y en todo momento con la empresa... Quedan sobrepasadas las facultades normales y regulares que confiere al empresario el artículo 20 ET si se obliga a los empleados a... estar pendientes de recibir instrucciones en todo momento, incluso en horas no coincidentes con la jornada de trabajo» <sup>188</sup>.

### 3.2. Una nota final: la necesaria (y hasta ahora en muchos casos eludida) ponderación del derecho a la autodeterminación informativa.

Si hasta el momento la perspectiva adoptada prácticamente de forma unánime por los Tribunales de Justicia a la hora de valorar la licitud de los medios tecnológicos utilizados con fines de control de la actividad laboral ha sido la de su contraste –a través del principio de proporcionalidad– con los derechos fundamentales a la intimidad (art. 18.1 CE) y, en su caso, al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE), semejante realidad exige, para su recta ponderación, aplicar también el juego de otro derecho fundamental más, cual es el de autodeterminación informativa (art. 18.4 CE).

En efecto, el derecho a la protección frente al tratamiento de datos personales ha sido consagrado por el Tribunal Constitucional no sólo como garantía institucional del resto de derechos fundamentales, sino en sí mismo como verdadero derecho fundamental <sup>189</sup> y, desde tal perspectiva resulta clara

<sup>183</sup> SSTSJ Madrid 24 febrero 1993 (Ar. 1010); Castilla-La Mancha 20 junio 1996 (Ar. 3286) o Cantabria 28 agosto 1996 (Ar. 2748). Al respecto, GARCIA NINET, J.I.: «Sobre el uso y abuso del teléfono, del fax, del ordenador y del correo electrónico de la empresa para fines particulares en lugar y tiempo de trabajo. Datos para una reflexión en torno a las nuevas tecnologías», cit., págs. 19 y ss.

<sup>184</sup> SSTSJ Extremadura 6 noviembre 2000 [Ar. Jur 47455 (2001)] o Andalucía/Sevilla 24 octubre 2002 (Ar. 522/2003).

<sup>185</sup> SSTSJ Cataluña 11 marzo 1999 (Ar. 1808) o Galicia 30 mayo 2003 (Ar. 3130/2003).

<sup>186</sup> STSJ Cataluña 19 mayo 2000 (Ar. 5149).

<sup>187</sup> ALARCÓN CARACUEL, M.R.: «La informatización y las nuevas formas de trabajo», en AA.VV. (ALARCÓN CARACUEL, M.R. y ESTEBAN LEGARRETA, R., (Coords.): *Nuevas tecnologías de la información y la comunicación y Derecho del Trabajo*, Albacete (Bomarzo), 2004, pág. 15.

<sup>188</sup> SAN 17 julio 1997 (Ar. 3370).

<sup>189</sup> Entre otras, y por su claridad, SSTCo 254/1993, de 20 de julio, y 290 y 292/2000, de 30 de noviembre.

su conservación inespecífica por los trabajadores en el desarrollo de la prestación laboral <sup>190</sup>. Si a tal dato se une aquel otro, ya esbozado, de conformidad con el cual los medios de control empresarial a través de las nuevas tecnologías, además de permitir un control en tiempo real, suelen recoger en la memoria del ordenador central al cual se encuentran conectados todos los datos relativos al control realizado, sistematizándolos conforme a criterios de alguna forma preestablecidos, pocas dudas pueden haber acerca de la notoria influencia sobre el ámbito del derecho recogido en el artículo 18.4 CE <sup>191</sup>.

Muchas veces ha sido puesto de manifiesto cómo, dentro de un mundo en el que la información relativa a las personas circula a velocidades vertiginosas nunca antes pensadas –propiciando evidentes peligros para sus derechos fundamentales <sup>192</sup>–, la relación laboral constituye un caldo de cultivo ideal para que el empresario –siempre inclinado a utilizar a favor suyo cualesquiera avances tecnológicos– lleve a efecto tratamientos de enormes cantidades de información sobre sus trabajadores <sup>193</sup>, debiendo entonces resultar de aplicación la legislación sobre protección de datos personales en el intento por encontrar garantías adecuadas <sup>194</sup>.

<sup>190</sup> ORTIZ LALLANA, M.ª C.: «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», *AS*, T. V, 1999, pág. 360 o, de la misma autora, «El derecho del trabajador a la intimidad informática y el respeto de su libertad sindical», en AA.VV.: *Trabajo y libertades públicas*, Madrid (La Ley), 2000, pág. 283. En igual sentido, RODRÍGUEZ COARASA, C.: «Algunas proyecciones del derecho constitucional a la intimidad en el ámbito laboral», *Datos personales.org. Revista de la Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid*, núm. 6, 2003, págs. 1 a 13.

<sup>191</sup> ACED FERNÁNDEZ, E.: «La protección de datos personales y videovigilancia», *Datos personales.org. Revista de la Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid*, núm. 5, 2003, págs. 1 y 2.

<sup>192</sup> Entre muchos y por todos, LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, P.: *El derecho a la autodeterminación informativa*, Madrid (Tecnos), 1990, págs. 107 y ss.; HEREDERO HIGUERAS, M.: *La Ley Orgánica 5/1992, de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal*, Madrid (Tecnos), 1996, págs. 5 y ss. o APARICIO SALOM, J.: *Estudio sobre la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter personal*, Pamplona (Aranzadi), 2000, págs. 67 y ss.

<sup>193</sup> SIMITIS, S.: «Developments in the protection of workers personal data», *Contitions of Work Digest*, Vol. 10, 1991, pág. 7; NAPIER, B.: «Computeritiation and employment rights», *Industrial Law Journal*, Vol. 21, núm. 1, 1992, págs. 2 y ss. o BROWN, C. y CAMPBELL, B.A.: «The impact of Technological change on work and wages», *Industrial Relations*, Vol. 41, núm. 1, 2002, págs. 3 y ss.

<sup>194</sup> Sobre la intrincada aplicación de la normativa de protección de datos al ámbito laboral, DEL REY GUANTER, S.: «Tratamiento automatizado de datos de carácter personal y contrato de trabajo. Una aproximación a la "intimidad informática" del trabajador», *RL*, núm. 15, 1995, págs. 7 y ss.; FERNÁNDEZ VILLAZÓN, L.A.: «Tratamiento automatizado de datos personales en los procesos de selección de trabajadores», *RL*, núm. 11, 1994, págs. 7 y ss.; SAGARDOY DE SIMON, I.: «Datos personales, datos profesionales y su tratamiento automatizado», *RL*, T. I, 1995, págs. 1.456 y ss.; FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J. y RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: *Utilización y control de datos laborales automatizados*, Madrid (APD), 1997, págs. 19 y ss.; CARDONA RUBERT, M.ª B.: *Informática y contrato de trabajo*, Valencia (Tirant lo Blanch), 1999, págs. 19 y ss.; de la misma autora, «Tratamiento automatizado de datos personales del trabajador», *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, núm. 16, 1994, págs. 83 y ss. o «Tutela de la intimidad informática en el contrato de trabajo», *RDS*, núm. 6, 1999, págs. 22 y ss.; DE VICENTE PACHES, F.: «Vulneración del derecho a la libertad sindical por uso indebido de la empresa de datos informáticos relativos a afiliación sindical (Comentario a las STC 11/1998, de 13 de enero)», *AS*, T. V, 1998, págs. 473 y ss.; GONZÁLEZ MOLINA, M.ª D.: «Tratamiento automatizado de datos y derecho de huelga: una aproximación al posible uso de una clave informática en "clave antisindical" (Comentario a la STC 60/1998, de 16 de marzo)», *DL*, núm. 56, 1998, págs. 197 y ss.; ORTIZ LALLANA, M.ª C.: «Vulneración del derecho a la libertad sindical mediante uso desviado de datos informatizados sobre la afiliación del trabajador. Libertad sindical y derecho a la intimidad informática», *AS*, T. V, 1999, págs. 359 y ss.; MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P.: «La lesión de la libertad sindical mediante la utilización de datos informáticos automatizados», *Aranzadi TC*, núm. 14, 1999, págs. 15 y ss.; MONTOYA MELGAR, A.: «Ficheros de datos automatizados sobre la salud del trabajador y derechos a la intimidad y la libertad informática», en ALONSO OLEA, M. y MONTOYA MELGAR, A.: *Jurisprudencia Constitucional sobre trabajo y Seguridad Social*, T. XVII, Madrid (Civitas), 1999,

Particularizando esta perspectiva, cabe dar cuenta de cómo la ingente amalgama de informaciones obtenibles a partir de los medios de control tecnológicos (tanto las imágenes y sonidos obtenidos a través de videocámaras instaladas en la empresa y luego archivados o recogidos en un fondo para su posterior examen <sup>195</sup>; como las conversaciones telefónicas grabadas; como las informaciones relativas a la entrada, salida o actuación interna dentro de la empresa –y aún externa, como se ha visto– a partir de cualesquiera medios informáticos de identificación personal –algo particularmente claro cuando se han usado los denominados datos biométricos <sup>196</sup>–; como los correos electrónicos de los trabajadores almacenados para su posterior control <sup>197</sup>; como, en fin, los datos relativos al uso del ordenador o Internet obtenidos a través de sistemas de control instalados en o hacia el PC del trabajador) constituyen «datos personales» de los trabajadores, habida cuenta del amplio concepto aportado por el artículo 3 LOPD, y, en consecuencia, su clasificación, archivo y recogida conforme a «criterios estructurados» <sup>198</sup> constituyen bases de datos de las cuales la empresa se sirve para controlar al trabajador –como medio distinto al propio artilugio utilizado para obtenerlos– y, al tiempo, obtener constancia documental de sus posibles incumplimientos a efectos de poder utilizarlo como prueba cuando fuera menester.

En consecuencia, tanto esos primeros registros de la actividad laboral del trabajador, como cualesquiera tratamientos efectuados sobre los archivos donde se contengan, han de quedar plenamente sometidos a la normativa sobre protección de datos personales contenida en la LOPD <sup>199</sup>. Así lo ha reconocido algún pronunciamiento pionero de los Tribunales de instancia, si bien el plantea-

págs. 300 y ss.; GARCÍA MURCIA, J.: «Derecho a la intimidad y contrato de trabajo: la anotación de bajas médicas (Comentario a la STC 202/1999, de 8 de noviembre)», *Aranzadi TC*, núm. 13, 2000, págs. 13 y ss.; THIBAUT ARANDA, J.: «La incidencia de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal, en el ámbito de las relaciones laborales», *RL*, núm. 13, 2000, págs. 33 y ss.; PRADAS MONTILLA, R.: «Empresas y protección de datos de carácter personal», *AL*, núm. 34, 2000, págs. 69 y ss. o, recientemente, GOÑI SEIN, J.L.: «Vulneración de derechos fundamentales en el trabajo mediante instrumentos informáticos, de comunicación y archivo de datos», *Justicia Laboral*, núm. 17, 2004, págs. 14 y ss.

<sup>195</sup> MARTÍNEZ FONS, D.: «El poder de control empresarial ejercido a través de medios audiovisuales en la relación de trabajo (a propósito de las SSTC 98/2000, de 10 de abril, y 186/2000, de 10 de julio)», cit., págs. 41 y 42; ACED FERNÁNDEZ, E.: «La protección de datos personales y videovigilancia», cit., págs. 1 y 2 o LÓPEZ PARADA, R.: «Análisis jurisprudencial acerca de la instalación por el empresario de sistemas de videovigilancia en los lugares de trabajo», cit., págs. 21 y 22.

<sup>196</sup> WALKER, J.P.: «Algunos aspectos sobre la utilización de datos biométricos en el sector privado», cit., págs. 1 a 6.

<sup>197</sup> RUANO ALBERTOS, S.: «Facultades de control por medios informáticos», cit., pág. 32 o COLAS NEILA, E.: «Elementos para la construcción de una teoría general sobre el uso y control del correo electrónico corporativo», en AA.VV. (ALARCÓN CARACUEL, M.R. y ESTEBAN LEGARRETA, R., Coords.): *Nuevas tecnologías de la información y de la comunicación y Derecho del Trabajo*, Albacete (Bomarzo), 2004, págs. 200 y 201.

<sup>198</sup> Éste parece ser el criterio decisorio para determinar la aplicación de las garantías contenidas en la LOPD según los más recientes pronunciamientos judiciales, SAN, Cont.-Adm., 12 mayo 2004 (RJCA 533).

<sup>199</sup> En este sentido es de destacar cómo la Comisión de Trabajo constituida *ad hoc* ha considerado parcialmente aplicable la Directiva 95/46 a los supuestos de monitorización del correo electrónico laboral (Resolución 5401/2001/EN, de 29 mayo 2002). RUANO ALBERTOS, S.: «Facultades de control por medios informáticos», cit., pág. 32. Sobre las imágenes recogidas a través de videovigilancia y posteriormente archivadas en los bancos de la empresa, MARTÍNEZ FONS, D.: «El poder de control empresarial ejercido a través de medios audiovisuales en la relación de trabajo (a propósito de las SSTC 98/2000, de 10 de abril, y 186/2000, de 10 de julio)», cit., págs. 41 y 42 o LÓPEZ PARADA, R.: «Análisis jurisprudencial acerca de la instalación por el empresario de sistemas de videovigilancia en los lugares de trabajo», cit., págs. 21 y 22.

miento no está ni mucho menos generalizado <sup>200</sup>, quizá, entre otras cosas, por el notable desconocimiento de los profesionales del foro a la hora de alegarlo como posible estrategia defensiva de sus clientes.

La duda estriba entonces en dirimir si el trabajador así controlado ha de prestar o no su consentimiento para hacer lícita la recogida de sus datos. Planteada la cuestión en otros términos, procede elucidar si esa recogida de datos resulta necesaria para el desarrollo de la relación laboral (en cuyo caso, y en tanto desarrollo de una «relación contractual», el empresario estaría eximido, de conformidad con el art. 6 LOPD, de la obligación general de obtener el consentimiento del afectado) o, por el contrario, no lo es (resultando en tal caso necesario obtener la aquiescencia para legitimar la recogida y tratamiento de dichos datos).

Sin duda, la facultad de control empresarial, ínsita al poder de dirección, resulta una potestad inherente a las facultades empresariales y nadie podría negar su absoluta pertinencia y necesidad en el desenvolvimiento de la relación laboral, con lo cual, en principio, la solución habría de ser la primera, quedando el tratamiento de datos justificado por la relación contractual existente entre las partes sin requerir el consentimiento del trabajador *ex* artículo 6 LOPD.

Así lo entienden determinados pronunciamientos recientes de los Tribunales de Justicia, cuando, enjuiciando la legitimidad de aquel ya comentado supuesto en el cual se estaba utilizando un sistema de lectura biométrica mediante infrarrojos de determinados datos de la mano de los trabajadores para el control horario del personal considera que «la excepción a la regla general de la exigencia de consentimiento resulta de plena aplicación al caso, dado que la recogida de datos se realiza en el seno de una relación jurídica laboral o administrativa y tiene como finalidad el control de su cumplimiento, puesto que la observancia de las normas en materia de jornada constituye elemento imprescindible para el cumplimiento del resto de las obligaciones derivadas de dicha relación» <sup>201</sup>.

Aceptando la solución concreta que se acaba de exponer, no obstante, resulta preciso valorar también, como índice jurídico a tener presente, cómo, desde el mismo criterio de proporcionalidad tan del gusto del Tribunal Constitucional a la hora de valorar posibles intromisiones en los derechos fundamentales, las facultades de dirección y control no abarcan cualquier tipo de ingerencia empresarial en la posición subjetiva del trabajador y, en consecuencia, seguramente un sistema de control exhaustivo, indiscriminado y tendente a la totalidad de actuaciones del trabajador, sin existir además una sospecha acerca de alguna irregularidad contractual o alguna otra justificación, no puedan calificarse como imprescindibles para el recto desarrollo de la relación laboral y, en consecuencia, una actividad de recogida de datos del trabajador de tales características requiriera el consentimiento para poder proceder lícitamente al archivo de datos inherente.

<sup>200</sup> Muy interesante la SJS, núm. 33, Madrid 21 octubre 2002 (Ar. 2993); en igual sentido, pero con más difusos argumentos, SAN 24 enero 2003.

<sup>201</sup> STSJ, Cont.-Adm., Cantabria, 21 febrero 2003 (Jur. 122751).

En todo caso, procede recordar cómo «el otro polo sobre el que se asienta el derecho de autodeterminación informativa protegería el derecho de los trabajadores a ser informados de que precisamente por medio de ficheros de datos la empresa va a poder verificar el cumplimiento de sus obligaciones laborales... Así lo establece de forma rotunda el artículo 5.4 LOPD para cuando los datos de carácter personal no hayan sido recabados del interesado, tal como en estos casos ocurre..., debiendo el afectado (en este caso, el trabajador así controlado) ser informado de forma expresa, precisa e inequívoca por el responsable del fichero o su representante, dentro de los tres meses siguientes al momento del registro –plazo que se antoja demasiado largo para el ámbito laboral<sup>202</sup>, manifestación evidente de los muchos problemas provocados por la falta de una regulación específicamente laboral de esta cuestión<sup>203</sup>– de los datos de la procedencia de los mismos, así como de la existencia de un fichero o tratamiento, de la finalidad de la recogida de éstos, de los destinatarios de la información, de la posibilidad de ejercitar los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición y de la identidad y dirección del responsable del tratamiento... (Cuando así no actúe), procede llegar a la conclusión de que la empresa cercenó el derecho fundamental de autodeterminación informativa contemplado en el artículo 18.4 CE, desde el momento en que no le informó en los términos previstos en la LOPD de la existencia de una base de datos controlando, con gran amplitud, el acceso a páginas web de Internet (léase, generalizando la premisa, cualquier extremo de la relación laboral de cuantos se ha dado noticia), ni de las consecuencias que en materia disciplinaria podrían derivarse de tal medida»<sup>204</sup>.

*Item* más, de conformidad con las normas y principios que rigen la protección de datos, sólo se justifica su almacenamiento cuando concorra una finalidad lícita y, por tanto, «únicamente podrán conservarse aquellos extremos que resulten imprescindibles y por el tiempo necesario para cumplir con tal finalidad perseguida con la adopción de dichos instrumentos»<sup>205</sup>.

#### 4. A MODO DE BREVE CONCLUSIÓN

Las páginas anteriores permiten atisbar un panorama en el cual queda patente que el poder de control empresarial sobre los trabajadores está sufriendo una seria transformación a la luz de las potencialidades que le confieren las nuevas tecnologías. Un análisis fáctico permite comprobar cómo

<sup>202</sup> CARDONA RUBERT, M.<sup>a</sup> B.: *Informática y contrato de trabajo*, cit., págs. 125 y ss.

<sup>203</sup> SIMITIS, S.: «Reconsidering the premises of Labour Law: prolegomena to an EU regulation on the protection of employees' personal data», *European Law Journal*, Vol. 5, núm. 1, 1999, págs. 45 y ss. En la doctrina española, entre muchos, DEL REY GUANTER, S.: «Tratamiento automatizado de datos de carácter personal y contrato de trabajo. Una aproximación a la "intimidad informática" del trabajador», cit., pág. 8; CARDONA RUBERT, M.<sup>a</sup> B.: *Informática y contrato de trabajo*, cit., pág. 19; THIBAUT ARANDA, J.: «La incidencia de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal, en el ámbito de las relaciones laborales», cit., pág. 47; ROMERO DE BUSTILLO, S.: «Intimidad e informática en el ámbito de las relaciones laborales», en AA.VV.: *Trabajo y libertades públicas*, Madrid (La Ley), 2000, pág. 298 o GARCÍA MURCIA, J.: «Derecho a la intimidad y contrato de trabajo: la anotación de bajas médicas (Comentario a la STC 202/1999, de 8 de noviembre)», cit., págs. 15 y ss.

<sup>204</sup> SJS, núm. 33, Madrid 21 octubre 2002 (Ar. 2993). En parecido sentido, STSJ, Cont.-Adm., Cantabria 16 mayo 2003 (Jur. 125100).

<sup>205</sup> MARTÍNEZ FONS, D.: «El poder de control empresarial ejercido a través de medios audiovisuales en la relación de trabajo (a propósito de las SSTC 98/2000, de 10 de abril, y 186/2000, de 10 de julio)», cit., pág. 42.

ya en la actualidad los empresarios utilizan complejos mecanismos para el control de sus operarios por cuenta ajena y no parece descabellado pensar que seguirán incorporando cuantos otros nuevos (y más sofisticados) puedan ir apareciendo para aumentar aún más su conocimiento de todo cuanto acaece en sus unidades productivas (y aun fuera de ellas).

Buscar límites a su uso incontrolado y lesivo de derechos fundamentales es un compromiso indeclinable del Derecho Social, pero, por el momento y en tanto la legislación permanezca ayuna de una regulación más concreta, el único criterio de valoración viene dado por el principio de proporcionalidad esbozado por el Tribunal Constitucional, lo cual obligará a un juicio casuístico cada vez que un trabajador considere que los cauces a través de los cuales está siendo vigilado resultan lesivos para sus derechos de intimidad, secreto de las comunicaciones o autodeterminación informativa (cuando en la dinámica operativa de la forma concreta de control se traten de forma ilícita sus datos personales).

Sin demonizar de antemano la tecnología (pues las relaciones laborales de la sociedad post-contemporánea no podrán ya caminar cabalmente sin sus innegables ventajas) y sin poder (a día de hoy) resolver de forma terminante (más allá del mentado principio de proporcionalidad) una cuestión llamada a continuar evolucionando de forma frenética en los tiempos por venir, resulta menester elevar la voz para reclamar una humanización de los comportamientos empresariales en este punto. Es cierto que sus excesos están siendo debidamente corregidos por los tribunales laborales (pero sólo, lógicamente, cuando un trabajador reclama frente a una determinada práctica); no menos cierto es que, de no mediar una concienciación que cambie modos y maneras, la utilización abusiva de la tecnología por quien ocupa la parte contractual más fuerte será cada vez más frecuente, con el riesgo de empezar a convertir en realidad las peores pesadillas hasta ahora sólo atisbadas por la ciencia ficción.