

LAS RELACIONES LABORALES Y EL USO DE LAS TECNOLOGÍAS INFORMÁTICAS

MARÍA BELÉN CARDONA RUBERT

Titular Universitaria Departamento de Derecho del Trabajo
Universidad de Valencia

El ámbito laboral ha sufrido el embate de las nuevas tecnologías. Su introducción en el mundo laboral ha transformado, en profundidad, la realidad productiva: la utilización del correo electrónico, el acceso a Internet, la utilización sindical de intranet, la aceptación de la firma electrónica como modo de contraer obligaciones contractuales y de finalizarlas (la dimisión electrónica), el tratamiento automatizado de datos e informaciones relativas al trabajador, la aplicación de las nuevas tecnologías en la vigilancia y control de la prestación laboral, el teletrabajo, son algunas de las manifestaciones de la generalización de las nuevas tecnologías en la empresa.

La irrupción de la tecnología informática ha, por tanto, revolucionado el mundo laboral, transformando en profundidad la organización del trabajo, fundamentalmente, sobre dos de sus facetas más destacadas, el proceso de producción y la gestión empresarial.

La actividad productiva se ha visto enormemente facilitada y agilizada, pero estas indudables ventajas no han evitado que la implantación generalizada de las nuevas técnicas, particularmente, en los sistemas de gestión del personal hayan puesto de relieve su potencial lesividad para la esfera de los derechos fundamentales de la persona y, en concreto, para algunos de los aspectos más vulnerables de la personalidad: la dignidad e intimidad del trabajador.

La aplicación de la informática a la gestión del personal somete a duro examen la capacidad del ordenamiento jurídico para responder a los nuevos interrogantes que se plantean puesto que, en esta situación, es el Derecho el llamado

a encontrar el equilibrio entre la utilización de las nuevas tecnologías y el respeto a los derechos y libertades del individuo.

La influencia de las nuevas tecnologías en el ámbito laboral no se agota en su capacidad de incidir sobre la organización productiva sino que, al mismo tiempo, su introducción en el mercado laboral tiene indudables consecuencias sobre la creación y mantenimiento del empleo. Por ello, en esta breve reflexión sobre la utilización de las nuevas tecnologías en el ámbito de las relaciones laborales individuales, se analizará, siquiera brevemente, cuál está siendo el papel de las nuevas tecnologías, particularmente, de las conocidas como TIC (tecnologías de la información y la comunicación) en la creación de empleo.

1. La ausencia de regulación legal específica

La realidad española se caracteriza, a diferencia de otros ordenamientos y de la propia legislación comunitaria¹, por la ausencia de una regulación legal específica para los problemas laborales derivados del empleo de la informática y por la escasez, incluso, de normas generales.

Las excepciones a esta realidad pueden contarse con los dedos de una mano. Por una parte, la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de Regulación del Tratamiento Automatizado de Datos de Carácter Personal (LORTAD), que nace en cumplimiento del mandato constitucional (art. 18.4 CE) y con vocación para resolver y cubrir el vacío legislativo existente hasta el momento, posteriormente sustituida por la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, que supone la adaptación de la norma a la Directiva 95/46/CE, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos. Se trata de normas cuya generalidad planteará problemas a la hora de ser aplicada a ámbitos tan específicos y diferenciados del resto como el ámbito laboral y que los tribunales se irán poco a poco ocupando de resolver.

Completan el elenco de esas pocas excepciones legislativas la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la Sociedad de la Información y del Comercio Electrónico y el todavía Proyecto de Ley de Firma, que debe sustituir el Decreto Ley 14/1999, de 17 de septiembre.

¹ Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 24 de julio de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos; Directiva 97/66/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección a la intimidad en el sector de las telecomunicaciones; Directiva 2002/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las telecomunicaciones (Directiva sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas).

A esta escasa normativa le acompañan, eso sí, algunas frustradas iniciativas de regulación legal que no por frustradas desprovistas de interés, por hallarse dirigidas a solucionar algunos de los problemas más acuciantes en la aplicación de las nuevas tecnologías en el ámbito laboral. Por citar alguna de ellas, la Proposición de Ley del Grupo Parlamentario Mixto para proceder a la regulación de la utilización y el acceso al correo electrónico y a Internet por los trabajadores y sus representantes²; o la Proposición de Ley del Grupo Parlamentario Socialista del Congreso, sobre el incremento de las garantías de los trabajadores y funcionarios en materia de derecho a la intimidad, igualdad y no discriminación³.

El desierto de regulación legal específica obliga a los operadores jurídicos y a los tribunales a realizar ímprobos esfuerzos aplicativos de las normas generales al ámbito laboral, intentando solucionar los desajustes con los que en esa labor se tropiecen, no consiguiendo eliminar, en toda situación, la sensación de inseguridad jurídica y de desconcierto sobre los límites a la utilización de la tecnología informática en el trabajo.

2. El papel de la negociación colectiva y de la regulación unilateral

El hecho de que los poderes normativos estatales no se hayan distinguido, hasta el momento, por una actuación eficaz para ofrecer, finalmente, una regulación de la aplicación de las nuevas tecnologías de la información y comunicación en la empresa, hace que cobre relevancia las regulaciones alternativas provenientes de otras instancias y, particularmente, de la autonomía colectiva.

Las principales organizaciones sindicales no pierden de vista el papel que la negociación colectiva puede y debe desempeñar en un momento en el que los conflictos por la aplicación de las TIC son cada vez más frecuentes y en el que el legislador sigue sin ofrecer respuestas. Así lo demuestran las manifestaciones que al respecto vienen realizando a través de diversos instrumentos, es el caso de los Criterios para la Negociación Colectiva del 2003, aprobados por la Comisión Ejecutiva Confederal de CC.OO. (19/11/2002), en el que se destacan las TIC como uno de los aspectos a los que la regulación convencional debe prestar mayor atención.

La realidad, sin embargo, viene de nuevo caracterizada por la escasez de convenios colectivos que recojan estos nuevos problemas y cuando lo hacen, salvo contadas excepciones, ofrecen regulaciones poco afortunadas, sobre todo, por parciales, sin que se contemplen todos los perfiles de la cuestión. Entre los pocos

² BOCG. Senado, Serie III A, núm. 13 (a).

³ BOCG. Congreso de los Diputados, VII Legislatura, Serie B: Proposiciones de Ley, 16 de febrero 2001, núm. 109-1.

contratos colectivos que hacen referencia al tema pueden destacarse, entre otros: en el sector de las telecomunicaciones, el IX Convenio Colectivo de Telefónica de España, S.A.U.⁴, en el que se establecen reglas precisas para la utilización de los medios informáticos en la empresa; o en el sector de la banca, el Convenio Colectivo Interprovincial de Cajas de Ahorros⁵, el Acuerdo Colectivo de Barclays Bank, S.A.⁶; o en sectores varios como seguros, comercio u otros, el Convenio Colectivo de Mapre Grupo Asegurador, S.A.⁷, Convenio Colectivo de Grandes Almacenes⁸.

El año 2003 deja, sin embargo, un producto convencional particularmente interesante, que recoge el espíritu, en gran medida, del Acuerdo Marco Europeo sobre el Teletrabajo⁹, me refiero al Acuerdo Marco Interconfederal para la Negociación Colectiva¹⁰ que dedica un capítulo completo, el VII, al teletrabajo.

En cualquier caso, por el momento, la autonomía colectiva, ni agota todos los problemas, ni el ejemplo de los escasos convenios colectivos que contemplan la aplicación de las TIC en la empresa, ha sido seguido en la mayoría de los sectores productivos, que siguen desprovistos de norma.

Este clima favorece, sin duda, el protagonismo de la autonomía individual y de los códigos unilaterales de conducta, como el método preferido por algunas empresas, en cuanto a la regulación de la utilización de los medios informáticos.

La cuestión que se plantea con los códigos éticos de conducta unilaterales es el de su aceptabilidad. En principio, los códigos de conducta, siempre y cuando su contenido sea regular y ajustado a Derecho, constituyen una manifestación del poder de dirección del empresario, admitida por el ordenamiento jurídico (art. 20 ET).

3. El tratamiento y almacenamiento automatizado de datos del trabajador

En el ámbito laboral el interés de los empleadores por obtener información que les permita realizar una gestión eficiente de sus empresas justifica el afán por obtener datos de los trabajadores cuanto más completos y precisos, mejor. Ahora bien, el interés del empresario no reside únicamente en planteamientos de

⁴ BOE de 2 de julio de 2001.

⁵ BOE de 1 de septiembre de 2001.

⁶ De 31 de mayo de 2002.

⁷ BOE de 2 de abril de 2002.

⁸ BOE de 10 de agosto de 2001.

⁹ Suscrito el 16 de julio de 2002, por UNICE/UEAPME, CEEP y CES.

¹⁰ Madrid, 30 de enero de 2003.

eficiencia y rentabilidad sino que el empresario tiene en cuenta otras consideraciones como las exigencias de la legislación, ofrecer respaldo a la selección de candidatos, salvaguardar la seguridad personal y laboral, controlar la calidad de la prestación laboral y del servicio que se presta a la clientela y proporcionar protección a los bienes de la empresa.

En este marco la utilización de técnicas informáticas de recuperación y tratamiento de datos han ampliado de manera importante las posibilidades empresariales de acceder a informaciones relativas a sus empleados.

La gestión informatizada del personal permite que todos los datos concernientes al contrato del trabajo, desde el momento de su constitución a su rescisión, sean incluidos en los bancos de datos de la empresa. Con la informática se multiplica la capacidad de acumulación de información y se permite al empresario reconstruir, a partir de datos aparentemente inocuos, el perfil del trabajador, perfil susceptible de ser utilizado con los fines más variados.

La protección que el ordenamiento español proporciona a esta faceta de la intimidad se despliega en dos direcciones, en primer lugar, frente a las intromisiones indeseadas en la privacidad del individuo y, en segundo lugar, frente a su utilización ilegítima¹¹. En esa línea se insertaba la protección que aportaba la ya derogada LORTAD y se inserta, ahora, la Ley 15/1999, de Protección de Datos de Carácter Personal. Dicha protección se construye alrededor del concepto de autodeterminación informativa o libertad informática, entendida como el derecho de control sobre los datos personales (art. 6 Ley 15/1999) y que en el ámbito laboral se concretaría en el concepto de intimidad informática, o en un sentido más amplio intimidad informativa, del trabajador y que sería aquella que confiriere al trabajador la facultad de conocer y controlar cuantas transacciones y operaciones se realizaran con sus datos, así como la facultad de decidir sobre dichas operaciones a través del otorgamiento informado de su consentimiento, poniendo en sus manos cuantos instrumentos de defensa prevea el ordenamiento, convirtiendo al propio trabajador titular de los datos en el más eficaz garante de su intimidad.

Para el legislador español no todos los datos merecen igual consideración. En efecto, la Ley 15/1999 privilegia los que denomina datos sensibles y a los que hace dignos de una especial protección. Se trata de datos estrechamente vinculados a la dignidad y personalidad humanas, que se encuentran ya garantizados a través de otros derechos fundamentales, en especial, a través de los arts. 16 y 18 de la Constitución Española.

En virtud de la Constitución existe una prohibición de indagar en tales aspectos, prohibición que tiene prolongaciones en el ámbito laboral en cuanto a

¹¹ Vid. in extenso Cardona Rubert, M.B., *Informática y contrato de trabajo*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

las posibles consecuencias discriminatorias que puedan derivarse del uso que de tales informaciones haga el empresario. El art. 4.2.c) ET declara que en la relación de trabajo los trabajadores tienen derecho a no ser discriminados, entre otras, por razones de sexo, raza, ideas religiosas o políticas, afiliación o no a un sindicato, disminuciones físicas, psíquicas y sensoriales y el art. 17.1 ET establece la nulidad de todo pacto individual o decisión unilateral del empresario que contenga discriminaciones favorables o adversas en el empleo, así como en materia de retribuciones, jornada y demás condiciones de trabajo por las mismas circunstancias. Se trata de derechos constitucionales que gozan de eficacia directa e inmediata en el contrato de trabajo y que son esgrimibles frente al empresario.

La Ley 15 /1999 se ocupa de ellos en su art. 7, bajo el epígrafe «datos especialmente protegidos». Son éstos, datos que en función de su propia naturaleza contienen información de cuyo uso incontrolado pueden derivarse consecuencias especialmente negativas para la persona a la que se refieren. Este perjuicio para los derechos de las personas deriva no tanto del contenido de los datos en sí mismo considerado como del ámbito o contexto en el que se utilicen.

Gozan de esa especial protección las siguientes categorías de datos: 1) datos sobre la ideología, religión o creencias; 2) datos relativos al origen racial, la salud y la vida sexual; y, por último, 3) datos personales referentes a infracciones penales o administrativas. Para todos ellos, datos de carácter personal, se establece la prohibición de crear ficheros con la única finalidad de almacenarlos.

En cuanto a la primera categoría de datos, datos sobre la ideología, religión o creencias, es jurídicamente irrelevante la concepción ideológica del trabajador en orden a la constitución, desarrollo o extinción de una relación laboral, quedando prohibida toda indagación del empresario sobre datos a ella relativos. La Ley 15/1999 dota de especial protección a estos datos, exigiendo que su titular preste su consentimiento de modo expreso, que no de lugar a interpretaciones ambiguas y por escrito. El sujeto deberá ser, además, advertido acerca de su derecho a no prestarlo, lo que trasladado al ámbito laboral significa que el trabajador, ante el requerimiento del empresario para aportar datos de este tipo, podrá rehusar suministrar tal información sin que para él se deriven consecuencias negativas.

Este postulado quiebra, sin embargo, en las organizaciones «cuya finalidad es realizar programas ideológicos o de creencia; las empresas con fines políticos, religiosos, sindicales o culturales o cuya actividad es indisoluble de un determinado postulado ideológico; empresas o actividades que implican la defensa o, como mínimo, el acatamiento de unos determinados principios ideológicos¹², es decir

¹² Blat Gimeno, F.R., Relaciones laborales en empresas ideológicas, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1986, pág. 66.

lo que se conoce como empresas ideológicas o de tendencia (*Tendenzbetrieb*). En este tipo de empresas no está prohibido al empresario indagar sobre dichos extremos, siempre que se trate de datos que permitan calibrar la aptitud profesional y capacidad del trabajador para desempeñar las actividades a las que sea destinado. En cualquier caso, esta licencia a favor del empresario no es, en modo alguno, absoluta sino que se encuentra limitada a aquellas prestaciones para cuya realización es necesaria una mayor conexión con el ideario de la empresa, es decir, aquéllas que se corresponden con las denominadas tareas de tendencia.

Por lo que respecta a las informaciones relativas al origen racial y nacional del trabajador. El conocimiento de las informaciones sobre la nacionalidad del trabajador es necesario tanto para el empresario como para la Administración, a efectos de la concesión y renovación de los permisos de trabajo y residencia. El problema se plantea porque la nacionalidad de origen puede hacer aparecer indirectamente el origen racial, así como las convicciones religiosas de los interesados, pudiendo originar actitudes racistas difícilmente verificables. En cualquier caso, se trata de un dato que, por sus peculiares características, va a dificultar el cumplimiento de las garantías que la Ley establece para evitar un uso abusivo del mismo, puesto que en la mayoría de los casos resulta relevante para la constitución del vínculo contractual.

Con respecto a la vida sexual del trabajador le está absolutamente prohibido al empresario indagar, acceder o someter a tratamiento automatizado o no, informaciones relativas a los comportamientos sexuales de sus empleados. Con independencia del móvil del empresario, este tipo de prácticas son difícilmente encuadrables en el marco constitucional ya que, al contrario del caso anterior, no existe duda alguna sobre su pertenencia a la esfera más íntima y reservada del ser humano.

Las informaciones relativas a la salud son informaciones especialmente sensibles a las que el legislador español ha proporcionado una especial protección¹³. En cuanto al ordenamiento laboral, se hace recaer sobre el empresario la obligación de garantizar la seguridad y salud de los trabajadores a su servicio en todos los aspectos relacionados con el trabajo, exigiendo de su actuación la inexistencia de consecuencias negativas para la persona del trabajador y constituyendo a aquél en garante último de su seguridad y salud, como correlato al derecho de los trabajadores de ser protegidos eficazmente durante la prestación de trabajo [arts. 4.2.d) y 19.1 ET y el art. 14.2 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales].

¹³ Desde la Ley General de Sanidad (14/1986, de 25 de abril) que establece entre los derechos de los pacientes, el derecho al respeto a su personalidad, dignidad humana e intimidad y a que se mantenga la confidencialidad de toda la información relacionada con su proceso y con su estancia en instituciones sanitarias (art. 10); a la Ley 15/1999, que establece la prohibición de recabar o tratar este tipo de datos salvo que su titular otorgue su consentimiento o que por razones de interés general una ley así lo disponga; a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales (Ley 31/1995, de 8 de noviembre) que en su art. 22 establece los términos en los que dicha información debe de ser manejada.

En cumplimiento de ese deber genérico la Ley de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL), prevé, en su art. 22, medidas de vigilancia y la realización de controles periódicos sobre el estado de salud del trabajador, fijando los términos en los que deben realizarse dichas medidas. La información que sobre la salud del trabajador se obtiene a través de la realización de controles pertenece a su esfera privada y el uso que de la misma se haga puede tener repercusiones para su situación personal y profesional.

Al empresario le está permitida una intromisión dirigida a ese aspecto de la esfera privada del individuo. Lógicamente, esta autorización no puede entenderse como absoluta sino que estará estrictamente limitada a las informaciones que encuentren razonable justificación en el cumplimiento de los deberes contractuales y en la garantía a la salud de los trabajadores. Al empresario se le facilitará el conocimiento de las conclusiones, únicamente, en cuanto se refieran a la aptitud del trabajador para el desempeño del puesto de trabajo, a la necesidad de mejorar o introducir las medidas de protección y al desarrollo correcto de las funciones en materia de prevención.

Estos mismos criterios tienen que ser utilizados a la hora de determinar la legitimidad del sometimiento obligatorio del trabajador a la realización de tests de detección del AIDS, de consumo de drogas o alcohol o a los tests genéticos. Todos ellos con capacidad de proporcionar datos sobre el trabajador cuyas repercusiones en las decisiones empresariales son difícilmente verificables.

El Tribunal Constitucional, en STC 202/1999, de 8 de noviembre, tiene ocasión de pronunciarse sobre un supuesto de creación de un registro de bajas médicas en la empresa, que tenía por finalidad controlar el absentismo laboral. La empresa, sin el consentimiento de los trabajadores, había creado una base de datos en la que almacenaba los diagnósticos médicos de las bajas por incapacidad temporal de los trabajadores extendidas por facultativos de la Seguridad Social. El TC entiende que los datos relativos a la salud son datos sensibles y, por lo tanto, especialmente protegidos, por lo que sólo cabe recogerlos expresamente cuando así lo disponga una ley o el afectado consienta de manera expresa. A pesar de las obligaciones empresariales establecidas en los arts. 22 y 23 LPRL, de realizar la vigilancia periódica de la salud de sus empleados y de elaboración y conservación de la documentación relativa a los controles sanitarios realizados a los trabajadores y de una relación de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, con incapacidades superiores a un día de trabajo, se concluye que no concurre el interés general que justificaría la autorización por ley, en la medida en que la finalidad de la base de datos no era preservar la salud de los trabajadores sino controlar el absentismo laboral. Había, en definitiva, que entender que el almacenamiento de datos médicos había sido una medida inadecuada y desproporcionada, lesiva del derecho a la intimidad y la libertad informática.

La última categoría de datos sensibles a los que la Ley 15/1999 dota de especial protección es la referida a las infracciones penales y administrativas. No son éstos, datos inocuos sino que pueden jugar un papel determinante en el ánimo del empresario, sobre todo, en el momento de la contratación del candidato al empleo, generando actitudes discriminatorias.

La Ley 15/1999 es tajante al excluir la posibilidad de que dichos datos estén incluidos en ficheros privados, como los ficheros empresariales y, por tanto, de detectar su presencia en ellos estaríamos ante una incuestionable contravención del tenor de la ley. Por otra parte, aunque la ley no hace referencia a las infracciones estrictamente laborales del trabajador, sancionadas en base al poder disciplinario del empresario, a falta de mención expresa puede entenderse permitido su tratamiento informático¹⁴.

4. La utilización de las Tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC) en las relaciones laborales

La proyección de las nuevas tecnologías sobre las relaciones laborales individuales, con independencia de la concreta manifestación de la que se trate (correo electrónico, navegación en Internet) plantean un mismo orden de cuestiones, que pueden sintetizarse en dos:

- Límites del uso extralaboral de los medios informáticos por los trabajadores;
- Facultad de vigilancia y control empresarial de dicho uso.

En realidad, la difusión masiva de las tecnologías de la información no ha introducido conflictos distintos a los que ya se planteaban en cuanto a la utilización de medios de la empresa para fines privados y el derecho del empresario de controlar tal utilización, pero ciertamente la utilización de las tecnologías de la información y la comunicación (TIC) multiplica las facultades de control empresarial y, por lo tanto, su capacidad para fiscalizar la ejecución de la prestación laboral.

No se trata, únicamente, de un incremento cuantitativo sino fundamentalmente cualitativo. La posibilidad de monitorizar los ordenadores, los controles sobre la navegación en internet y el correo electrónico permiten realizar controles más incisivos, con menor esfuerzo por parte del empresario. Dichos controles, aún siendo realizados dentro del más riguroso respeto al Derecho, pueden llegar a poner en riesgo el secreto a las comunicaciones y el derecho a la intimidad de los trabajadores.

¹⁴ En igual sentido, Del Rey Guanter, S., Tratamiento automatizado de datos de carácter personal y contrato de trabajo: una aproximación a la «intimidad del trabajador», en *Relaciones Laborales*, n.º 15, 1993, pág. 24.

4.1. El uso del correo electrónico

Una de las manifestaciones de la implantación generalizada de las tecnologías de la información en la empresa es la utilización masiva del correo electrónico como medio de comunicación en la empresa y, por lo tanto, como instrumento de trabajo por los trabajadores. La cuestión es que según manifiestan los estudios especializados, la utilización que de este instrumento de trabajo se realiza en la relación laboral es cada vez más privada o, dicho de otra manera, se incrementa la utilización del mismo con fines ajenos a los propios del contrato de trabajo. Se calcula que alrededor de un 42% de los empleados usa el ordenador desde la oficina para temas personales¹⁵.

Se trata de un novedoso medio de comunicación, que ha sido adoptado prácticamente en todas las empresas, pero cuya introducción plantea algunas incertidumbres.

El debate en España sobre los límites de la utilización legítima del correo electrónico en el puesto de trabajo se introduce por el despido de un empleado por la Deutsche Bank, que dio origen a la STSJ de Cataluña de 14 de noviembre de 2000¹⁶. La conducta del trabajador despedido consistió en la utilización del correo electrónico que la empresa pone a disposición de sus empleados, totalmente desvinculada de los objetivos profesionales para los que se habilita su uso. En concreto, el trabajador había procedido al envío de 140 mensajes, en horario laboral, con el correo electrónico facilitado por la empresa, a otros empleados y a su propia dirección personal de correo (a un total de 298 destinatarios), con contenidos claramente personales (humorísticos, sexistas...).

La utilización abusiva de un instrumento de trabajo para fines propios plantea, desde la perspectiva empresarial, numerosos inconvenientes o perjuicios. En primer lugar, se señala el daño económico, que no obstante ser inapreciable en cuanto al coste de la llamada, no lo es en cuanto al *lucrum cesans*, es decir, el tiempo que el trabajador no dedica a la prestación efectiva del trabajo sino a menesteres diversos que no sólo redundan en la disminución de su rendimiento, sino también en el de los otros compañeros a los que envía los mensajes.

Por otra parte, ese uso desviado puede comprometer la capacidad del sistema informático para transmitir información, la seguridad, imagen o competitividad de la empresa, mediante la transmisión de informaciones confidenciales, relativas a empleados, clientes o proveedores, a terceros ajenos a la empresa; realización de prácticas de acoso sexual a otros compañeros de trabajo, utilizando este nuevo medio de comunicación, etc.

¹⁵ Fuente Optenet. www.optenet.com.

¹⁶ Sentencia que resolvía el recurso de suplicación interpuesto por Deutsche Bank, frente a la Sentencia del Juzgado de lo Social de Barcelona, de 21 de marzo de 2000.

Lo que parece claro es que, con independencia de cuál sea el daño concreto que se valore, el interés del empresario puede verse comprometido por el uso irregular y abusivo del correo electrónico y en sí misma dicha conducta constituir una transgresión de la buena fe contractual¹⁷ y un abuso de la confianza depositada en el trabajador, frente al cual se le reconoce al empresario capacidad de reacción, con medidas disciplinarias al uso (art. 54 ET) pero también la facultad de prevenir dichas conductas, mediante el ejercicio del poder de control de la actividad productiva.

La cuestión es que el legítimo interés del empresario de controlar la ejecución de la prestación de trabajo por parte de sus empleados y el uso que de los instrumentos de trabajo realizan, cuando el mismo no sea proporcional, justificado y con la adopción de las cautelas suficientes, puede conllevar lesiones a los derechos fundamentales previstos en el art. 18 CE, a la intimidad y al secreto de las comunicaciones del trabajador, cuya declaración solemne en sede laboral se encuentra en el art. 4.2.e) del Estatuto de los Trabajadores (en adelante ET) que establece el derecho al respeto de su intimidad y a la consideración debida a su dignidad, incluida la protección frente a ofensas verbales o físicas de naturaleza sexual.

El art. 20.3 ET reconoce y delimita las facultades de control y vigilancia del empleador, cuando establece que éste podrá adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales, guardando en su adopción y aplicación la consideración debida a su dignidad humana. También en los artículos 18 y 20.4 ET, en los que el legislador ha regulado los derechos empresariales de registro sobre la persona y bienes del trabajador y de comprobación de su situación patológica, aparece aquélla como único límite a las facultades potestativas del empresario.

La *ratio* de todos estos artículos no es la de impedir el control empresarial, sino la de defender la privacidad del trabajador de aquellos ataques intrusivos y desproporcionados en su esfera privada. En concreto, el artículo 20.3 ET delimita las facultades del empresario y lo hace sometiéndolo a dos límites insoslayables.

El primero de ellos se encuentra en la misma finalidad del control ya que éste no puede sino tender a la estricta verificación del cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales. La facultad de control no es ilimitada sino que está condicionada por los propios límites del contrato de trabajo, de manera que no puede alcanzar más que a los extremos que guarden directa relación con aquél.

¹⁷ Sobre los criterios de la doctrina judicial para la apreciación de estas conductas como transgresoras de la buena fe contractual, vid. la clasificación realizada por Sempere Navarro, A.V., San Martín Mazzucconi, C., *Nuevas Tecnologías y Relaciones Laborales*. Aranzadi, Cizur Menor, 2002, págs. 75-77.

El segundo de los límites es la dignidad del trabajador, puesto que la dignidad de la persona, consagrada constitucionalmente en el art. 10.1, se halla presente en todos los derechos fundamentales y, por supuesto, en el derecho a la intimidad (arts. 18 de la Constitución y 4.2 ET).

Por otra parte, desde la perspectiva del trabajador, no cabe invocar el derecho de la persona a la conservación incondicional de la intimidad. Las especiales características del contrato de trabajo convierten en ilegítima una cierta reducción de la zona protegida por la norma puesto que la misma idea del ingreso en la organización empresarial comporta una cierta compresión de los derechos de los que el individuo es titular¹⁸, sin que ello pueda justificar medidas incompatibles con la dignidad de la persona del trabajador. La norma impide todo control o fiscalización de la vida privada del trabajador desvinculada de los aspectos técnico-organizativos del trabajo, y toda vigilancia que elimine el espacio de libertad de la persona que está en la propia esencia del derecho a la intimidad¹⁹.

Como siempre que se plantea un conflicto o tensión en sede laboral, se trata de procurar alcanzar el difícil equilibrio entre los intereses empresariales y los derechos del trabajador. Con la introducción de las nuevas tecnologías resulta inevitable una cierta apertura de la intimidad del trabajador en la empresa; el trabajador debe necesariamente perder un poco de su intimidad laboral²⁰, siempre que la facultad de control del empresario sea ejercida de modo racional y objetivo.

En el legítimo ejercicio de las potestades de vigilancia y control del empresario, es necesaria la utilización de técnicas que tengan en cuenta tanto las exigencias del empresario como las de los trabajadores. Alcanzar una solución que contemple los intereses en conflicto no es tarea fácil. Aun siendo necesarios los esfuerzos por hallar tal equilibrio, no existe, sin embargo, sistema alguno capaz de preservar la intimidad del trabajador de modo absoluto, sin que ello signifique que no se le haya de dotar de las máximas garantías posibles.

El problema que se plantea con el control empresarial del uso del correo electrónico es que para realizarlo el empresario acudirá, en primer término, al sistema de control que permite de manera más eficaz conocer cuál ha sido el uso que el empleado ha realizado del correo: la monitorización del correo electrónico, que comporta, ineludiblemente, la intromisión del empresario en el contenido de los mensajes o, como mínimo, la identificación del emisor del mensaje y del destinatario lo que supondría ya de por sí, como ha señalado el TC en

¹⁸ Fernández López, M.F., Libertad ideológica y prestación de servicios, en *Relaciones Laborales*, n.º 7, 1985, pág. 65.

¹⁹ Goñi Sein, J.L., El respeto a la esfera privada del trabajador. Ed. Civitas, Madrid, 1988, págs. 116 y 117.

²⁰ Zanelli, P., *Nuove tecnologie, Legge e contrattazione collettiva*. Giuffrè. Milán, 1993, págs. 116 y 117.

sentencia 114/1984, de 29 de noviembre, una violación del secreto de las comunicaciones, que cubre no sólo el contenido de la comunicación, sino también, la identidad subjetiva de los interlocutores. El TC, en las sentencias 70/2002, de 3 de abril y 123/2002, de 20 de mayo, en la misma línea de la sentencia de 1984, realiza una interpretación tecnológicamente actualizada del derecho al secreto de las comunicaciones, entendiendo que el mismo ofrece tutela frente a las interferencias en todo tipo de comunicación, independientemente de la técnica de transmisión utilizada y con independencia del contenido del mensaje (conversaciones, imágenes, informaciones, datos, votos, etc.)

Por todo ello, parece imprescindible, partiendo de la tolerancia sobre un cierto uso extralaboral del correo electrónico, como ocurre con el teléfono, siempre que no se convierta en abusivo, reconocer la facultad del empresario de controlar el uso del correo electrónico pero exigiendo que en su ejercicio utilice métodos de control respetuosos con los derechos fundamentales como: la medición del volumen del tráfico, generado en relación a la tarea desarrollada; la utilización de sistemas de detección de determinadas palabras de diversa índole; la adjudicación de una doble cuenta de correo, una a uso estrictamente profesional, otra a uso personal. En definitiva, realizar un esfuerzo imaginativo que permita conciliar los intereses de ambas partes.

4.2. La navegación en Internet

El uso privado de Internet en la empresa reproduce las cuestiones que se plantean con el correo electrónico, es decir, la legitimidad de un uso no estrictamente laboral por parte del trabajador y la facultad del empresario de controlar dicha utilización, de manera respetuosa con la privacidad del trabajador.

Los perjuicios que para la actividad de la empresa se desprenden de una navegación por Internet abusiva son indudables. A parte de los costes directos que supone para la empresa la menor productividad del empleado, el uso privado de Internet también redundará en la congestión de la red de la empresa, pues los empleados no suelen limitarse, únicamente, a visitar páginas web de diverso tipo (sitios pornográficos, del corazón), según sus propios intereses, sino que resulta común que aprovechen la mejor infraestructura informática de la empresa para efectuar la descarga de archivos MP3 o de vídeo, con potencialidad suficiente para colapsar el tráfico informático, reducir la velocidad de transmisión de información y obligar de esa manera a la empresa a ampliar la capacidad de Internet, incrementando las inversiones económicas destinadas a tal fin.

Lógicamente ante comportamientos de este tipo, se reconoce al empresario la facultad de controlar el uso que el trabajador realice de Internet, con el fin de defender su interés de empresa y descubrir las utilizaciones de Internet alejadas de los fines propios del contrato, para pasar a ser consideradas abusivas. La cues-

ción es en qué términos debe plantearse esa capacidad de control, para que su ejercicio no ponga en peligro la intimidad del trabajador, sobre el que se pretende realizar un seguimiento, para verificar si realizó o no un uso desviado de este instrumento de trabajo, alejado de lo que podría considerarse una utilización razonable y, por tanto, contrario a la buena fe contractual.

El usuario de Internet, más allá de los datos personales que pueda ceder voluntariamente ante requerimientos de los sitios a los que pretenda acceder, revela de manera inconsciente hábitos, gustos, preferencias, ideología política, religiosa, opciones sexuales, etc. Datos cuyo procesamiento permite reconstruir fieles perfiles de los usuarios.

Cada máquina de la red tiene asignada una dirección IP (Internet Protocol) que permite al responsable de la red y al proveedor de acceso relacionar al usuario con dicha dirección, así como con todas las informaciones relativas al tipo de comunicación: la hora y fecha de conexión, informaciones técnicas que caracterizan el tipo de uso (acceso a páginas web, mensajería, etc.), los intentos de conexión a sitios, conseguidos o no. Todos estos datos son recolectados automáticamente por los proveedores de acceso y consignados en un archivo llamado «archivo log» que permite conocer las costumbres, gustos y centros de interés del internauta.

El empleo conjunto de los «archivos log» junto a otros tratamientos invisibles de la información, como los «cookie»²¹, técnicas utilizadas en Internet para establecer la comunicación entre ordenares distantes, permite hacer acopio de información de gran calidad relativa al internauta. De manera que una monitorización del uso que el empleado ha realizado de Internet, permite al empresario conocer con exactitud cuál es el perfil del trabajador, a través del rastro que ha dejado en la navegación.

Dichas informaciones, relativas al tráfico informático, pertenecen a la esfera de la intimidad del trabajador y como tales deben de ser protegidos frente a la interceptación que de ellas pretenda hacer el empresario, mediante la aplicación de los criterios legales generales (art. 20.3 ET), es decir, mediante la utilización por parte del empresario de técnicas respetuosas con la privacidad de los trabajadores. Por ello, se impone en principio, salvo casos excepcionales, la evitación de la monitorización del uso realizado por el trabajador, para acudir a mecanismos alternativos, en concreto, a la utilización de los llamados «Universal Resource Locator Filtering» o sistemas de filtrado del acceso a Internet. Filtros que pueden ser anteriores al uso o posteriores.

²¹ La «cookie» es un pequeño archivo emitido por un servidor consultado por un usuario, grabado en su disco duro y, posteriormente, susceptible de ser identificado por la máquina que la generó. Se conserva durante un tiempo y puede contener la información que la Web visitada quiera incluir en él. Para una descripción minuciosa de los «tratamientos invisibles» y de los riesgos para los derechos fundamentales, vid. Marínez Martínez, R., La protección constitucional de los derechos fundamentales frente a los usos de las nuevas tecnologías. El caso de Internet. Valencia, 2003, inédito.

Los filtros iniciales pueden actuar de manera absoluta, filtrando todo y sólo permitiendo el acceso a dominios previamente determinados por el empresario o, preferiblemente, por el empresario y los representantes de los trabajadores, o bien, filtros que impiden el acceso, únicamente, a determinados dominios prohibidos. Mientras que los filtros posteriores, actúan a posteriori, a partir del estudio estadístico de las conexiones, cuando se supere un determinado porcentaje del tráfico normal, porcentaje fijado de común acuerdo por empresario y representantes de los trabajadores.

Los tribunales, por su parte, han tenido ya ocasión de pronunciarse sobre la legitimidad de los controles empresariales sobre el uso de Internet de los trabajadores, aplicando la doctrina del TC del criterio de proporcionalidad y exigiendo, por tanto, la superación del triple juicio de idoneidad, necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto. Es el caso de la STSJ de Madrid, de 4 de diciembre de 2001 que considera que el control por el empresario de los accesos a Internet por un trabajador, aún considerándose medida idónea para conseguir el objetivo perseguido (verificar la naturaleza laboral o extralaboral del uso), no se reputa necesario «al existir aplicaciones informáticas útiles al fin propuesto que no requieren la entrada en el ordenador personal», por lo que no supera el triple juicio de proporcionalidad.

En resumen, controles empresariales del uso de Internet sí pero no cualquiera, sino sólo aquellos que sean respetuosos con la esfera de los derechos fundamentales de los trabajadores.

5. Las nuevas tecnologías y el empleo

El escenario laboral actual aparece, sin duda, marcado por la introducción y desarrollo de las tecnologías de la información y de la comunicación. En el caso español y en comparación con otros Estados comunitarios, se observa un incipiente y sostenido desarrollo que no es exclusivo del mundo laboral sino que afecta a la sociedad española en su conjunto. Así lo ponen de relieve algunos datos: en el año 2000, los gastos en TIC per cápita crecieron en España a una tasa interanual del 18%, cinco puntos porcentuales por encima de la media europea²²; en el 2001, el porcentaje de hogares españoles que disponen de un PC es del 29%, lo que supone un crecimiento anual del 7.4%²³; otro dato que viene a confirmar la tendencia apuntada es que el 90.2 % de los centros de enseñanza primaria y secundaria, según datos del curso 2000/2001, tienen conexión a Internet.

²² Fuente: MYCT, European Information Technology Observatory (EITO) 2002.

²³ Fuente: MYCT, Asociación Española de Empresas de Tecnologías de la Información (Sedisi) 2000, 2001.

En el ámbito de la sociedad de la información, se incrementa la demanda de trabajadores cualificados y se crean nuevos empleos relacionados directamente con las TIC. Al tiempo que esta nueva tendencia no se queda en los sectores estrictamente tecnológicos sino que de la misma se contagian todos los sectores productivos, de manera que se convierte en una exigencia universal, casi para todo tipo de puesto de trabajo, como mínimo, la familiarización en el manejo de las TIC.

Se abren así nuevas posibilidades de empleo en la sociedad basada en el conocimiento y la tecnología y no de cualquier empleo sino de empleo de alta calidad²⁴. Todo ello dentro de estrategias globales de los Estados Miembros de la UE que a partir, sobre todo, del Consejo Europeo de Lisboa, de 23 y 24 de marzo de 2000, aúnan esfuerzos en la consecución de un nuevo objetivo estratégico común para la UE: convertirse en la economía basada en el conocimiento más competitiva y dinámica del mundo, capaz de crecer económicamente de manera sostenible, con más y mejores empleos y con mayor cohesión social. Para tan ambicioso objetivo, en Lisboa, se hace hincapié en la necesidad de comenzar por adaptar los sistemas educativos y de formación europeos a las demandas de la sociedad del conocimiento, para lo cual los Estados Miembros deben redoblar sus esfuerzos a favor del uso de la tecnología de la información y la comunicación para el aprendizaje.

Este proceso de apertura a las TIC, potenciado desde instancias comunitarias puede comportar, sin embargo, nuevas formas de exclusión social. Se comienza a analizar la relación entre la pobreza y el riesgo de división tecnológica, como los grupos de ingresos más bajos tienen menos acceso a la tecnología y, por lo tanto, presentan un mayor riesgo de quedar excluidos del mercado de trabajo y del desarrollo general social y cultural²⁵. Es lo que se conoce como «infomarginalidad» y que azota particularmente a aquellos colectivos que ya reúnen en sí notas que los hacen merecedores de la calificación de colectivos en riesgo de exclusión social (inmigrantes, personas mayores, habitantes de zonas rurales o discapacitados).

En el caso del Estado Español y siguiendo las directrices comunitarias, en los diversos planes anuales de acción para el empleo se convierte en una constante de las actuaciones previstas, la referencia a la potenciación de la utilización de las TIC, fundamentalmente a través de la formación, como mecanismo idóneo para mejorar la empleabilidad de los diversos colectivos²⁶. Estas actuaciones se articulan en diversos programas y proyectos, que no pierden de vista el nuevo riesgo de exclusión sociolaboral (la infomarginalidad), por lo que en los mismos son fre-

²⁴ Decisión CE de 18 de Febrero de 2002, relativa a las directrices para las políticas de empleo de los Estados Miembros para el 2002 (Pilar II).

²⁵ Libro Blanco de la Comisión Europea «Un nuevo impulso para la juventud europea». 21/11/2001, COM (2001) 681 final.

²⁶ Plan Nacional de Acción para el Empleo del Reino de España del 2002. También en el PNAE del 2003 aparece la referencia a las nuevas tecnologías, mediante el fomento de la creación de empleo en el sector servicios y desarrollo de la sociedad de la información.

cuentes, de manera exclusiva o no, las referencias a colectivos con mayores dificultades de acceso a las TIC. Entre otros:

- El Programa: «Internet para todos», dirigido a todos los ciudadanos, pero que presta especial atención a los colectivos con mayor riesgo de «informarginalidad».
- El Programa de alfabetización digital, dirigido a asociaciones representativas de colectivos de ciudadanos con mayores dificultades para acceder a la Sociedad de la Información.
- La iniciativa INFO XXI.
- El impulso de programas de nuevas tecnologías en zonas rurales, a través de proyectos como FORINTEL PYMES XXI, cuyo objetivo es la formación en TIC de 4.000 trabajadores de PYMES ubicados en pueblos de entre 2.000 y 50.000.