

NUEVAS TECNOLOGÍAS Y CONTROL DEL EMPRESARIO

María Fernanda Fernández López
Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la
Universidad de Sevilla

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. LA DIRECCIÓN Y EL CONTROL A DISTANCIA POR EL EMPRESARIO DE LA PRESTACIÓN LABORAL: EL PLANTEAMIENTO CLÁSICO Y EL DERECHO A LA INTIMIDAD COMO LÍMITE. 3. LAS MEDIDAS DE CONTROL DEL USO DE SISTEMAS INFORMÁTICOS. EL VALOR PROTECTOR DEL DERECHO A LA INTIMIDAD. 4. LA TUTELA DEL TRABAJADOR EN LA RECOGIDA Y TRATAMIENTO DE DATOS DE CARÁCTER PERSONAL. 4.1. INTRODUCCIÓN. 4.2. MOMENTO INICIAL DE LA PROHIBICIÓN EN EL MARCO LABORAL: LOS TRATOS PRELIMINARES. 4.3. EL CONTENIDO DE LA INFORMACIÓN. 4.4. LAS FORMAS DE RECOGIDA DE LA INFORMACIÓN. 4.5. LA FINALIDAD DE LA RECOGIDA DE INFORMACIÓN. 4.6. LA COMPATIBILIDAD CON LA FINALIDAD ORIGINAL EN EL USO DE LOS DATOS POR PARTE DEL EMPRESARIO. 4.7. LOS DERECHOS DEL TRABAJADOR SOBRE SUS DATOS PERSONALES. 4.8. LA FORMALIZACIÓN Y LAS RESPONSABILIDADES EN ORDEN A LA INFORMACIÓN. 4.9. CONSIDERACIÓN ESPECIAL DE LA PREVENCIÓN DE RIESGOS Y LA INFORMACIÓN SOBRE LA SALUD DE LOS TRABAJADORES. 5. LA DIMENSIÓN COLECTIVA DE LOS DERECHOS DE INFORMACIÓN. 6. ALGUNAS CONCLUSIONES SOBRE EL MARCO LEGAL GENERAL. 7. SOBRE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA COMO FUENTE REGULADORA.-

RESUMEN

La vertiginosa incorporación de las Tecnologías de la Información y Comunicaciones (TIC) dentro de las relaciones laborales ha alterado profundamente la estructura en la cual éstas se desarrollan. Esta situación ha ido generando una serie de conflictos muy diversos que han repercutido en el Derecho, lo que ha puesto en movimiento, a su vez, instrumentos dogmáticos heterogéneos. Este artículo trata las cuestiones jurídicas que se han suscitado en España a raíz de esta nueva realidad. Al efecto, detalla la normativa existente, la jurisprudencia aplicada y la opinión doctrinaria formulada acerca de estos problemas jurídicos, tales como: la facultad del empleador para vigilar al trabajador por medios electrónicos, recopilación de datos personales de los empleados, facultad del empleador para revisar los correos electrónicos corporativos de su personal y, las posibilidades y efectos que tienen las TIC en el ejercicio de la libertad sindical.

ABSTRACT

The vertiginous incorporation of new Information and Communication Technologies (ICTs) in labor relations has deeply changed the structure of these relationships. This phenomenon has been generating diverse kinds of new conflicts with repercussions in Law, which has put in movement, at the same time, dissimilar law's instruments. This paper provides a comprehensive description of this new reality in Spain. To do this, it is detailed, the existing norms, legal decisions made and academic opinions related with these legal issues as: faculty of enterprises to watch over employees through electronic means, data protection for workers, right of the employer to track corporative e-mails of the personnel, and the possibilities and effects that ICTs has in the freedom of association and collective bargaining.

PALABRAS CLAVE

Tecnologías de la Información y Comunicaciones en el ámbito Laboral; Derecho Laboral (España); Protección de Datos Personales (España); Intimidación de los trabajadores; Secreto de las comunicaciones; Facultad de control y dirección del empleador; Libertad de empresa; Libertad sindical; Artículo 18 de la Constitución Española (CE); Estatuto de los Trabajadores (ET); Ley Orgánica 11/1985 (LOLS); Ley Orgánica 15/1999 (LOPD); Ley 34/2002; Directiva 95/46/CE; Directiva 2002/58/CE; Jurisprudencia.

KEY WORDS

Information and Communication Technologies in the Labor context; Labor Law (Spain); Data Protection Law (Spain); Employee's Intimacy; Secret of communications; Employer's surveillance and direction right; Freedom of enterprise; Freedom of association and collective bargaining; Article 18 Spanish Constitution; Workers' Statute; Organic Act 11/1985; Organic Act 15/1999; Act 34/2002; Directive 95/46/CE; Directive 2002/58/CE; Case Law.

1.- INTRODUCCIÓN

Hace tiempo que se elaboraron en España los primeros estudios sobre la invasión laboral de las nuevas tecnologías, en relación con la modernización tecnológica de los procesos productivos fabriles, que plantean problemas sumamente interesantes sobre la adaptación del trabajador a este nuevo entorno laboral y el condicionamiento que supone a los modos de ejercicio clásico de los poderes empresariales. Pero también sobre el impacto laboral de una nueva serie de tecnologías de la información y de las comunicaciones que claramente van a revolucionar, no sólo la manera de trabajar —en la empresa o fuera de ella— sino también la manera de estar en la empresa, o aun, de ser y desenvolverse las relaciones personales en la empresa. Se daba así recepción a una corriente internacional que había tenido ya importantes manifestaciones en forma de Convenios o Declaraciones, y que había recibido acogida en la legislación de los países más avanzados.

Y, pese a los años y a los numerosos estudios que han seguido, aún tiene sentido volver a examinar el efecto laboral de una evolución que ha alterado en mucho nuestra forma de vivir. Porque, como era inevitable, el fenómeno no ha hecho más que crecer, en el ámbito doctrinal desde luego, pero también en la práctica de nuestros Juzgados y Tribunales, que reiteradamente han debido enfrentarse al mismo desde muy distintos puntos de vista, en evolución continua, abandonando unas herramientas conceptuales para emplear otras, de tal modo que en pocos años se han dado verdaderos giros copernicanos jurisprudenciales que están necesitados de continuo estudio y puesta al día. Algunos datos, sin embargo, permanecen como una constante que puede ser significativa: de todas las Sentencias pronunciadas por los Tribunales del Orden Social de la jurisdicción, y aun del Tribunal Constitucional, prácticamente dos han sido los cauces procesales que han conducido a ellas:

- el primero y con mucho el más numeroso, ha sido el proceso que podríamos llamar "de origen disciplinario", basado en la revisión de despidos o de sanciones de este carácter fundados en comportamientos de los trabajadores que han sido puestos de manifiesto, cuando no abiertamente generados, por el uso de las nuevas tecnologías.

- el segundo, bastante menos intenso, el de conflictos colectivos, generados por los comportamientos de los representantes de los trabajadores en relación con las nuevas tecnologías, y por las pretensiones de éstos y de los sindicatos en relación con ellas.

Ambas series de procesos, y el hecho de que condicionen la forma en que nuestros Tribunales se han acercado a las nuevas tecnologías evidencia, de momento, que la realidad se está moviendo de forma muy dinámica, generándose conflictos y buscando una forma de regulación que los Tribunales reclaman sobre todo de la negociación colectiva. Una forma de regulación que es cierto que todavía no ha llegado en lo laboral y que es imprescindible para la mediación en intereses en conflicto de innegable trascendencia: por un lado, valores y derechos como la intimidad, la privacidad como parcialmente distinta de aquella, el secreto de las comunicaciones, la libertad de expresión y, en última instancia, la libertad sindical; por otro, la propiedad sobre los medios de producción y su asignación teleológica a alcanzar los fines propuestos por el empresario y la libertad de empresa, en cuanto que lleva inescindiblemente asociadas las facultades de dirección y control de la organización creada.

Las líneas de fuerza que se acaban de mencionar justifican que una vez más se vuelva sobre el tema, tratando de realizar una visión de conjunto de la situación en nuestro ordenamiento.

La premisa de la que ha de partir el análisis es elemental: que lo que se conoce en el lenguaje de la calle como "nuevas tecnologías" se refleja en la realidad laboral de formas muy diversas, que ponen en movimiento instrumentos dogmáticos a su vez heterogéneos.

- por una parte, los que se asocian al estudio de las facultades empresariales de control y dirección. En efecto, las innovaciones tecnológicas prolongan los poderes de dirección y de control del empresario, hasta un punto en que pueden introducirse en la esfera personal del trabajador, no comprometida con el trabajo. Esta capilarización del poder empresarial en cada relación de trabajo ha tenido y tiene vistosas manifestaciones en relación con el control a distancia por videovigilancia o por receptores de sonido. Pero no sólo, también inciden en él el omnipresente ordenador y los programas informáticos. O incluso programas telefónicos que permiten escuchar las conversaciones. En esta aproximación juega un papel determinante una cierta orientación defensiva: la que busca la tutela de valores en juego del trabajador, en casi todos los casos la intimidad y la dignidad personal. La ley está más presente de lo que parece en este contexto, aunque la jurisprudencia sea todavía la protagonista.
- pero también la innovación tecnológica puede facilitar la recopilación y/o el almacenamiento de datos del trabajador y aun la fabricación de datos nuevos a partir de los que ya se poseen, como instrumentos para la adopción de decisiones empresariales de toda índole. El problema que entonces se genera es múltiple, pero se manifiesta con especial agudeza en momentos en que la intimidad del trabajador está en juego, por ejemplo datos médicos, personales o familiares. Por encima de todos estos problemas sobrevuela la legislación de protección de datos, pero en la limitación de su recopilación y tratamiento ha de jugar un papel determinante también la norma laboral general. Se trata de saber que tal cosa se está haciendo y de determinar

hasta qué punto los datos de los que es fuente el trabajador le pertenecen y puede controlar el uso que de ellos se hace.

- en tercer lugar, hay que tener en cuenta que la innovación tecnológica genera nuevas formas de relación entre los trabajadores, y nuevas obligaciones y derechos nacidos de ellas. Esto lo muestra la jurisprudencia a cada paso. Con independencia de conductas en que el componente de censura es más patente (por ejemplo, introducirse subrepticamente en ordenadores o correo de compañeros; acosar por correo electrónico o acceder a webs de contenido contrario a valores dominantes en la empresa o fuera de ella), a todo ello se añade el mero empleo de los recursos tecnológicos por los trabajadores para uso privado y el correo electrónico. Esta variante plantea problemas específicos pues, si por un lado recuerda y conecta con la tradicional prohibición de uso privado por los trabajadores de materiales de la empresa para alguna Sentencia, por otro lado parece ser mayoritaria la convicción judicial de que no se trata exactamente de la misma serie de problemas. Que no es igual que la prohibición de usar el coche de la empresa o proveerse de gasolina para el propio coche. No es lo mismo porque el daño no es comparable en términos de costo. Además, como bien recuerdan nuestros Jueces, el correo electrónico es una forma creciente de comunicación interpersonal, por lo que no es posible ni razonable prohibir su uso para fines personales en un contexto de moderación y razonabilidad, en línea con lo que ha sucedido en relación con otros medios normales de comunicación como el teléfono. Así, ¿puede hablarse de un derecho a la comunicación por este medio casi cotidiano de los trabajadores? ¿Queda excluido de éste el acceso no autorizado a páginas web? Esto plantea el problema de cómo se controla el correo: si se conoce a quién se le mandan las cartas y si se puede leer su contenido. A la eventual lesión del derecho a la intimidad se añade aquí el derecho al secreto de las comunicaciones, en fuerte evolución por este ámbito.

- finalmente, ha de mencionarse la utilidad sindical de muchos de estos derechos. O la utilidad *pro labor* de los mismos, por ejemplo manifestada en el acceso de los trabajadores a sitios sindicales o de defensa de sus derechos. Y, en su expresión más intensa, el eventual derecho de los representantes de los trabajadores a acceder a sus representados a través del correo electrónico. Y el mismo derecho en relación con el sindicato. Y, como colofón, las competencias de los representantes de los trabajadores en el ámbito de las nuevas tecnologías: a) de negociación; b) de información antes de su implantación; c) de control de su aplicación? Un control regular y no intervenciones esporádicas en casos de despidos, por ejemplo; d) la aplicación analógica del art. 18 del Estatuto de los Trabajadores (en adelante, ET) en caso de acceso a la documentación personal del trabajador en correo electrónico y la presencia necesaria de representantes de los trabajadores, etc.

Para esta variada fenomenología es preciso un análisis también variado, que difícilmente se reconduce a algunos puntos comunes, y que vamos a tratar de desarrollar en el orden en que se han expuesto sus principales manifestaciones.

2.-LA DIRECCIÓN Y EL CONTROL A DISTANCIA POR EL EMPRESARIO DE LA PRESTACIÓN LABORAL: EL PLANTEAMIENTO CLÁSICO Y EL DERECHO A LA INTIMIDAD COMO LÍMITE

Esta aproximación al tema es la más clásica, incluso desde la perspectiva de las tecnologías aplicadas, si se tiene en cuenta el temprano pronunciamiento restrictivo de alguna legislación comparada como el *Statuto dei Lavoratori* de 1970 en relación con los "impianti audiovisivi" y su relativo impacto en nuestro propio ordenamiento. Pero, pese a su relativamente reciente planteamiento, es perceptible que sus manifestaciones más clásicas se han quedado ya casi obsoletas, y que continuamente aparece el problema desde orientaciones nuevas, desde tecnologías nuevas, con problemas propios. Como apunta el Grupo de Trabajo creado a nivel comunitario al amparo de la Directiva 95/46, "las organizaciones públicas y privadas han incrementado el recurso a sistemas de captación de imagen en Europa a lo largo de pocos años", generando un "vivo debate" destinado a compaginar el recurso a estos sistemas con "la necesaria salvaguarda de datos personales"¹. Como puede comprobarse, el solo planteamiento del problema a escala comunitaria revela hasta qué punto se han trastocado algunos de los puntos de partida que se creían más firmes.

En su versión clásica se trataba de saber si la legitimidad de las facultades de control que a la empresa reconoce el art. 20.3 ET como corolario necesario del poder de dirección, se extiende también al uso de medios técnicos que permitan realizarlo a distancia, a veces sin que los trabajadores sean conscientes de ello, y, precisamente por realizarse con medios técnicos, de forma constante e indiscriminada. Y no sólo ya introduciendo el acceso audiovisual a áreas reservadas tradicionalmente (vestuarios, servicios, lugares de descanso, etc.), sino incluso, en lugares y momentos estrictamente laborales, invadiendo conversaciones o actitudes no laborales que es inevitable tener en los prolongados periodos de disponibilidad laboral.

Los problemas que se han detectado en relación con estas instalaciones son de diferente índole: el primero de ellos, el alcance de la intimidad de los trabajadores en el seno de las organizaciones productivas –incluso, el planteamiento de si hay intimidad en ellas, habida cuenta de las relaciones interpersonales que se generan y de la publicidad relativa de lo que en ellas se hace–; a continuación, la coordinación del o los valores y derechos de los trabajadores con esas facultades de dirección y control que son la piedra de toque de la efectividad de las tecnologías audiovisuales.

En relación con la primera de las vertientes enunciadas, la legislación laboral no hace referencia al alcance de la intimidad del trabajador en el ámbito laboral, más allá de su reconocimiento explícito como derecho básico del trabajador en la relación de trabajo en el art. 4.2.e) ET y de algún apunte concreto a lo largo del articulado de las leyes laborales, como el propio ET, por ejemplo en el art. 18, ó en el art. 22 de la ley 31/95; de Prevención de Riesgos Laborales. Por eso la primera cuestión es valorar si se aplica en el ámbito laboral la LO 1/82, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad y a la Propia Imagen. Si así fuera, sin otros condicionamientos y por restringida que fuera la

¹ GRUPO de Trabajo cit., "opinión 4/2004 on the Processing of Personal Data by means of Video Surveillance", 11750/02/EN/WP89, de 11 de febrero de 2004, pág. 1.

línea de la intimidad del trabajador, el art. 7 de la LO 1/82 apuntaría a la resolución de estos problemas en su rotundo texto: "Tendrán la consideración de intromisiones ilegítimas en el ámbito de protección delimitado por el art. 2 de esta ley: 1. El emplazamiento en cualquier lugar de aparatos de escucha, de filmación, de dispositivos ópticos o de cualquier otro medio apto para grabar o reproducir la vida íntima de las personas". Y "2. La utilización de aparatos de escucha, dispositivos ópticos, o de cualquier otro medio para el conocimiento de la vida íntima de las personas o de manifestaciones o cartas privadas no destinadas a quien haga uso de tales medios, así como su grabación, registro o reproducción". Prevalcería la prohibición, sin más, a no ser que se autorizara por los interesados en los términos recogidos en el art. 2 de la propia LO 1/82.

La aplicabilidad de esta ley en el ámbito laboral ha sido defendida por la doctrina con argumentos sumamente firmes². Y no se desdeña tampoco por parte de nuestros Tribunales, aunque con la peculiaridad de que, aunque se suela mencionar en los razonamientos de las Sentencias la LO 1/82 entre el aparato normativo que ha de ser aplicado para resolver la cuestión, los razonamientos no hacen uso de ella ni de su fundamental art. 7, pudiéndose afirmar que en la evolución de la doctrina judicial al respecto ha sido, con mucho, más trascendente la jurisprudencia constitucional³. Realmente, aunque la ley orgánica 1/82 sea esencial a la hora de delimitar en abstracto conductas potencialmente contrarias al derecho a la intimidad, no es especialmente útil en sí misma para resolver los problemas planteados por los controles que se están analizando en el seno de la relación de trabajo. Básicamente, porque la propia noción de los derechos que regula es esencialmente móvil y susceptible de ajustarse a las más variadas circunstancias y así se expresa desde el principio de su articulado (art. 2.1): "la protección civil del honor, de la intimidad y de la propia imagen quedará delimitada por las leyes y por los usos sociales atendiendo al ámbito que, por sus propios actos, mantenga cada persona reservado para sí misma o su familia". Y ese ámbito reservado tiene demasiados matices en el marco laboral como para que le sean sin más aplicables los pronunciamientos generales, una vez que la jurisprudencia constitucional se decantó por la admisibilidad en abstracto de los medios de videovigilancia. El esfuerzo a partir de ese momento ha sido el de precisar cuáles eran esos márgenes dejados por la ley y los usos sociales en el contexto laboral.

Porque la admisibilidad de esos medios se ha resuelto en fechas relativamente recientes en nuestro Tribunal Constitucional, después de una vicisitud ante los Tribunales ordinarios que no ha sido ni mucho menos pacífica. En efecto, los Juzgados y Tribunales del Orden Social adoptaron ante la pregunta básica —si hay intimidad en el ámbito de las organizaciones productivas— respuestas contradictorias.

La tesis negativa partía de una definición restrictiva de lo que fuera intimidad, nacida de una traducción literal de los términos de la propia Constitución, de su art. 18.1 en concreto, que reconoce "el derecho...a la intimidad personal y

familiar", y de la doctrina más clásica que, por ello; mismo, tendió a centrar el ámbito protegido en el marco tecnológico de la época, señalando como áreas sensibles el domicilio y la correspondencia⁴. Si —para los sostenedores de este punto de vista— la intimidad es una esfera de reserva que comprende los aspectos más íntimos de la persona y de su entorno familiar, resulta relativamente sencillo concluir que no existe tal intimidad cuando se trabaja, porque la actividad laboral se desarrolla en entornos públicos; es una actividad "coral" para trabajadores, mandos y Dirección en la que, salvo los más reservados ámbitos vinculados casi con el pudor, no hay áreas de reserva. Esta tesis ha llegado hasta momentos muy recientes. Es la que se mantiene en la STSJ Galicia de 4 de octubre de 2001 (RA 3366), que "cabe que nos preguntemos si un derecho fundamental de todo ciudadano como es el derecho recogido en el art. 18 de la Constitución Española (en adelante, CE) como es el de la intimidad personal y familiar y el secreto de las comunicaciones aparece o no vulnerado por la intromisión que hace el empresario, pero antes hemos de decir que se habrá de calificar de distinta manera según se desarrolle en la empresa, con sus instrumentos y dentro del horario de trabajo o fuera de él, en un ámbito de domicilio privado o en su horario de esparcimiento personal o familiar". En un contexto fuera del círculo personal y familiar, las facultades de control empresarial se desarrollan impulsadas por la titularidad de los medios productivos.

Como es sabido, el Tribunal Constitucional zanjó este entendimiento de la intimidad y afirmó sin ambages que la intimidad también es derecho ejercitable en el ámbito de las organizaciones productivas. En una serie de Sentencias que se resume en la 98/2000: "si bien hemos afirmado en alguna ocasión que los hechos referidos a las relaciones sociales y profesionales en que el trabajador desempeña su actividad no se integran, en principio, en la esfera privada de la persona...⁵ no es menos cierto que también hemos matizado esa afirmación inicial señalando que no cabe ignorar que, mediante un análisis detallado y conjunto de esos hechos, es factible en ocasiones acceder a informaciones atinentes a la vida íntima y familiar del trabajador (SSTC 142/1993, F. 8 y 202/1999, F. 2), que pueden resultar lesivas del derecho a la intimidad personal protegido por el art. 18.1 CE". Dada por el propio TC la vuelta al argumento que pretende conservar, es claro que no puede "limitarse apriorísticamente el alcance del derecho a la intimidad de los trabajadores a las zonas del centro de trabajo donde no se desempeñan los cometidos propios de la actividad profesional, negando sin excepción que pueda producirse lesión del referido derecho fundamental en el ámbito de desempeño de las tareas profesionales. Tal afirmación resulta rechazable, pues no puede descartarse que también en aquellos lugares de la empresa en los que se desarrolla la actividad laboral puedan producirse intromisiones ilegítimas por parte del empresario en el derecho a la intimidad de los trabajadores, como podría serlo la grabación de conversaciones entre un trabajador y un cliente, o entre los propios trabajadores, en las que se aborden cuestiones ajenas a la relación laboral que se integran en lo que hemos denominado propia esfera de desenvolvimiento del individuo (SSTC 231/1988, de 2 de diciembre, F. 4 y 197/1991, de 17 de octubre, F. 3, por todas)".

² Ver José Luis GORRI SEIN, *El respeto a la esfera privada del trabajador*. Madrid, Civitas, 1988, págs. 148 y 149, en controversia con la tesis de Alfredo MONTOYA MELGAR. Parecidamente afirma la aplicabilidad de la LO 1/82 Fernando de VICENTE PACHÉS, *El derecho del trabajador al respeto de su intimidad*. Madrid, CES, 1998, pág. 326, y 328 para los controles auditivos.

³ Este es el esquema argumental de numerosas sentencias de los Tribunales del Orden Social. Por todas, SSTSJ Murcia 3 febrero de 2003 (93451 y 93452, dos Sentencias de la misma fecha); Galicia 29 marzo 2001 (454) y 20 marzo 2002 (3385) y 30 noviembre 2001 (390); Valencia 31 octubre 2003 (207140); Extremadura 3 abril 2000 (2317); País Vasco 30 noviembre 1999 (7007); Canarias 25 julio 2001 (4603); ó Madrid 14 septiembre 2000 (4136).

⁴ Como se ha observado por la doctrina con todo acierto, el art. 18 CE desarrolla una visión de la intimidad "preinformática", y así ha sucedido también, cabe decir, a su desarrollo laboral (Pablo Lucas MURILLO DE LA CUEVA, *El derecho a la autodeterminación informativa*. Madrid, Tecnos, 1990, pág. 115. En el mismo sentido Manuel FERNÁNDEZ SALMERÓN, *La protección de los datos personales en las Administraciones Públicas*. Madrid, Civitas, 2003, pág. 52 y ss.).

⁵ SSTC 180/1987, de 12 de noviembre; 142/93, de 22 de abril; y 202/99, de 8 de noviembre, y ATC 30/1998, de 28 de enero, cita la Sentencia.

El planteamiento del tema respecto de los medios audiovisuales es lo suficientemente tajante como para zanjar la cuestión en los Tribunales ordinarios, que no vuelven a acometer, que me conste, la aproximación restrictiva. Lo que sucede es que, aun así, los problemas distan de estar totalmente resueltos. Para empezar, porque el TC, como quizás no podía hacer de otra manera ante las limitaciones procesales del amparo, a pesar de afirmarla unitariamente, se refiere en realidad a dos tipos de intimidad, a dos círculos de reserva de los trabajadores en el seno de la relación de trabajo:

- una personal y evidente, que se refiere a áreas de reserva que acompañan a la propia persona en todo su actuar, derivadas de su propia dignidad y casi conectadas en los ejemplos aportados por el alto Tribunal con la reserva del propio cuerpo. Se trata de un área de reserva absoluta a la que sí son aplicables las prohibiciones generales e incondicionadas del art. 7 de la LO 1/82;
- y otra, de perfiles más difusos, que se entrelaza con la actividad laboral, pero que no pertenece a ella, a la que el TC se refiere cuando menciona "la grabación de conversaciones entre un trabajador y un cliente, o entre los propios trabajadores, en las que se aborden cuestiones ajenas a la relación laboral que se integran en lo que hemos denominado propia esfera de desenvolvimiento del individuo", o cuando censura determinados medios de control porque no discriminan, y entran en todos los perfiles de la acción del trabajador concernido. Se trata de una actividad no estrictamente privada que, sin embargo, queda fuera del poder de disposición del empresario como regla general, quizás, más que por ser íntima, por "no ser laboral". Como puede percibirse, la esfera de reserva personal es mucho más amplia que la enunciada en el apartado anterior, y que la señalada por la propia LO 1/82, en este marco. Supone admitir la posibilidad de que el trabajador posea una esfera propia de autodeterminación que no se compromete con la prestación laboral, que no es precisa estrictamente para el cumplimiento, y que se expone en la relación con otros trabajadores o en la soledad, en las costumbres, "manías" y comportamientos irrelevantes para el trabajo que, porque lo son, no pueden ser captados ni valorados.

El TC declara protegible esta área conflictiva no sólo del intento empresarial de penetrar en las conversaciones no laborales, sino del de ver la acción del trabajador todo el tiempo, cuando trabaja y cuando no lo hace, aunque se encuentre en el puesto de trabajo, por eso se censuran en otras resoluciones las videograbaciones de las prestaciones laborales. La existencia de ese «ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de la vida humana» es inasible, cuando se trabaja incluso a la vista de todos.

No otra es la conclusión que cabe extraer de la STC 98/2000, de 10 de abril: "habrá que atender no sólo al lugar del centro del trabajo en que se instalan por la empresa sistemas audiovisuales de control, sino también a otros elementos de juicio (si la instalación se hace o no indiscriminada y masivamente, si los sistemas son visibles o han sido instalados 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, que justifique la implantación de tales medios de control, etc.) para dilucidar en cada caso concreto si esos medios de vigilancia y control respetan el derecho a la intimidad de los trabajadores. Ciertamente, la instalación de tales medios en

lugares de descanso o esparcimiento, vestuarios, aseos, comedores y análogos resulta, «a fortiori», lesiva en todo caso del derecho a la intimidad de los trabajadores, sin más consideraciones, por razones obvias (amén de que puede lesionar otros derechos fundamentales, como la libertad sindical, si la instalación se produce en los locales de los delegados de personal, del Comité de empresa o de las secciones sindicales). Pero ello no significa que esa lesión no pueda producirse en aquellos lugares donde se realiza la actividad laboral, si concurre alguna de las circunstancias expuestas que permita calificar la actuación empresarial como ilegítima intrusión en el derecho a la intimidad de los trabajadores."

Pero una vez afirmada esta segunda vertiente amplia de la intimidad del trabajador, se inician los intentos de reconducirla, fundamentalmente en una doble dirección: a) en primer lugar, para admitir que se recorte su ejercicio cuando existan razones suficientes del lado empresarial, lo que suele excluir el control preventivo o por sí acaso, y exigir correlativamente la existencia fundada de sospechas de irregularidades laborales⁶; y b) para apuntar una serie de condicionantes de buena fe que parece que han de acompañar a la introducción de esos medios de control a distancia. Básicamente, que su instalación no sea subrepticia (lo que no necesariamente significa que el trabajador concernido lo sepa, pudiendo bastar con que lo conozcan sus representantes, como lo preveía el *Statuto* italiano). Y que permita discernir, separar, las dos esferas que se mezclan en la práctica, la laboral y la que no lo es, o que al menos no comprometa irremediabilmente la segunda. Por eso la autorización del video, y el rechazo de la grabación de las conversaciones, mucho más intensa e indiferenciada.

Para alcanzar el ajuste del área de intimidad amplia con los requerimientos de control empresarial de la actividad laboral, esta serie de Sentencias acompaña la afirmación del derecho con la aportación de los elementos de juicio básicos para evaluar la licitud de todas estas fórmulas de control a distancia: el test de la necesidad; el test de la idoneidad y el test de la proporcionalidad, que se integran con toda naturalidad en la jurisprudencia posterior⁷.

Por el primero —**test de la necesidad**— se trata de saber que existe una razón suficiente que incumbe alegar y probar a la empresa, sin que, en la jurisprudencia de nuestros Tribunales ordinarios, baste la simple sospecha genérica e infundada sino la basada en indicios o datos reales: fallos en los arqueos, falta de efectivo, desaparición de material, rendimiento sospechosamente bajo, etc. Una razón real, en suma, que tiende a situar necesariamente el recurso a estos medios en el área defensiva, de reacción, y no en la preventiva, de anticipación

⁶ La tesis del TC ha tenido entrada en la jurisdicción laboral también por lo que hace al ámbito de los controles a posteriori cuando éstos tienen connotaciones restrictivas de los derechos fundamentales del trabajador, la intimidad entre ellos. Así, la STSJ Cataluña 31 julio 2003 (Relaciones Laborales num. 1, 2004, págs. 70 y ss) excluye la licitud —y por tanto la validez como prueba en un proceso por despido de sus resultados— de lo que llama un "test de honestidad" al que es sometida una cajera de una droguería en cuya caja se introduce subrepticamente 10 euros, que no declara haber hallado cuando hace arqueo. La Sala, invocando las STC 98/2000 entre otras, concluye afirmando que "la empresa demandada... si siquiera ha invocado la existencia real de lo que denomina 'pérdidas internas ocasionadas por errores en la devolución de cambios y hurtos internos', ni por parte de la trabajadora demandante ni por parte de las demás cajeras, o, dicho de otra manera, si la repetida y descrita prueba o control de 'honestidad' se lleva a cabo por la demandada de forma habitual y totalmente aleatoria, la Sala... lo estima palmariamente inadmisible, pues no existe necesidad o interés empresarial que, en su caso, pueda justificar una restricción del derecho a la consideración debida a la dignidad del trabajador y por ende a los derechos fundamentales a la intimidad, al honor y a la propia imagen". Probablemente la referencia al art. 18 CE se justifique en este caso por la falta de recepción constitucional de la dignidad humana en el área amparable, como derecho fundamental autónomo.

⁷ Por su cuidadosa elaboración, merece la pena citar en este sentido la STSJ Andalucía de 9 de mayo de 2003 (RA 2840).

a los problemas. Claro que, una vez alegada y acreditada esta razón, la exigencia empresarial no suele cuestionarse. Incluso, en algunos casos, basta con la acreditación estadística de que se producen conductas ilícitas —apropiaciones indebidas o hurtos— para que se admita la presencia de cámaras de control, abandonándose en alguna actividad la posición defensiva de que se ha hablado para asumir tintes claramente preventivos⁸.

El **test de idoneidad** se orienta a comprobar hasta qué punto la medida adoptada es adecuada para conseguir el fin perseguido; hasta qué punto existe una manifiesta concatenación de medios a fines en la que el recurso al medio audiovisual sea una solución —no “la” solución— coherente y asumible.

El **de proporcionalidad** es quizás el más complicado, pues puede tener varias lecturas. En efecto, puede considerarse proporcional sólo al medio que se revele como el menos intrusivo de entre los varios posibles (a veces inserto este análisis en el de idoneidad). Pero también puede considerarse proporcionada una medida que comprime razonablemente el derecho de que se trate, al margen de consideraciones sobre si es o no la menos restrictora, si el balance de restricciones mutuas de los derechos implicados se considera adecuado, en una especie de análisis de coste de las medidas consideradas. Es la diferencia entre suficiencia y perfección. Y sobre este concreto punto la jurisprudencia no es unánime, aunque no siempre resulta fácil captar los matices en la abundancia del razonamiento, y aunque a veces invocando el mismo instrumento técnico se llegue a resultados contradictorios (lo que va a resultar patente en el uso de estos test por parte de nuestros Tribunales en relación con los medios de control informático, por lo que remitimos a lo que se dirá después).

A primera vista, la tesis del TC apunta a equiparar proporcionalidad con lo que hemos llamado perfección, de modo que una medida será proporcionada cuando no exista otra posibilidad menos restrictiva de los derechos de los trabajadores. Por poner un caso claro, es la tesis de la Sentencia 98/2000, que concluye afirmando la ilicitud de la grabación de conversaciones porque “no ha quedado acreditado que la instalación del sistema de captación y grabación de sonidos sea indispensable para la seguridad y buen funcionamiento del casino” y por tanto no se justifica “el uso de un sistema que permite la audición continuada e indiscriminada de todo tipo de conversaciones, tanto de los propios trabajadores, como de los clientes del casino, (lo que) constituye una actuación que rebasa ampliamente las facultades que al empresario otorga el art. 20.3 LET y supone, en definitiva, una intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad consagrado en el art. 18.1 CE” (STC 98/2000, cit. FJ 9).

Un supuesto de control a distancia se ha planteado nuevamente a nuestros Tribunales, alejado de los medios audiovisuales sobre los que se había centrado el debate. De hecho ya la doctrina había llamado la atención sobre los problemas que se planteaban al respecto en la actividad regida por el Convenio de Telemarketing⁹, y finalmente ha accedido al Tribunal Supremo la cuestión.

El problema planteado a nuestro alto Tribunal consiste en la posibilidad, habilitada en una empresa, de “monitorización de las llamadas entrantes y salientes (monitorización que se lleva a cabo, aproximadamente, sobre un 0,5% de llamadas), entre empresa y clientes,... por un Coordinador de cada grupo de Asesores y quien, a través de su pantalla, puede controlar el contenido de las llamadas y calificarlas, para corregir los defectos de técnica comercial y disponer lo necesario para ello, incluso la realización de cursos de formación, comentando, normalmente, después de su intervención, el resultado de su calificación al trabajador controlado, personalmente, para su comentario y, siempre, a través de la página Web del empleado”. Se trata, pues, de un control preventivo —no parece haber constancia de que se hayan producido fallos de los trabajadores concernidos— que se materializa a través de la audición de las conversaciones de éstos con los clientes, y que pasa todos los controles de legitimidad en la tesis de nuestro Tribunal Supremo. En un prolongado silogismo, la Sala afirma:

- “si el teléfono controlado se ha puesto a disposición de los trabajadores como herramienta de trabajo para que lleven a cabo sus funciones de telemarketing,
- y a la vez disponen de otro teléfono para sus conversaciones particulares,
- si como se ha apreciado, los trabajadores conocen que ese teléfono lo tienen sólo para trabajar y conocen igualmente que puede ser intervenido por la empresa,
- si además la empresa sólo controla las llamadas que recibe el trabajador y no las que hace,
- (y) si ello lo realiza de forma aleatoria -un 0,5%- y con la finalidad exclusiva de controlar la buena realización del servicio para su posible mejora”.

⁸ Posición ésta de la que resulta una muestra notable la STSJ Andalucía de 9 de marzo de 2001 (2788), sobre la licitud de la instalación de circuito cerrado de televisión en un hipermercado, no comunicada a los representantes de los trabajadores y que “no era para exclusivo ni específico control de la zona donde el demandante de amparo desempeñaba su actividad laboral, siendo una medida justificada por razones generales de seguridad contra los más diversos riesgos de atentado contra la vida o integridad de personas o contra el patrimonio de la empresa, finalidad general que se hizo efectiva o real por la actualización del riesgo que se comprobó en el curso de una vigilancia no centrada en el actor, idónea para la finalidad pretendida por la empresa, verificar que el trabajador cometió efectivamente las irregularidades y en tal caso adoptar las medidas disciplinarias correspondientes; necesaria, ya que la grabación serviría de prueba de tales irregularidades; y equilibrada pues la grabación de imágenes se limitó a la zona de los hechos y a una duración temporal limitada, la suficiente para comprobar lo sucedido, sin persecución visual del actor ni de sus actos, por lo que debe descartarse que se haya producido lesión alguna del derecho a la intimidad personal consagrado en el art. 18.1 CE”.

⁹ Un análisis adecuado y extenso de la cuestión de los “teléfonos de intrusión”, en DE VICENTE PACHES, *Op. Cit.*, págs. 320 y ss. Por otra parte, la existencia de estos controles de conversación de los trabajadores es admitida por las agencias de protección de datos en otros países (vid. CNIL francés, Deliberación 84-031, de 18 de septiembre de 1984 [Diario Oficial de 11 de enero de 1985], con un grado de reservas superior al admitido en la Sentencia citada en el texto, pues a la necesidad de que exista un teléfono ajeno en que los trabajadores puedan realizar sus llamadas particulares, añade la de que se consulte la introducción de estos sistemas a los representantes de los trabajadores, se informe a los trabajadores de la existencia del control y que “las informaciones nominativas registradas no sean conservadas más que el tiempo necesario para facturar los gastos telefónicos ni tratadas por aquélla” (la empresa).

Pues bien, presupuesto todo ello, aunque no pueda descartarse la posibilidad de un uso desviado de la información obtenida por la empresa¹⁰, en abstracto la posibilidad de este control a la luz de la legalidad vigente tampoco es descartable, porque con todos los elementos que previenen la eventual intromisión a la vida privada del trabajador (en especial el segundo teléfono habilitado para llamadas personales), no se ha encontrado medida más moderada para alcanzar la efectividad del control pretendida por la empresa y amparada por el art. 20.3 ET. En este caso, parece, el conocimiento por los trabajadores de los mecanismos dispuestos por la empresa resulta ser también esencial a efectos de legitimar las escuchas telefónicas, de tal modo que queda en sus manos la posibilidad de ajustar el contenido de sus conversaciones con los clientes a esta eventualidad. No obstante estas garantías, es lo cierto que el Tribunal se decanta por la licitud de las medidas de control constantes y preventivas, —pues la propia Sala admite que puede ser indiscriminado el control porque en la línea telefónica controlada el seguimiento de las conversaciones es, por hipótesis, general, frente a las formas de control puntuales y defensivas que parecían deducirse de la jurisprudencia del TC como únicas aptas para superar el test de proporcionalidad. De este modo, no parece que el tema se encuentre del todo cerrado y es de esperar un pronunciamiento del TC en esta cuestión, que no parece que debiera ser positivo si aplica en todas sus consecuencias sus tesis elaboradas en torno a los sistemas de videovigilancia.

3.- Las medidas de control del uso de sistemas informáticos. El valor protector del derecho a la intimidad.

El debate sobre la implantación de las nuevas tecnologías y su impacto sobre los derechos de los trabajadores y los poderes de control del empresario se ha centrado, en las fechas más recientes, sobre las dificultades que plantean las tecnologías informáticas en el contexto laboral. Y la cuestión, aunque los derechos que se invocan no sean muy diferentes, es sustancialmente distinta de la enunciada con anterioridad. Básicamente porque las tecnologías informáticas y sus posibilidades —en su doble vertiente de acceso a Internet y de uso del correo electrónico, sobre todo— se sitúan de una manera muy diversa en el desarrollo de las prestaciones laborales de la que era propia de los sistemas de vigilancia electrónica.

Para empezar, aunque no falte alguna excepción, los medios informáticos no son, en primera opción, meros sistemas o útiles de control. Son herramientas de trabajo, en cuya manipulación se incorpora la prestación de los trabajadores¹¹ y sobre esto existe una amplia aceptación jurisprudencial, una vez que se ha superado la tesis que apuntaba a la posibilidad de entender en algunos aspectos el ordenador del trabajador como una especie de "efecto personal"¹² a efectos de cubrirlo con la tutela del art. 18 ET. Los ordenadores, pues, en su consideración más elemental y primaria, son herramientas de trabajo, propiedad de la empresa y como tales han de ser valorados.

Pero se trata de herramientas de trabajo muy peculiares, pues, lejos de permanecer inertes, abren infinitas posibilidades de acción y de comunicación interpersonal, de los trabajadores entre sí y con el exterior, y de realización de numerosas actividades distintas del mero trabajo, desde la contratación al examen de noticias, juegos o distracciones de todo tipo. Lo que, además, sucede sin alteraciones sustanciales en la actitud y la situación del trabajador, de modo que los medios tradicionales de control chocan ante la extraordinaria semejanza externa entre un trabajador que está trabajando estrictamente y otro que no lo hace, que lee o escribe correos a terceros, que compra por Internet o que chatea¹³. Claro que, en compensación, la propia informática ofrece un aspecto menos inocente, como mecanismo de control de una intensidad desconocida por los tradicionales que abordaremos con posterioridad, al evaluarla como fuente de información acerca del trabajador.

Estas peculiaridades, como no podía ser menos, son captadas y destacadas por nuestros Tribunales, que las incorporan a su juicio y que asumen frente a ellas posturas todavía contradictorias.

¹⁰ De hecho, sostiene la STS de 5 de diciembre de 2003 (RA 313 de 2004): "la única conclusión razonable a la que se puede llegar es a la de que se trata de un control proporcionado a la finalidad que con el mismo se pretende, en el sentido antes indicado. En ese mismo sentido se trata de un control que es necesario puesto que no se conoce otro medio más moderado para obtener la finalidad que se pretende —juicio de necesidad—, es idóneo para el mismo fin —juicio de idoneidad— y ponderado o equilibrado porque de ese control se pueden derivar beneficios para el servicio que presta la empresa y no parece que del mismo se puedan derivar perjuicios para el derecho fundamental de los trabajadores —proporcionalidad en sentido estricto—. 4.- De todo ello, en congruencia con lo ya indicado, no se deduce que la empresa no pueda por esa vía atender al derecho de intimidad de cualquier trabajador por cuanto, a pesar de todo, en esas conversaciones con los clientes pueden surgir comentarios que afecten a derechos fundamentales del trabajador inculcados dentro de la esfera de su intimidad en cuanto espacio excluido de cualquier posible intervención ajena —ideología política, afiliación sindical, libertad de expresión, etc.—, que, en cuanto fueran utilizados por el empleador podrían conducir a una declaración de nulidad en un proceso particular adecuado al caso. Pero lo que sí se deduce de todo ello es que el servicio de control que aquí se contempla no puede ser considerado contrario a los derechos invocados desde el punto de vista del derecho colectivo, puesto que la práctica empresarial se ha acreditado que va dirigida exclusivamente a controlar el trabajo de sus empleados con una finalidad meramente laboral y con medios ponderados y por lo tanto acomodados a las exigencias garantistas de la normativa denunciada como infringida.

¹¹ Por supuesto, no se puede descartar que existan programas informáticos de vigilancia asociados a prestaciones no tecnológicas de los trabajadores (por ejemplo, etiquetas o tarjetas magnéticas que permiten el seguimiento de la prestación laboral), o de prestaciones puramente informáticas que se controlan de forma externa —sin entrar en el ordenador del trabajador— a través de estos programas. Véase un ejemplo de esta segunda posibilidad en STSJ Cataluña 29 junio 2001 (3236) Que conforme a todo lo antecedente, la empresa, en el presente supuesto no procedió a entrar en el PC del trabajador y por lo tanto no entró en conocimiento del contenido de su ordenador, sino que se limitó a colocar externamente un programa, el cual sólo se activaba de forma automática cuando se ponía en marcha el citado ordenador e identificaba los programas y ventanas del programa Windows que se activaban en cada momento, circunstancia esta, que «ab initio» permite afirmar que el ni siquiera entrar en el contenido del PC, sólo y únicamente debe estudiarse si tal modo de control de la actividad laboral es o no ajustado a derecho y si consecuentemente es un medio idóneo y proporcionado para el control que deriva del «ius dirigendi». Y concluye la Sala, por lo que nos interesa, que "Tercero.- Pues bien (y al igual que sucede en el supuesto contemplado en la sentencia que se cita de nuestro Tribunal Constitucional -que consideró que no se habían vulnerado los derechos a la intimidad personal y a la propia imagen, garantizados por el art. 18.1 CE-) la medida de control informático adoptada por el empleador (...) era una medida justificada (ya que existían razonables sospechas de la comisión por parte del recurrente de graves irregularidades en su puesto de trabajo); idónea para la finalidad pretendida por la empresa (verificar si el trabajador cometía efectivamente las irregularidades sospechadas y en tal caso adoptar las medidas disciplinarias correspondientes); necesaria (ya que la citada aplicación servía de prueba de tales irregularidades); y equilibrada (al producirse la misma en relación con el terminal informático proporcionado por la empresa como instrumento a utilizar por el trabajador sancionado para el normal y adecuado desarrollo de su actividad laboral)".

¹² El recurso a la figura del registro de los efectos personales del trabajador para limitar la accesibilidad de la empresa al contenido del ordenador del trabajador es una de las formas más primitivas de aproximación de nuestros Tribunales a este fenómeno, para hallar mecanismos de tutela de la intimidad del trabajador, que se rechazan expresamente en las Sentencias más recientes (por ejemplo, STSJ Madrid, 13 noviembre 2001 (471); ó STSJ Cataluña 5 julio 2000 (3452); y Galicia 21 noviembre 2003 (57945), Social de Madrid de 4 de marzo de 2002 (216228).

¹³ "Con la emergencia de las nuevas tecnologías de comunicación y muy particularmente con la introducción de Internet en la empresa, se ha operado una verdadera migración de las tecnologías de control desde la periferia hasta el núcleo del proceso de trabajo propiamente dicho" Hubert BOUCHET, "La cybersurveillance sur les lieux de travail". CNIL, marzo 2004, pág. 3.

-por una parte, se encuentran los argumentos que, pese a aceptar estas peculiaridades de la informática, siguen en la línea más clásica de aplicarles las consecuencias de la primera constatación reseñada: que se trata de herramientas de la empresa y que, como tales, han de ser utilizadas para el trabajo y sólo para él, a no ser que por tolerancia, por acuerdo expreso singular o por acuerdo colectivo, se permita un uso alternativo, sea el que sea. De este modo, se afirma que el envío de correos a terceros constituye "una utilización indebida de medios e instrumentos de la empresa para fines ajenos a los estrictamente laborales, pudiendo la empleadora ejercer un control sobre tales medios" al amparo de lo dispuesto en el art. 20.3 ET¹⁴; de tal modo que, culminando el razonamiento "retirar al trabajador el ordenador portátil, herramienta de trabajo y propiedad de la empresa y proceder, con su oposición y sin su presencia, a verificar su contenido, resulta una medida adecuada al existir razonables sospechas de la comisión de graves irregularidades"¹⁵, porque "por razones de buena fe, un trabajador no puede introducir datos ajenos a la empresa en un ordenador de la misma sin expresa autorización de ésta, pues todos los instrumentos están puestos a su exclusivo servicio"¹⁶.

-junto a esta aproximación, en nuestra jurisprudencia se acoge también la peculiaridad de la informática como "medio de comunicación interpersonal" -lo que vale especialmente para el correo electrónico- que se ha incorporado a la práctica diaria de los ciudadanos, y que a veces incluso en el trabajo es preferible o preferido a la comunicación verbal o escrita. Por eso que en los juicios de licitud del comportamiento de los trabajadores se haya de incluir el elemento corrector de la normalización de la comunicación por correo electrónico, restándole gravedad a lo que en otro contexto no podría ser permitido. Como bien ha señalado alguna instancia judicial -sobre todo, Juzgados de lo Social- "el uso del correo electrónico está implantado hoy...como uno de los sistemas habituales y hasta necesarios para recibir, transmitir y, en definitiva, comunicar información"¹⁷, por lo que durante las horas de trabajo no es posible generar una especie de "extrañamiento social del trabajador", cercenando sus posibilidades de utilizar estos medios de un modo "razonable", no "desmesurado"¹⁸. Esta valoración del correo como medio de comunicación normalizado en el uso social, de bajo costo para la empresa, sin embargo, y aunque no tan explícitamente, subyace a todas las aproximaciones judiciales recientes, que tienden a mantener separada esta conducta de otras asociadas a la informática que suponen la

mera distracción del trabajador respecto del trabajo que tiene encomendado, lo que afecta en particular al uso de Internet. En este sentido, no se puede considerar generalizada -antes bien es la excepción- la tesis judicial que trata de normalizar también el uso no laboral de Internet¹⁹.

Así las cosas, y desde la perspectiva de los poderes empresariales, la revolución informática ha accedido a nuestros Tribunales sobre todo para solicitar de los Jueces la determinación de los límites de uso lícito de esos medios por parte de los trabajadores, tanto en la esfera individual como en la colectiva. Claro que el contexto respectivo es muy diferente, por eso analizaremos la experiencia judicial al respecto por separado.

a) El control de uso de los medios informáticos por el empresario en la relación individual de trabajo.

Como ya se ha apuntado, en nuestra Jurisprudencia es perceptible una valoración en cierto modo diferente de la utilización por el trabajador para fines no laborales de Internet -accediendo a las páginas web más variadas- o del correo electrónico. Como quiera que sea, el punto de partida jurídico es semejante: se trata de saber de qué manera autorizan al empresario a controlar el uso de estos medios a través del ordenador del trabajador, los derechos de éste a la intimidad (art. 18.1 CE) y, sobre todo, al secreto de las comunicaciones, del art. 18.3 CE.

Como puede comprobarse, la situación es bastante diferente de la que planteaban los medios de control a distancia del trabajo y del trabajador. En este caso, el control del empresario se ha de desenvolver introduciéndose en el propio ordenador, que se ha personalizado con su uso por el trabajador, muchas veces con el auxilio de la propia técnica puesta a su disposición por la empresa, con cuentas de correo personales o con claves propias para acceder. La parte de la privacidad del trabajador que se involucra en la prestación, que no es laboral pero tampoco es íntima ni personal -la segunda versión de la intimidad que veíamos aludir en la jurisprudencia del TC-, es ahora la protagonista, hasta tal punto que resulta prácticamente imposible el deslinde a priori entre lo que es inherente a la esfera personal del trabajador y lo que es estrictamente laboral. Por eso, el planteamiento del problema ha de ser diferente también. Puesto que no es posible realizar ningún tipo de selección previa, discriminando lo que es laboral y lo que no lo es, lo que hay que cuestionar es el principio mismo del control, del seguimiento de lo hecho por el trabajador mediante la monitorización del ordenador o el examen de su contenido, porque una vez que éste se ha iniciado, la intimidad se ha desvelado, el secreto de la comunicación se ha menoscabado.

Pues bien, el principio mismo de la posibilidad de control se admite sin discusión, porque, aunque los derechos de los trabajadores a la intimidad y al secreto de las comunicaciones son reales y se encuentran realmente comprometidos en él, se parte también de que no son absolutos y que han de coordinarse con el derecho del empresario al control de la actividad laboral, explicitado en el art.

¹⁴ STSJ Cataluña 5 julio 2000 (3452), argumentación reproducida literalmente en Sentencia del mismo Tribunal de 9 de julio de 2002 (2811).

¹⁵ STSJ Madrid 10 abril 2003 (3257).

¹⁶ STSJ Cataluña 6 junio 2003 (42272). Un caso semejante fue calificado, en cambio, como contrario al secreto de las comunicaciones del trabajador por la Sentencia de la Cour d'Appel de Versailles, 2 abril 2002 (02-00293), siendo relevante que el empresario se hizo llevar el portátil del trabajador por un ordenanza, y examinó su contenido, sin atender la solicitud del trabajador de que se devolviese sus ficheros personales (BOUCHET, *Op. Cit.*, pág. 13).

¹⁷ Sentencia Juzgado de lo Social, Barcelona 29 diciembre 2003 (3865). En Francia, el Informe del CNIL sobre "La cybersurveillance Sentencia Juzgado de lo Social, Barcelona 29 diciembre 2003 (3865). En Francia, el Informe del CNIL sobre "La cybersurveillance des lieux de travail", *Op. cit.* pág. 12 recalca, buscando los límites de proporcionalidad en las prohibiciones de uso no profesional por el trabajador de recursos electrónicos de la empresa, que "una prohibición general y absoluta de toda utilización de Internet con fines distintos de los profesionales no parece realista en una sociedad de la información y de la comunicación.... Un Internet con fines distintos de los profesionales no parece realista en una sociedad de la información y de la comunicación.... Un uso razonable no es susceptible de aminorar las condiciones de acceso profesional a la red, sin poner en cuestión la productividad y es general y socialmente admitida en la mayor parte de las empresas y administraciones". De la misma manera, observa el informe que "la utilización de la mensajería electrónica profesional para enviar o recibir, en proporciones razonables, un mensaje de carácter personal corresponde a un uso generalmente admitido", *op. cit.*, pág. 13.

¹⁸ Sentencia Juzgado de lo Social Madrid, 4 marzo 2002 (216228); 18 septiembre 2002 (2828).

¹⁹ Por eso resultan aisladas las afirmaciones de algún Juzgado de lo Social: recurrir a Internet hoy "es como pasear por la calle, deteniéndose a ver la cartelera del cine, admirar un escaparate, entrar a comprar un artículo expuesto, hojear los titulares de las revistas en un kiosco o entrar en una biblioteca a leer una revista o un libro", lo que ha de ser tenido en cuenta porque "sólo teniendo en cuenta sus diferencias y semejanzas con otras tecnologías conocidas...y también con la vida cotidiana, real... podremos analizar de manera mesurada los problemas disciplinarios que en la empresa plantea la utilización de Internet" (Sentencia Juzgado de lo Social de Vigo, de 29 de abril de 2004 (3653), revocada por la del TSJ de Galicia de 4 de octubre de 2001 (3366)).

20.3 ET y conectado con la propia libertad de empresa del art. 38 CE, cuando no directamente con la propiedad empresarial sobre los medios de producción (art. 33 CE). Esta tesis, pacífica en la doctrina del TC, lo es también en la doctrina de los tribunales ordinarios del orden social. Ese control es admitido, además, en su doble vertiente temporal: simultánea al uso de las herramientas informáticas por el trabajador a través de programas de control paralelos instalados por la empresa en su sistema; y posterior a dicho uso, mediante el examen de la "historia" del uso que el trabajador ha dado al ordenador y el seguimiento de los correos enviados o las páginas web visitadas. Y, aunque con mayores matices, en su doble vertiente sustancial, sobre todo respecto al correo electrónico: comprobando simplemente la existencia de mensajes de destinatario no laboral, y los datos generales que proporciona el servidor, o bien entrando en los mensajes propiamente dichos y leyendo su contenido.

Afirmada la posibilidad de control, los problemas serios los plantean los límites al mismo. A ellos nos referiremos a continuación.

En primer lugar, los límites, por ahora, son móviles, en la medida en que pueden venir predeterminados en el ámbito empresarial de que se trate por la propia empresa a través de su poder de dirección o por acuerdo de ésta con la representación de los trabajadores, transfundido o no en Convenio Colectivo. Es obvio que cuando estas reglas se encuentran claramente precisadas, y los límites fijados —normalmente como prohibiciones de uso de Internet o de correo electrónico para fines privados—, el control judicial se delimita y facilita bastante, realizándose la subsunción del comportamiento del trabajador en la norma prohibitiva y extrayendo de ella sus consecuencias disciplinarias por desobediencia o por transgresión de la buena fe contractual. Proyectando sobre esta predeterminación de las reglas del juego una tesis judicial tradicional, la tolerancia empresarial tiene un alto valor creativo de derechos y límites, de tal modo que actos del trabajador inadmisibles en otro contexto son legítimos en un ámbito de tolerancia previa²⁰ o aun de impulso del recurso a la informática.

Quizás se pueda destacar un excesivo automatismo en la tesis judicial. Por supuesto que las posibilidades del empresario de fijar reglas de comportamiento en la empresa son amplias, y se encuentran manifestadas en los a veces muy minuciosos listados disciplinarios que prohíben a veces manifestaciones de comportamiento tan usuales en otros contextos como hablar, reírse o cantar durante el trabajo. La cuestión es adónde se puede llegar en este marco, porque la sola prohibición no se legitima a sí misma. En este sentido, la prohibición absoluta y radical de usar el correo electrónico para fines extralaborales, como la prohibición absoluta de hablar durante el trabajo —asumido que se trata el correo de una forma de comunicación interpersonal generalizada y normalizada en el uso social—, debiera ser valorada desde la perspectiva de su conformidad con la propia dignidad del trabajador como persona (art. 10.1 CE), y probablemente no resistiera el examen. Como bien han manifestado nuestros Juzgados de lo Social —en una tesis que sería de desear se extendiera—, no es posible ni lícito generar el "extrañamiento social" del trabajador durante el trabajo. Y a ese

resultado conduce, desde luego, la prohibición incondicionada y sin matices de los instrumentos que impiden o atenúan ese resultado potencial. Por eso la experiencia judicial demuestra que lo usual es que estas prohibiciones no sean absolutas, viniendo acompañadas de excepciones, como por ejemplo, la solicitud de permisos a los superiores²¹, o la posibilidad del empleo del correo en tiempos de descansos o no laborales²². O bien la admisión de un sentido amplio de la expresión laboral como referida a relaciones sociales en el trabajo, aunque no sean estrictamente productivas²³.

Dicho lo anterior, y si no existen límites predeterminados, la concreción de cuál sea el comportamiento laboral correcto es casuística y complicada, influyendo en la consideración judicial un elevado número de variables: el coste para la empresa del comportamiento del trabajador era, desde luego, una de ellas, suavizada por el progresivo abaratamiento del recurso a Internet²⁴; la posibilidad de que se hayan producido o no costes adicionales, por infección del sistema por virus o por responsabilidad empresarial por el contenido descargado²⁵; el tiempo en que se realizan las comunicaciones o el acceso a Internet, pues no parece ser lo mismo el realizado durante el trabajo que el realizado en horas de trabajo²⁶; el tiempo mismo de la conexión a Internet, en términos absolutos o promediados²⁷; el número de mensajes recibidos y leídos y, sobre todo, enviados o reenviados²⁸; el volumen de las descargas de archivos en Internet²⁹. Finalmente, el contenido mismo del material descargado o de los correos enviados es un factor importante a tener en cuenta, cuando se trata de material de trabajo, o de material sensible para los intereses empresariales³⁰. Y, fuera del marco del derecho de la empresa a la reserva, y aunque no se quiere dar importancia al carácter censurable del material enviado o descargado —material web pornográfico o mensajes pornográficos, o sexistas—, es claro que su índole no es irrelevante, al menos en el razonamiento global del órgano judicial³¹, como

²¹ Véase el complejo procedimiento de permisos sucesivos a que se da origen en la empresa del caso en Sentencia del Juzgado de lo Social de Madrid de 13 de octubre de 2000 (3180). O el caso de la STSJ Madrid de 17 julio de 2001 (281968).

²² STSJ Galicia 4 octubre 2001 (3386).

²³ Sobre la licitud de correos electrónicos destinados a preparar un homenaje a trabajadores que se iban de la empresa, un comportamiento que se considera absolutamente usual en el marco de las relaciones laborales, STSJ Madrid 20 diciembre 2003 (124948).

²⁴ Véanse consideraciones sobre el coste para la empresa, y la contratación o no de tarifa plana, en SSTSJ Galicia 4 octubre de 2001 (3366) ó Madrid 13 noviembre 2001 (471). Sobre este aspecto concreto, Miguel Ángel FALGUERA I BARRO, 'Uso por el trabajador del correo electrónico de la empresa para fines extralaborales y competencias de control del empleador' en *Relaciones Laborales*. Tomo II, 2000, págs. 472 y 476.

²⁵ El tema de la infección por virus es alegado con relativa frecuencia por las empresas en las sanciones o el despido, corriendo a sus expensas la carga de la prueba de la infección concretamente por la actividad del trabajador, SSTSJ Madrid 4 diciembre 2002 (789); Cataluña 11 junio 2003 (2516).

²⁶ Al menos no parece serlo para la STSJ Galicia 21 noviembre 2003 (57945); Galicia 4 octubre 2001 (3366).

²⁷ Recurriendo a la media se reducen las consecuencias disciplinarias de la conexión —por un total de 6 horas y 58 minutos en el periodo de tiempo de referencia— que se reconducen a 18 minutos diarios, en STSJ Madrid 16 julio 2002 (3036).

²⁸ Envíos masivos, Sentencia Juzgado de lo Social Madrid 21 noviembre 2001 (36596); 140 envíos a 298 receptores en un mes (STSJ Cataluña 14 noviembre 2000 (3444)); 168 correos en STSJ Madrid 14 mayo 2002 (199028).

²⁹ No es frecuente que se descienda a estas consideraciones, pero en algún caso extremo han sido determinantes. Así, en STSJ Madrid 13 mayo 2003 (3649), en que las muy atinadas consideraciones acerca de los límites de las facultades empresariales de control quedan obviadas ante la cantidad pura y simple del material descargado —300 Megabytes—.

³⁰ SSTSJ Cataluña 18 septiembre 2001 (316116), si bien el despido se declara improcedente porque el trabajador podía haber dispuesto legalmente y haberse llevado a casa en papel los documentos que se remitió por correo electrónico (aparte del dato nada desdeñable de que no pudo abrir los archivos en su casa); País Vasco 1 julio 2002 (2852), respecto del trabajador que había solicitado su inclusión en un foro en que se distribuía información confidencial de la empresa por un ex empleado, cuya copia guardaba aquél en su ordenador; descarga de software de la empresa para revenderlo, STSJ Cataluña 0 julio 2002 (2811), aunque el exceso en el control invalida la prueba al respecto, por todas.

³¹ Así, se afirma rotundamente que no es trascendente que el contenido de los archivos descargados fuese pornográfico pues el juicio del comportamiento del trabajador al descargarlos se realiza "sean de la índole que sean (éstos), pornográfico, deportivo, cultural, religioso o artístico" (STSJ Madrid 13 noviembre 2001 (471)). Pero cuando revisen este carácter rara vez deja de hacerse hincapié sobre el mismo, por ejemplo, STSJ Madrid 4 diciembre 2002 (789); Cantabria 13 noviembre 2003 (850); da cuenta de este tipo de razonamiento Efrén BORRAJO DACRUZ, 'Derechos fundamentales y relación de trabajo. Pronunciamientos judiciales significativos' en *Actualidad Laboral*, num. 3, febrero 2004, apdo. 2.2 en relación con la STSJ Andalucía de 22 de abril de 2003.

²⁰ Véanse, sobre el efecto de la tolerancia empresarial en este contexto STSJ Madrid 16 julio 2002 (3036). Sobre reglas de la empresa impulsando al uso del correo en detrimento del teléfono o el fax, STSJ Madrid 13 mayo 2003 (3649). En relación con un medio de comunicación interno no informático —la "valla interna"— vid STSJ Cataluña 14 mayo 2002 (2026), referida a su uso sindical.

también es especialmente relevante el acceso prohibido del trabajador a ordenadores de otros trabajadores o superiores, desde el propio ordenador o desde el de éstos, aunque no resulte especialmente clarificado para qué tuvo lugar ese acceso o que tuviera consecuencias perjudiciales para la empresa³².

De este modo, el grueso del razonamiento judicial, como no podía ser menos, se sitúa en el momento anterior a la valoración misma por la empresa de la índole de los correos enviados por el trabajador o de la naturaleza de los archivos descargados o páginas web visitadas. Se sitúa en el momento de la consecución de esta información, mediante el acceso por la empresa o sus delegados al contenido del ordenador o del correo del trabajador. Ello es así porque aquí se manifiesta la eficacia obstativa de esta investigación empresarial de los derechos fundamentales de los trabajadores a la intimidad y al secreto de las comunicaciones. Porque como se acaba de decir, los derechos e intereses en juego no son los mismos según se trata de hacer seguimiento de la navegación en Internet del trabajador, o del contenido de su buzón de correo electrónico; se hace imprescindible el análisis separado de una y otra eventualidad.

A.1.- EL ACCESO A INTERNET

La intimidad del trabajador, proyectada sobre el contenido de su ordenador es de alegación frecuente, y conecta con la versión amplia de la intimidad de los trabajadores en el marco de la relación de trabajo que se ha mencionado a aludir a la doctrina del TC al respecto: en las pautas de desarrollo normal de la personalidad humana la informática se ha hecho un sitio que nadie le discute y permite que la máquina se haga depositaria de contenidos que se reconducen a aquel espacio de propia reserva constitucionalmente garantizado. Ello es así hasta el punto de que para alguna resolución judicial, la recopilación del historial de páginas web visitadas por un trabajador debe ser valorada como un archivo de datos personales, a efectos de aplicación de la legislación sobre tratamiento informático de éstos³³.

Dejando de lado esta tesis, algo forzada como regla general, no parece que sea sostenible sin más que el empresario tiene un derecho absoluto a controlar el contenido de los ordenadores personales de los trabajadores como si se tratase de cualesquiera otros instrumentos de trabajo, a pesar de que esa afirmación no es infrecuente en nuestra práctica judicial³⁴. Ello porque no se trata de una mera herramienta de trabajo. El trabajador ha incorporado a ella, dentro de su uso normal y no necesariamente abusivo, proyecciones de su personalidad que, porque lo son, quedan bajo el amparo del art. 18 CE, y sólo pueden ser rebajadas con el cuidado y la consideración con que han de manejarse estas posiciones fundamentales de los trabajadores. La mayor parte de nuestros Tribunales son conscientes de esta particular naturaleza y de estas relevantes consecuencias, y esa conciencia revierte en su juicio de dos formas, básicamente:

- la primera de ellas, apuntando a que, si se estima necesario conocer el contenido del ordenador del trabajador, se empleen siquiera sea análogicamente las garantías del art. 18 ET para el registro de los efectos personales del trabajador, a pesar de que no se trata propiamente de un efecto personal, en cuanto en este precepto se establece un adecuado balance entre la intimidad del trabajador y las facultades de control del empresario generalmente reconocidas en el art. 20.3 ET³⁵.

- La segunda, sin imponer exigencias de forma, requiere sin embargo que se realice el triple test de necesidad, adecuación y proporcionalidad que ya hemos examinado en relación con otros medios de control empresarial en su conexión con la intimidad del trabajador. Si las tres exigencias se cumplen, el acceso por el empresario o sus representantes al ordenador del trabajador es legítimo, y legítima la prueba que de este acceso se obtenga con fines disciplinarios o de otra índole.

La necesidad del acceso suele aceptarse con carácter defensivo y no preventivo en la mayor parte de las ocasiones, y aun cuando se admite con carácter preventivo, no suele aceptarse paralelamente que dicho acceso sea general y sistemático, sino aleatorio o en porcentajes pequeños del total de horas de uso o de trabajadores concernidos³⁶, siempre con el conocimiento de la práctica de control por parte de los trabajadores.

La idoneidad se acepta con cierta pasividad, en la medida en que no se manejan ni siquiera por las partes otras posibilidades alternativas y distintas del acceso al ordenador y el examen de su contenido.

Es en el control de proporcionalidad donde se hace un hincapié especial, pues es pacífico que el sacrificio del derecho del trabajador a la intimidad no puede ser absoluto en este contexto, exigiéndose cautelas que unas veces son de forma —como la ya citada aplicación de las previstas en el art. 18 ET, u otras pensables³⁷— y las más de fondo, en cierto modo asociadas a exigencias comunes de la buena fe: que los trabajadores conociesen que dichos controles o accesos existían³⁸, que no existiese tolerancia, que se hubiera avisado previamente al trabajador de que no era consentida una cierta forma de acceso a Internet, etc. De esta forma, y con estos límites, el acceso al historial en Internet del o los trabajadores es una moneda corrientemente admitida en nuestra práctica jurisprudencial, que probablemente sea conforme con la doctrina constitucional sobre el alcance del derecho a la intimidad general del trabajador.

A.2.- EL CONTROL DEL CORREO ELECTRÓNICO

Mayor es la dificultad de aceptar la intromisión empresarial cuando se trata de acceder al correo electrónico, en la medida en que la relevancia del interés

³² Ratifica la sanción por la entrada del trabajador en el Servidor de Acceso Remoto de la empresa la STSJ Madrid 17 julio 2001 (281968); STSJ Castilla-León 1 julio 2002 (2852); ó STSJ Navarra 30 diciembre 2003 (44200), por todas.

³³ Sentencia de Juzgado de lo Social de Madrid 21 octubre 2002 (2993).

³⁴ Así, el envío de correos personales a terceros no se concibe como una manifestación del derecho a la intimidad sino como "una utilización indebida de medios o instrumentos de la empresa para fines ajenos a los estrictamente laborales, pudiendo la empleadora ejercer un control sobre tales medios (art. 20.3 ET)"; STSJ Cataluña 5 julio 2000 (3452) y 9 julio 2002 (2811); en la misma línea, STSJ Galicia 4 octubre 2001 (3368); Madrid 13 noviembre 2001 (471); ó Madrid 13 mayo 2003 (3649), por todas.

³⁵ Aunque no mencione expresamente el art. 18 ET, reitera sus garantías como canon de regularidad del acceso al ordenador del trabajador la Sentencia del Juzgado de lo Social de Madrid de 18 septiembre de 2002 (2828); STSJ Madrid 18 junio 2003 (3625). En contra de esta posibilidad, STSJ Galicia 21 noviembre 2003 (57945).

³⁶ Que el control es aleatorio se apunta en la STSJ Madrid 16 julio 2002 (3036), o que el control se realiza desde el servidor, sin necesidad de acceder al buzón personal de correo del trabajador, es la tesis de la STSJ Madrid 18 junio 2003 (3625).

³⁷ El acceso al ordenador ante notario, por ejemplo, en la STSJ Andalucía 9 mayo 2003 (2840).

³⁸ Esta es una observación generalizada, y de notable importancia. "Todos los trabajadores de la empresa conocen que los correos electrónicos se graban" (STSJ Cataluña 5 julio 2000 (3452); los trabajadores sabían que los correos se grababan (STSJ Cataluña 9 julio 2002 (2811); o que la empresa tenía instalado un programa que permitía el seguimiento en tiempo real de la actividad de los ordenadores personales (STSJ Castilla-León 11 junio 2002 (2213)).

del trabajador es fácilmente reconducible, en apariencia, a los márgenes constitucionales del art. 18.3 CE, interpretado de manera evolutiva, pues el secreto de las comunicaciones se predica de todas ellas, incluso las que se conforman mediante el avance tecnológico, porque el listado del art. 18,3 CE —“se garantiza el secreto de las comunicaciones y en especial de las postales, telegráficas y telefónicas”— “no es exhaustivo”³⁹. Esta observación, por lo demás, se ha recibido en textos comunitarios que nos recuerdan que el sistema de comunicaciones implantado con velocidad cada vez mayor en relación con los sistemas informáticos depende, para su adecuado funcionamiento, de la confianza de los usuarios en la confidencialidad de los datos que circulan por estos sistemas⁴⁰, y que, aunque con las limitaciones propias de la intervención comunitaria, nos recuerdan que en esta confidencialidad están en juego derechos fundamentales de los ciudadanos concernidos⁴¹.

El planteamiento del tema entre nosotros es, sin embargo, diferente: como premisa, la pacífica aceptación de que el correo electrónico también puede ser considerado “comunicación” y como tal ha de ser valorado, se admita o no su relevancia constitucional⁴². Muchas veces sin cita expresa, pues, se admite que, como ha apuntado el TC, la garantía opera “sea cual sea el ámbito objetivo del concepto de “comunicación””⁴³.

Pero, dicho esto, el presupuesto del control en que estaría implicado el secreto de las comunicaciones del trabajador —es decir, el acceso al contenido del correo y no sólo a la información del servidor por parte del empresario—, que viene constituido por la declaración de licitud o ilicitud previa del uso por el trabajador del correo electrónico de la empresa, no suele plantearse siquiera como un problema. Salvo en alguna decisión aislada de Juzgado de lo Social⁴⁴, no se reconocen, ni se atisba siquiera en la doctrina judicial, las bases para el nacimiento de un efectivo derecho del trabajador a comunicarse con sus compañeros de trabajo, o aun con terceros ajenos a él, a través del correo electrónico que la empresa pone a su disposición para trabajar. La valoración dominante de este instrumento de comunicación es que se trata de una herramienta de trabajo de la que la empresa es titular y de ello se deduce, ineludiblemente, que sólo es regular su uso por el trabajador con fines estrictamente laborales, sin excepciones (que, además, son muy erráticas cuando se enuncian), sin cambiar la

doctrina respecto de la ya conformada sobre el coche de la empresa, las apropiaciones de gasolina de la empresa⁴⁵ o las llamadas telefónicas a números 806⁴⁶, por ejemplo. Esta tesis es la dominante, aunque merezca alguna censura, si se tiene en cuenta la implantación del correo electrónico en las relaciones sociales y la normalización de conductas en las que los trabajadores, sobre todo, se relacionan entre sí y con terceros con mayor frecuencia a través de este medio que a través de otros, como el papel o el teléfono, sobre los que la censura no ha sido tradicionalmente tan rígida. Sólo la autorización empresarial, expresa o implícita (mediante la tolerancia del uso extralaboral del correo, por ejemplo) o lo dispuesto en un Convenio Colectivo tienen la virtud de convertir en una actividad formalmente lícita el recurso al correo para fines no laborales por parte de los trabajadores.

Más allá de esta denegación en abstracto del derecho a utilizar el correo para su uso personal, la tesis judicial muestra un profundo surco que la divide entre:

- aquellas resoluciones que extraen las consecuencias de lo que se acaba de decir y subrayan que, sobre la naturaleza de acto de comunicación interpersonal que el correo tiene, prevalece el hecho de que se trata de una manifestación del uso de una herramienta de trabajo, como tal, propiedad del empresario, que está autorizado a su control por la regla general del art. 20.3 ET; o respecto de la cual el empresario no puede ser considerado “tercero”⁴⁷. En palabras de la STSJ Cataluña 9 julio 2002 (2811) “no nos encontramos en presencia de una correspondencia privada entre particulares...sino ante la utilización indebida de medios e instrumentos de la empresa para fines ajenos a los estrictamente laborales”.

- Y, frente a esta primera corriente, la de aquellas otras resoluciones que estiman que el efecto del art. 18.3 CE se extiende también al ámbito laboral. Sea o no lícito el uso del correo por el trabajador, una vez que éste se ha realizado sólo puede ser controlado por el empresario dentro de restricciones específicas, propias del balance de derechos constitucionalmente protegidos: frente a la libertad de empresa, el derecho al secreto de las comunicaciones del trabajador. Se trata de una corriente minoritaria, y en su mayor parte esgrimida por Juzgados de lo Social, no recibida en los fundamentos de las resoluciones de Tribunales de mayor rango jerárquico. Salvo excepciones, claro, como la que supone la STSJ Cataluña de 11 junio 2003 (2516), que, en cuidado razonamiento, concluye afirmando que para acceder al correo electrónico del trabajador son precisos los siguientes requisitos: “la necesidad o propósito especificado y explícito y legítimo”, que “la supervisión sea

³⁸ STSJ Andalucía 9 mayo 2003 (2840).

³⁹ Dir. 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 comunicaciones electrónicas, apartados 3 a 5 del preámbulo.

⁴⁰ En el estado actual de desarrollo de las instituciones comunitarias es obvio que en materia de derechos humanos la UE carece de competencia de intervención, a no ser que se conecte con alguno de los ámbitos en que sí está autorizada a operar por sus Tratados. Por eso esta Directiva se refiere a redes públicas o accesibles al público y a la comunicación interestatal y se concentran en la dimensión de tratamiento de datos de carácter personal de aquéllos (art. 3 en relación sobre todo con el 14) pero, en cuanto quiera que sea, constituye un elemento de análisis fundamental para evaluar el desarrollo como “derecho humano” de un proceso que llama la atención especialmente en su dimensión tecnológica y su evolución paralela a la experimentada por otros medios de comunicación ahora convencionales. Con esta finalidad se maneja, a mi juicio acertadamente, actos comunitarios en la STSJ Cataluña de 11 de junio de 2003 (2516) —Opinión 8/01, de 13 de septiembre, de la Dirección General del Mercado Interior de la UE sobre acceso al contenido de las comunicaciones— y constituye un modelo de erudición internacional la STSJ Andalucía 9 mayo 2003 (2840).

⁴¹ En efecto, son numerosas las resoluciones que parten de este esquema conceptual: SSTSJ Galicia 4 octubre 2001 (3366); Audiencia Nacional 5 abril 2002 (1648); o Juzgado de lo Social de Madrid 21 octubre de 2002 (2993), por citar varias instancias judiciales.

⁴² STC 127/96, de 9 de julio, FJ 4; más recientemente, STC 56/2003, de 24 de marzo, por todas, con amplia cita, a su vez de STC

123/2002, de 20 de mayo y en especial de la STC 114/84, de 29 de noviembre.

⁴³ Por ejemplo, SSJuzgados de lo Social de Vigo 29 abril 2001 (3653); Madrid 4 marzo 2002 (216228); Barcelona 16 septiembre 2002 (2637); Madrid 18 septiembre 2002 (2828), y del mismo Juzgado de 21 de octubre de 2002 (2993); Granollers 18 junio 2003 (2566).

⁴⁵ STSJ Andalucía 6 julio 2003 (1683).

⁴⁶ STSJ Galicia 30 mayo 2003 (3130).

⁴⁷ Esta parece ser la tesis mayoritaria. Por su minuciosidad, merece ser reseñada su exposición en la STSJ Andalucía 9 mayo 2003 (2840): “no cabe apreciar vulneración del secreto de las comunicaciones, ni de la intimidad de la actora, que podrían ser los derechos en juego, al no estarlo la libertad informática antes estudiada. De acuerdo con lo antes razonado, ya que el art. 18.3 CE garantiza la impenetrabilidad desde fuera en el proceso de comunicación por terceros, públicos o privados, ajenos (STC 114/1994), como en el presente caso nos referimos a medios o sistemas de comunicación —ordenadores, programas y cuentas de correo electrónico de la empresa—, el proceso a través de ellos no permite considerar al empresario como ajeno, de manera que no existe la penetración desde el exterior que la norma constitucional impide. Cuestión distinta sería que el empresario autorizase al empleado su uso por motivos distintos del trabajo o que fuese un medio propio o dentro de la esfera de disposición del trabajador, pues en este caso sería aquél un mero tercero no facultado para la intrusión, sino sólo legitimado, si es perjudicado por conductas graves del trabajador, de relevancia penal, para su denuncia, siendo el proceso penal el marco adecuado para que se dicte resolución judicial motivada que permita la investigación del correo electrónico, pero en el caso no consta que el medio fuera propio del empleado, ni que se le hubiera autorizado su uso para motivos distintos al trabajo, siendo revelador el sentido de las advertencias que se hacían los despedidos sobre los riesgos de ser sorprendidos”.

una respuesta legítima y proporcionada sobre un patrón de riesgo” y que “tenga mínimas repercusiones en los derechos a la intimidad de los trabajadores”⁴⁸, sin que se limiten esos requisitos por la legitimidad o no del uso del correo del trabajador (que en el caso, además, no lo era).

No parece acertada la tesis mayoritaria, que descarta sin más el juego del art. 18.3 CE en el ámbito laboral, si el citado precepto se interpreta de modo ajustado a la propia dinámica de esta forma de comunicación, muy distinta de la postal o telegráfica en torno a las que se montado el entramado de tutela que emerge en aquél. Básicamente porque la opinión jurisprudencial se basa sobre una indebida mezcla entre la comunicación —que es el acto de relación entre quien la emite y quien la recibe— y el medio en que esta comunicación se realiza y la titularidad de ese medio. Aunque se establezca sobre materiales ajenos, el correo electrónico constituye realmente una forma de comunicación interpersonal, evolucionada respecto de sus manifestaciones clásicas postales o telefónicas, cuya integridad y salvaguardia como sistema de relación entre humanos precisa de la exclusión de terceros, entendidos como tales aquellos extraños al acto de comunicación porque éste está destinado a ser reservado o no público, y esta relación mutua es la que constituye el núcleo garantizado por el art. 18.3 CE⁴⁹.

Cosa distinta es que esta comunicación, cuyo contenido es y permanece secreto en su valoración constitucional, sea además ilícita por el contexto en que se realiza. Vista desde esta perspectiva, que es sustancialmente externa a la misma, el empresario, que es tercero para su contenido a los efectos constitucionales, puede ser titular de un interés constitucionalmente protegido (art. 38 CE) no tanto en el contenido de la comunicación como en su existencia misma.

En otras palabras, a efectos laborales, lo que resulta relevante no es el contenido de la comunicación, sino su carácter extralaboral, que es perceptible en la inmensa mayoría de los casos sin necesidad de acceder a la misma, con la sola constatación de la dirección de correo a la que se dirige, incluso sin necesidad de entrar en mayores detalles sobre la identidad del receptor. Por ello no es posible en principio, afirmar la licitud del examen del contenido de la comunica-

ción misma, bastando con el análisis de las circunstancias que permiten identificarla como externa: la dirección de correo electrónico fundamentalmente⁵⁰. Así se desprende del estudio de la materia en el Grupo de Trabajo constituido en la UE al amparo del art. 29 de la Directiva 95/46/CE, en unas afirmaciones que por la claridad que arrojan al tema que nos ocupa, merecen ser transcritas: “La confidencialidad de las comunicaciones está protegida por el artículo 5 de la Directiva 97/66/CE. En virtud del mismo, ninguna persona distinta de los usuarios podrá leer el contenido de un correo electrónico entre dos partes⁵¹. Si durante la transmisión el contenido del mensaje se almacena en servidores de retransmisión, debería borrarse tan pronto como haya sido enviado”⁵². Claro es que esta misma conclusión puede predicarse de la Directiva 2002/58/CE, de 12 de julio, que deroga la mencionada por el Grupo en el Dictamen, pero que insiste al respecto en las mismas bases.

En su Recomendación 2/99, el Grupo de Trabajo del artículo 29 ha tratado los aspectos que afectan a la privacidad en la interceptación de las comunicaciones. En esta Recomendación, el Grupo de Trabajo señala que cualquier interceptación de las telecomunicaciones, definida como el conocimiento por un tercero de los datos sobre el contenido y el tráfico de las telecomunicaciones privadas entre dos o más corresponsales y, en especial, de los datos sobre tráfico relacionados con la utilización de servicios de telecomunicación, constituye una violación del derecho individual a la privacidad y a la confidencialidad de la correspondencia. De esto se desprende que las interceptaciones son inaceptables, a menos que cumplan tres criterios fundamentales, de conformidad con lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales del 4 de noviembre de 1950 y de la interpretación que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha hecho de esta disposición: un fundamento jurídico, la necesidad de la medida en una sociedad democrática y la conformidad con alguno de los objetivos legítimos enumerados del Convenio” (el subrayado es mío)⁵³.

⁴⁸ Lo que no sucede en el caso, por tratarse de un supuesto de malas relaciones entre la trabajadora y la empresa —la trabajadora llegó a presentar una demanda de resolución del contrato ex art. 50 ET—, y no fundarse en motivos “limpios” el control de la empresa, sino en la finalidad de despedirla disciplinariamente. Un buen argumento, sin duda, en un caso extremo, porque el peritaje del contenido del ordenador de la trabajadora reveló una desusada cantidad de correos personales, sobre rifas y sorteos, e incluso sobre trabajos académicos de la interesada, pero la infracción de los principios citados condujo a declarar inadmisibile la prueba constituida por los contenidos de los correos.

⁴⁹ En su Opinión 8/2001, de 13 de septiembre, el Grupo de Trabajo del art. 29 de la Directiva 95/46 (5062/01 FR/Final. WP 48, recuerda la doctrina del TEDH caso Niemitz/Alemania (STEDH 16 diciembre 1992, RA 77/1992, FJ 29) y transcribe estas fundamentales palabras: “el respeto de la vida privada debe también englobar, en cierta medida, el derecho para el individuo de establecer y desarrollar relaciones con sus semejantes. Parece, además, que no hay razón de principio para considerar a esta materia... como excluyente de las actividades profesionales y comerciales: después de todo, es en su trabajo donde la mayoría de la gente tiene muchas, o el máximo de ocasiones de reafirmar sus vínculos con el mundo exterior”, por ello “en las ocupaciones de cada uno no siempre se puede deslindar (démêler) lo que es relevante en el dominio profesional y lo que excede de él”. También en la jurisprudencia francesa se da razón de una interpretación semejante. Y así, se ha declarado ilícito, por violar el derecho del trabajador al secreto de las comunicaciones, “la lectura por el empleador de un mensaje que, aunque no llevaba en su objeto la mención “personal”, fue clasificado automáticamente en un dossier calificado “personal” y hace referencia en su texto a vacaciones, con una redacción y una ortografía familiares” (Cour d’Appel de Toulouse, 4^a Chambre Social, 6 febrero 2003 (02-02519), reseñada en BOUCHIER, *Op. Cit.*, pág. 13.

⁵⁰ Ciertamente es que puede haber excepciones, como la examinada en la STSJ Cataluña de 9 de julio de 2002 (2811) en que el trabajador, técnico en comunicaciones de una empresa dedicada a la gestión de equipos de energía, trató de apropiarse de software de la empresa para revenderlo a ésta desde una dirección de correo anónima. La empresa recurre a los servicios de detectives privados y como resultado de la gestión de éstos llega a conocer la dirección particular de correo del trabajador y el contenido de los mensajes remitidos desde ésta. Despedido por esta causa, la Sala considera que se ha vulnerado el derecho a la intimidad del trabajador, con independencia de la condena penal de que ha sido objeto por los mismos hechos. Tratándose de un acto con relevancia penal, quizás hubiera sido más eficaz valerse de la investigación y de la condena a estos efectos más que de la investigación “por su cuenta” que la empresa emprende. Ciertamente, excede de mi capacidad técnica señalar qué aspectos del correo electrónico son reservados en todo caso y cuáles, por ser inherentes al servidor del correo, pueden ser accedidos por terceros. Para evaluar lo que afirmo en el texto y con todas las reservas, puede verse el listado de materias distintas del contenido mismo del mensaje que ordinariamente transfieren al servidor —cuyo titular puede ser la empresa— y que a mi juicio permiten un adecuado seguimiento de la actividad del trabajador al respecto sin invadir el contenido mismo de la comunicación: Se considera que los siguientes datos quedan incluidos en la definición de “datos sobre tráfico”: “dirección de correo electrónico y dirección IP del emisor, tipo, versión e idioma del programa cliente, dirección de correo electrónico del receptor, fecha y hora de envío del correo electrónico, tamaño del correo electrónico, conjunto de caracteres utilizado, tema del mensaje (esto ofrece también información sobre el contenido de la comunicación), nombre, tamaño y tipo de los documentos adjuntos, lista de retransmisores SMTP utilizados”. (GRUPO de Trabajo sobre protección de datos del art. 29 de la Directiva 95/46/CE, “Privacidad en Internet: enfoque comunitario integrado de la protección de datos en línea” [en línea], 21 de noviembre de 2000, 5063/00/ES/final. WP 37, dirección de Internet: <www.europa.eu.int/comm/dg15/en/media/catalproli/index/htm>, pág. 35).

⁵¹ La Directiva citada por el Grupo de Trabajo ha sido derogada por la Directiva 2002/58/CE, de 12 de julio, pero en este punto la orientación de ambas es coincidente. Y así, según la Directiva vigente, art. 5. “1. - Los Estados miembros garantizarán, a través de la legislación nacional, la confidencialidad de las comunicaciones, y de los datos de tráfico asociados a ellas, realizadas a través de las redes públicas de comunicaciones y de los servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público. En particular, prohibirán la escucha, la grabación, el almacenamiento u otros tipos de intervención o vigilancia de las comunicaciones y los datos de tráfico asociados a ellas por personas distintas de los usuarios, sin el consentimiento de los usuarios interesados, salvo cuando dichas personas estén legalmente autorizadas a hacerlo de conformidad con el apartado 1 del art. 15”.

⁵² GRUPO de Trabajo del art. 29... cit., *Op. Cit.*, pág. 36.

⁵³ GRUPO de Trabajo del art. 29... cit., *Op. Cit.*, pág. 36.

Pese al progresivo señalarse del correo electrónico, mejor dicho, de la comunicación establecida a través de él e incluso de los datos externos sobre tráfico, como una sede en la que están en juego derechos fundamentales del individuo —cierto que variables en función del texto o el documento que se maneje: intimidad, secreto de las comunicaciones, protección de datos de carácter personal—, sin embargo la mezcla de planos es común en las resoluciones de nuestros Tribunales, y no es por ello nada raro que las afirmaciones de derechos del trabajador concernido se acompañen de la ratificación de sanciones basadas en el contenido de los mensajes, y no sólo en su existencia misma a los efectos del art. 18.3 CE.

Tan pacífica resulta ser esta premisa que ni siquiera suele exteriorizarse: por lo general, nuestros Jueces comienzan razonando directamente en las Sentencias sobre el alcance que posee el citado precepto constitucional tratándose de correo personal del trabajador, y admitiéndose el carácter evolutivo del concepto de “comunicaciones” a efectos de la tutela del art. 18.3 CE, pero, hecho esto, no se rematan los argumentos a efectos de descartar la posibilidad de que el empleador pueda por su propia autoridad acceder al contenido del correo electrónico del trabajador, porque el tratamiento constitucional quiebra en cuanto se considera que esa actividad del trabajador se encabalga sobre una herramienta de trabajo, cuyo control genérico no es discutible, cercenando los presupuestos de los que se ha partido. En cuanto entra este elemento en el debate, la cuestión se desliza al conocido dilema de determinar cuál de estas parcelas es predominante: si la reserva de la correspondencia del trabajador o los derechos de control de la empresa sobre el uso de bienes de su titularidad, cuyo alcance en el acceso al contenido del correo no se discute, y con el presupuesto de que ninguno de estos derechos que colisionan son absolutos, en términos que resultan perfectamente conocidos.

De este modo, el debate se desplaza al “qué decía” o al “para qué usaba” el correo el trabajador, desdeñando un aspecto previo y absolutamente fundamental: si la empresa, para juzgar y sancionar, podía acceder precisamente a esos datos, cuestión que se soslaya afirmando la efectividad legitimadora del art. 20.3 ET, que por su generalidad no es apto para realizar un balance tan delicado como el que nos ocupa.

Comoquiera que sea, aun disintiendo de ella, una descripción de la tesis dominante en nuestros Tribunales laborales pasa por señalar que resulta permisiva en cuanto a los controles de necesidad y adecuación de la propia lectura del correo, y se concentra en el análisis de la proporcionalidad, que se evalúa tomando en consideración elementos diversos, y de una casuística variada, como sucedía con el acceso a Internet: el consentimiento de los afectados en el momento del acceso al contenido del ordenador es, desde luego, un elemento determinante que corta el problema de raíz⁵⁴, o la presencia de un notario en el momento de acceder al contenido del ordenador en ausencia de la trabajadora afectada (que ya había sido despedida)⁵⁵; pero la gravedad del contenido mismo del mensaje tampoco es desdeñable, como sucede cuando a través de ellos

se realizan observaciones obscenas entre dos trabajadores respecto de una subordinada⁵⁶; que el contenido del correo fuera laboral o no suele ser un elemento que a posteriori legitima el acceso a él por parte del empresario, debilitando las previas argumentaciones judiciales sobre el alcance de la intimidad del trabajador frente a la informática⁵⁷. También es relevante una forma peculiar de “participación activa” del trabajador en el intercambio, pues no es tratado igual el que se limita a recibir y leer mensajes que el que los envía, así que es improcedente el despido porque aunque el trabajador recibiera 47 mensajes sólo renovó tres, disminuyendo su participación en la falta imputada por la empresa⁵⁸; el número de los mensajes enviados es algo también relevante, en una argumentación en cierta forma conectada con la anterior de participación activa del trabajador en el proceso de envío frente a la mera recepción⁵⁹; incluso, la naturaleza del ente titular del servidor del correo receptor de los mensajes es tomado a veces en consideración, en un argumento circular, para evitar dar protagonismo al hecho de que el correo era personal de los trabajadores implicados⁶⁰; el aviso a los trabajadores de la existencia de una actividad de control por parte de la empresa, y la naturaleza de ésta, es un elemento legitimador cuyo carácter razonable no puede discutirse, incluso si se utiliza un medio de control tan contundente como la grabación del disco duro de los ordenadores de los trabajadores⁶¹, para su consulta en caso de conflicto, obviamente, con lo que se “sacaba” la información del contexto personal en que nació y se transmitió, sin agotar el elenco de casos.

Como quiera que sea, el análisis de la jurisprudencia elaborada en nuestro país en torno al uso del correo electrónico de la empresa por los trabajadores arroja unas conclusiones que son en cierto modo contradictorias si se tiene en cuenta la dureza con que se afirma la prohibición de uso particular en horas de trabajo y la posibilidad de control por la empresa. Siendo esto cierto, sin embargo, sorprende la frecuencia con que nuestros Tribunales —y no sólo los Juzgados de lo Social— entienden que la conducta del trabajador, siendo de incumplimiento, carece sin embargo de la gravedad suficiente para justificar un despido. Este planteamiento es lo bastante frecuente como para llamar la atención⁶², y

⁵⁴ STSJ Cataluña 5 julio 2000 cit. En general, el carácter censurable del mensaje, su carácter pornográfico señaladamente, suele ser tomado en consideración cuando concurre, en términos ya expuestos.

⁵⁵ Por ejemplo, se considera improcedente el despido porque el correo se usó para fines laborales, como cuando obedece a relaciones sociales entre los trabajadores consagradas por el uso, como la participación en un homenaje a compañeros que abandonaban la empresa (STSJ Madrid 20 diciembre 2003 (124948)). O cuando la trabajadora había hecho competencia a la empresa a través del correo (STSJ Andalucía 9 mayo 2003 2840). Se considera improcedente un despido de un trabajador que remitió a varios mandos intermedios de la empresa un chiste por correo electrónico en el que, más o menos, se deducía (desde luego, la empresa y algunos compañeros lo dedujeron así) que en esa empresa había que ser un ladrón para vivir dignamente, la Sala estima que se vulneraron los límites de la libertad de expresión y examina el contenido del correo sin plantearse si era o no aceptable aducirlo como prueba (Juzgado de lo Social de Granollers, Sentencia 18 junio 2003 (2566)).

⁵⁶ STSJ Madrid 4 diciembre 2002 (789).

⁵⁷ STSJ Madrid 14 mayo 2002 (199028). Aunque en relación con la participación del trabajador en un foro —y no de mero envío de correo— resulta igualmente subrayada por la Sala la participación activa del trabajador, pues no se limitó a recibir información, sino que pidió su ingreso en el Foro en la STSJ País Vasco 1 julio 2002 (2852).

⁵⁸ “Era un correo de una institución a otra” afirma la STSJ Cataluña 6 junio 2003 (2272) para explicar por qué no se vulnera el derecho de secreto de comunicaciones entre dos trabajadores de serdos Ayuntamientos que se remitan correos personales.

⁵⁹ STSJ Madrid 13 mayo 2003 (3649), si bien parece que fue determinante en el juicio la cantidad, bastante notable, de espacio ocupado en el disco por archivos de toda índole “bajados” de Internet en horario laboral.

⁶⁰ Por utilizar una estadística no científica, pero creo que significativa: para la realización de este trabajo se han utilizado las Sentencias de Juzgados de lo Social, Audiencia Nacional y Tribunales Superiores de Justicia (no las hay del Supremo, lo que es natural, dado que en la base suele haber un despido y es conocida la tesis del TS sobre la idoneidad de esta materia para superar el juicio de igualdad en el recurso de casación para la unificación de doctrina) que abordan explícitamente la materia objeto de estudio entre 2000 y la actualidad. En total, 44 Sentencias, de las cuales 35 oran dictadas en procesos por despido. De esas 44 Sentencias, 19 declararon procedente el despido, las 25 restantes lo declararon improcedente o nulo, lo que resulta llamativo si se tiene en cuenta que en la inmensa mayoría de los casos los Jueces y Tribunales aceptaban que, efectivamente, el trabajador había usado indebidamente el correo electrónico.

⁵⁴ STSJ Cataluña 5 julio 2000 (3452).

⁵⁵ STSJ Andalucía 9 mayo 2003 (2840) citada, otorgando al notario (que a lo más puede intervenir a efectos de certificar que el contenido al que se accedió correspondía al ordenador de la trabajadora afectada) un papel de órgano de control de la legalidad del acceso mismo al contenido del ordenador, que no tiene asignado por ninguna norma, específica ni general. La presencia del notario será relevante, pues, a efectos de certeza, pero no a efectos de legitimar el acceso a un ordenador cuando no procedía.

se consolida a medida que se avanza en el tiempo —claro que en unas Salas con más frecuencia que en otras— y la normalización del correo electrónico se va generalizando en la vida del común de los ciudadanos. No puede hablarse en nuestros Tribunales de un derecho del trabajador a emplear el correo electrónico proporcionado por la empresa (su cuenta personal en él, para ser más exactos), a no ser que venga reconocido por la propia empresa expresamente o por tolerancia, o bien por Convenio Colectivo. La inseguridad en los restantes casos es la tónica general.

b) El control del uso de medios informáticos por el empresario en las relaciones colectivas de trabajo. Consideración especial del correo electrónico.

Muchas de las consideraciones que se han hecho con anterioridad en relación con los derechos de los trabajadores individuales son extensibles a los que puedan corresponderles a los representantes de los trabajadores cuando actúan en tal condición, en la medida en que están basadas en una valoración de la posición de los trabajadores respecto de los bienes del empresario cuando afectan a derechos inherentes a la comunicación de éstos con compañeros o con terceros, pues a todos incumbe el efecto que la revolución tecnológica ha tenido en el marco de las telecomunicaciones, que es o puede ser común a todas las instancias laborales, la individual y la colectiva.

Sin embargo, sobre este marco general común, existe un factor diferencial básico: el impacto que la libertad sindical, o más genéricamente el derecho de participación de los trabajadores en la empresa del art. 129 CE, tienen, generando en muchas ocasiones un "uso alternativo" de bienes propiedad del empresario por parte de la representación de los trabajadores.

Ese uso alternativo ha sido puesto de manifiesto hace tiempo por la doctrina y se extiende a los elementos más variados, normalmente con la expresa mediación de la ley: al tiempo de trabajo, en forma de permisos o licencias asociadas al ejercicio de actividades sindicales; a los poderes empresariales, impidiéndole a su titular adoptar decisiones que serían perfectamente lícitas en otro contexto (como la contratación de trabajadores externos en caso de huelga, por ejemplo); a la reserva de espacios de la empresa para reuniones o comunicaciones con los trabajadores, en los casos de locales o tableros de empresa, etc.

El problema planteado es, obviamente, hasta qué punto este derecho al uso alternativo por parte de los representantes de los trabajadores de elementos de la empresa es extensible a los instrumentos aportados por las nuevas tecnologías, señaladamente el correo electrónico, y opera de forma automática a compás de la propia evolución de estos medios, o por el contrario es precisa la previa legitimación por ley o Convenio Colectivo. En un principio, la respuesta de nuestros Tribunales sería dubitativa, señalándose mayoritariamente la necesidad de una intervención legal o convencional para autorizar el uso de dichos instrumentos, en cuya ausencia operaría la regla general de que se trata de herramientas propiedad del empresario que no son de uso particular por los trabajadores, o bien se podría admitir su uso por la representación de los trabajadores, pero rodeado de cautelas y de mesu-

ra⁶³. Es con ocasión del uso del Infobuzón de la empresa Telefónica de España SA cuando el problema se plantea a nuestro alto Tribunal con adecuada centralidad, y se percibe con claridad hasta qué punto es la regulación convencional y no el alcance del potencial derecho de los sindicatos el que concita la atención del debate.

En efecto, no se trata de un supuesto de pretensión de uso sin más del correo de la empresa por los sindicatos (orientación ésta en la que probablemente prevalecería la tesis restrictiva sostenida en la instancia), sino de casos en que el propio Convenio regula la cuestión en los términos siguientes:

"utilización del correo electrónico por la representación unitaria de los trabajadores y por los sindicatos...: (i) Tablón sindical: existe en la empresa un portal al que se accede por la internet de la empresa, denominado e.domus, o portal del empleado; uno de sus canales está a disposición de los sindicatos que tengan representación en el Comité intercentros; desde él se puede acceder directamente a las páginas web de dichos sindicatos, donde publican y difunden las comunicaciones e informaciones que consideren... (ii) Comunicaciones masivas: para los temas de "especial consideración", la empresa facilitará los medios oportunos para que los sindicatos más representativos a nivel estatal y el Comité intercentros, individual o conjuntamente, publiquen la información que consideren precisa (Negociación Colectiva, elecciones sindicales y otros "eventos singulares") por medio del servicio Infobuzón y todos los empleados reciban esa información. La interlocución con los sindicatos se llevará a cabo a través de la Dirección General de Recursos que, junto con el resto de unidades afectadas, fijará los criterios y prioridades necesarios para garantizar el normal funcionamiento de la Red Corporativa".⁶⁴

Como puede comprobarse, el acceso al correo electrónico no es incondicionado, sino limitado a "eventos singulares", y en relación con estos eventos sostiene la Sala que es posible que la Dirección de Recursos Humanos de la empresa tenga un mínimo conocimiento de la materia que se quiere publicar a través de correos masivos, y asegure que se trata en efecto de una materia relevante en concordancia con las demás unidades afectadas. La propia naturaleza del precepto convencional autoriza el acceso previo de la empresa al conocimiento de los correos sindicales, de donde se deduce por el TS que no se viola el art. 18.3 CE cuando el comportamiento de la empresa no exceda de los límites normales del precepto convencional. El acceso al TS de otros conflictos de la misma empresa revela hasta qué punto sigue siendo conflictivo el precepto convencional. Por todas, la STS 29 septiembre 2003 (7448): "Discrepando de ello debe decirse que, en principio, la información que un Sindicato quiera proporcionar sobre la convocatoria de una huelga es, sin duda, un tema de especial consideración y que, desde luego, encaja en la expresión de cierre del precepto de «evento singular», teniendo en cuenta, por un lado, que los allí descritos no

⁶³ Afirmando la posibilidad de uso de estos medios de comunicación electrónica por los mismos que tienen derecho al tablón de anuncios de la empresa. Sentencia del Juzgado de lo Social de Madrid de 13 de octubre de 2000 (3180). En contra de esta posibilidad sin reconocimiento legal o convencional, SSTSJ Asturias 1 marzo 2002 (630); SAN 5 abril 2002 (1684); STSJ Cataluña 14 mayo 2002 (2026). El Tribunal Supremo, a diferencia de los supuestos de despido, sí se ha pronunciado al respecto, confirmando las tesis restrictivas de la Audiencia Nacional, SSTS 28 marzo 2003 (7134) y 29 septiembre 2003 (7448). En un principio, sostenía el TS —Sentencia de 26 de noviembre de 2001 (3270)— que "el art. 8 de la LOLS... consagra el derecho de los afiliados a recibir la información que les remita su sindicato, mas no establece que sea la empresa la que deba facilitar los medios materiales para llevarla a cabo".

⁶⁴ Tomada la referencia textual de la STS 28 marzo 2003 (7134).

constituyen un *numerus clausus* y, por otro, que el derecho fundamental de huelga previsto en el artículo 28.2 CE tiene incluso mayor relevancia y protección constitucional que la propia negociación colectiva (artículo 37.1 CE), tal y como se desprende del número 2 del artículo 53 CE en relación con el 161.1 b)", aunque en el caso la empresa no excedió sus facultades convencionales porque el objeto de comunicación no era en puridad información sobre la huelga convocada, sino "que constituye una mezcla de opiniones, descalificaciones referidas al Comité Intercentros, a otros Sindicatos o a la propia Empresa, lo que en conjunto le priva totalmente del necesario carácter informativo que había de tener para poder ser incluido en el «infobuzón»".

Siendo éste el desarrollo jurisprudencial en relación con el derecho de los sindicatos al uso de los medios electrónicos de comunicación en la empresa, parece que han de hacerse algunas observaciones a la tesis de nuestro alto Tribunal. En efecto, el derecho de los sindicatos al acceso al correo electrónico para comunicar información a los trabajadores presenta, en relación con el que pudiera corresponder a los trabajadores, el refuerzo del derecho de libertad sindical —con su peculiar dinámica de tolerancia de su ejercicio en la empresa— y no sólo en el plano constitucional, sino también en el legal ordinario. En efecto, el derecho de comunicación a los trabajadores de las secciones sindicales se encuentra potenciado con la puesta a disposición de éstas de medios adecuados para hacerlo efectivo; la referencia al tablón de anuncios es, por así decirlo, no tanto una garantía a un medio determinado como una garantía instrumental de la comunicación de los representantes con los representados, que se diseña a la manera clásica, adaptada al nivel tecnológico existente en el momento en que se reconocieron las primeras manifestaciones de estos derechos, pero éstos deben ser leídos evolutivamente, atendiendo al grado de normalización y generalización del correo en las relaciones interpersonales de la empresa, pues resultaría hasta cierto punto incongruente que la tolerancia empresarial, o simplemente la evolución jurisprudencial, permitiese un cierto uso del correo a los trabajadores singulares, y no a los sindicatos, claramente más tutelados en este sentido de los medios a su disposición que aquéllos.

Pero, de momento, esta tesis no ha superado el nivel de los Juzgados de lo Social: "la evolución tecnológica permite el empleo de medios más sofisticados, rápidos, útiles y directos que el tradicional tablón... (por eso) en aras a satisfacer ese derecho, no pueden existir impedimentos legales para utilizar otros medios... aunque, lógicamente, su empleo deba adaptarse a sus peculiaridades"⁶⁵. Y, en cierta medida, se admite la posibilidad de extender a los sindicatos el modelo de tolerancia establecido para los trabajadores singulares por la Audiencia Nacional, pero desde luego no alcanza esta relajación al Supremo⁶⁶.

En principio, no consta que se hayan pronunciado nuestros Tribunales sobre la posibilidad de control a posteriori por el empresario del contenido de los correos fuera de los casos en que —como se acaba de ver— la propia norma convencional autorice a la empresa a un cierto examen previo de la naturaleza del envío. La traslación a este contexto de las consideraciones hechas para los

trabajadores es obligada, por tanto. Con los matices que se requieren —acerca de la índole de esos contenidos— dada la naturaleza de las relaciones colectivas de trabajo, cuya índole conflictiva potencial no autorizaría a seleccionar los mensajes atendiendo a criterios de oportunidad o de beneficio para la empresa de los mismos, ni a sancionar o repercutir negativamente en sus remitentes este carácter. Si tal cosa se hiciera, evidentemente, además del secreto de las comunicaciones entraría en liza el derecho de libertad sindical.

4.- LA TUTELA DEL TRABAJADOR EN LA RECOGIDA Y TRATAMIENTO DE DATOS DE CARÁCTER PERSONAL

4.1.- INTRODUCCIÓN

El acceso a los datos personales del trabajador por parte del empresario, la recopilación de los mismos por éste y su potencial utilización para fines distintos de aquéllos para los que se recogió, es una preocupación de antiguo en la doctrina laboral desde distintas perspectivas⁶⁷, sobre todo, en cuanto puede ser una herramienta muy adecuada para posteriores comportamientos discriminatorios. Pero el avance tecnológico del que llevamos hablando en este trabajo ha aumentado sustancialmente los motivos y los elementos normativos orientados a marcar los límites a estas facultades de indagación. Y no sólo en el marco laboral, sino que el tratamiento en este terreno de los límites a las facultades empresariales de indagación y la elaboración de datos constituye un reflejo sentido ampliamente en el contexto internacional.

Precisamente por el potencial incisivo de los medios tecnológicos de recogida y tratamiento de datos se ha ido afirmando progresivamente en la doctrina y en la jurisprudencia la idea de que la intimidad necesita desmarcarse de su tradicional enfoque de reserva de un ámbito de privacidad, para asumir una actitud activa, que pone en manos de su titular un tendencial dominio de los datos acerca de su persona que terceros poseen y del uso que puedan hacer de ellos⁶⁸. Hasta cierto punto, éste es el sentido del art. 18.4 CE —"la ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos"—. Como no podía ser menos el TC español se ha hecho eco de esta corriente que recorre los más recientes instrumentos internacionales en la materia.

Y, por su claridad, merece la pena que se cite su doctrina en este momento, como síntesis de esta sustancial evolución, en el sentido de que "la garantía de la vida privada de la persona y de su reputación poseen hoy una dimensión positiva que excede el ámbito propio del derecho fundamental a la intimidad

⁶⁷ Antonio Pedro Baylos Grau, "En torno al Estatuto de los Trabajadores: la prohibición de inquirir sobre la ideología, creencias y vida privada del trabajador" en *Lecciones de Derecho del Trabajo en homenaje a los Profs. Bayón Checón y del Peso y Calvo*, Madrid, 1980, págs. 318 y ss. También, Goni Seim, *Op. Cit.*, págs. 41 y ss.

⁶⁸ Esta evolución es hoy admitida sin fisuras por la doctrina, vid., al respecto, María Belén Cardona Valverde, "Tutela de la intimidad informática en el contrato de trabajo" en *Derecho Social*, núm. 6, 1999, pág. 26 y ss, afirmándola en relación con la LORTAD de 1992. En relación a la Ley Orgánica de 1999 hoy vigente, vid. Javier Thibault Aranda, "La incidencia de la LO 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal en el ámbito de las relaciones laborales" en *Relaciones Laborales*, Tomo II-2000, págs. 169 y ss. Ver también María de los Reyes Corripio Gil, Delgado y Lorenzo Marrón PCL, *El tratamiento de los datos de carácter personal y la protección de la intimidad en el sector de las telecomunicaciones*. Madrid, Agencia Española de Protección de Datos, 2001, pág. 126, que añade, además, que "el secreto de las comunicaciones constituye una garantía formal y no se entiende como una parte del derecho a la intimidad".

⁶⁵ Sentencia Juzgado de lo Social Madrid 13 octubre 2000 (3180).

⁶⁶ SAN 6 febrero 2001 (84), en un caso de envío de correos por un sindicato en una entidad bancaria con un nivel de intensidad que colapsó el servidor de la empresa. Admitiendo su uso, "con mesura", se pronuncia la Sala, en resolución revocada por el Tribunal Supremo ante su falta de precisión (STS 26 noviembre 2001 (3270)), fallando la Sala en el sentido clásico de negar que exista un derecho de los sindicatos al uso del correo, que podrá negociarse, pero no imponerse.

(art. 18.1 CE) y que se traduce en un derecho de control sobre los datos relativos a la propia persona. La llamada 'libertad informática' es así el derecho a controlar el uso de los mismos datos insertos en un programa informático (habeas data)...la función del derecho fundamental a la intimidad del art. 18.1 CE es la de proteger frente a cualquier invasión que pueda realizarse en aquel ámbito de la vida personal y familiar que la persona desee excluir del conocimiento ajeno y de las intromisiones...En cambio, el derecho fundamental a la protección de datos persigue garantizar a esa persona un poder de control sobre sus datos personales, sobre su uso y destino, con el propósito de impedir su tráfico ilícito y lesivo para la dignidad y derecho del afectado", por eso su ámbito es más amplio que el propio del derecho a la intimidad, ex art. 18.1 CE, de modo que excede de los datos estrictos de reserva personal para abarcar también a "aquellos datos personales públicos, que por el hecho de serlo, de ser accesibles 'al conocimiento de cualquiera, no escapan al poder de disposición del afectado", en cuanto "identifiquen o permitan la identificación de la persona, pudiendo servir para la confección de su perfil ideológico, racial, sexual, económico o de cualquier otra índole, o que sirvan para cualquier otra utilidad que en determinadas circunstancias constituya una amenaza para el individuo"⁶⁹. Lo que, en último extremo otorga a la protección de datos un perfil preventivo de daños por el mal uso de la información acumulada; daños de cualquier índole —potencialmente, también solo económica— pero en especial los que puedan derivarse de la prohibición de discriminación. Y como la prohibición de discriminación, también en el art. 14 CE, adquiere un papel polivalente, de tutela de rasgos personales y de derechos fundamentales del individuo, la propia tutela del art. 18.4 CE enlaza con esta valencia múltiple. Pero sobre esto volveremos cuando examinemos más en detalle la proyección laboral de esta doctrina.

Lo antes dicho no es, como se ha anticipado, un rasgo propio del ordenamiento español. Al contrario, la presión internacional en el sentido de abrir los límites tradicionales de la intimidad para ajustar su efectividad a las innovaciones tecnológicas potencialmente intrusivas, ha sido determinante en esta dirección, y ha generado instrumentos que resultan de una notable utilidad para la interpretación del texto constitucional y de la legislación de desarrollo del art. 18.4 CE citado. Esos instrumentos son de conocimiento y uso normalizado en nuestra doctrina y en la jurisprudencia constitucional, pero merecen ser aunque sea citados en un trabajo de esta índole.

Tempranamente, el Consejo de Europa aborda la cuestión elaborando el Convenio para la Protección de las Personas frente al Tratamiento Automatizado de Datos de Carácter Personal (en adelante, el Convenio)⁷⁰. El Convenio parte de la visión funcionalizada de los derechos reconocidos que ya hemos señalado, y, así recuerda en su art. 1 que su finalidad es "garantizar en el territorio de cada Parte, a toda persona física, cualesquiera que sean su nacionalidad o su residencia, el respeto de sus derechos y libertades fundamentales, y especialmente su derecho a la vida privada, frente al tratamiento automatizado de da-

tos de carácter personal", entendiéndose por datos de carácter personal, muy ampliamente, "toda información que concierna a una persona física identificada o identificable", y por tratamiento automatizado "(a) las operaciones siguientes efectuadas en su totalidad o en parte con la ayuda de procesos automatizados: registro de datos; aplicación a esos datos de operaciones lógicas y/o aritméticas, su modificación, borrado, extracción o difusión" (art. 2 b) y c)⁷¹. Centrándonos en la delimitación del contenido básico del Convenio, éste sigue estableciendo que los datos de carácter personal afectados deben ser o haber sido "a) obtenidos y tratados leal y lícitamente; b) registrados para finalidades determinadas y legítimas, y no ser utilizados de manera incompatible con esas finalidades; c) adecuados, pertinentes y no excesivos en relación con las finalidades para las que son registrados; d) exactos y si es necesario puestos al día; e) conservados bajo una forma que permita la identificación de las personas concernidas por una duración que no exceda de la necesaria para los fines por los que han sido registrados" (art. 5). Este marco de calidad en el tratamiento de los datos obtenidos condiciona profundamente los derechos que corresponden al titular de los datos, que no se ve privado de su dominio sobre los mismos a lo largo de todo el proceso, aunque, a la vez, estos derechos evidencian la licitud del proceso mismo de tratamiento de datos, de modo que se sustituye la reserva inicial por el control posterior⁷². El vínculo antidiscriminatorio se hace patente en el art. 6 del texto del Convenio, en cuanto dispone que "los datos de carácter personal que revelen el origen racial, las opiniones políticas, las convicciones religiosas o de otra índole, así como los datos de carácter personal relativos a la salud o a la vida sexual, no pueden ser tratados automáticamente a menos que el derecho interno prevea garantías apropiadas. Lo mismo sucede en relación con datos de carácter personal concernientes a condenas penales". El derecho consagrado de forma general en los preceptos citados sólo podrá ser exceptuado si tal posibilidad está prevista por la ley y constituye una medida necesaria en una sociedad democrática para a) "la protección de la seguridad del Estado, de la seguridad pública, de los intereses monetarios del Estado o la represión de infracciones penales", y b) "la protección de la persona concernida y los derechos y libertades de otros" (art. 9.2 Convenio).

La temprana fecha de elaboración del Convenio ha impuesto algunas precisiones posteriores⁷³, pero no puede desdeñarse su trascendencia como instrumento pionero, y su notoria influencia en otros instrumentos posteriores, señaladamente en el ámbito de la Unión Europea⁷⁴, en cuyas reglas al respecto nos centraremos por elementales principios de exhaustividad y eficacia de las mismas desde la perspectiva de nuestro Derecho interno.

⁷¹ Texto traducido del original en francés, www.scohr.int.

⁷² Art. 8 del Convenio. "toda persona debe poder: a) conocer la existencia de un fichero automatizado de datos de carácter personal, sus finalidades principales, así como la identidad y la residencia habitual o el principal establecimiento del dueño del fichero; b) obtener con intervalos razonables y sin plazos o gastos excesivos la confirmación de la existencia o no del fichero automatizado, de datos de carácter personal que le conciernan así como la comunicación de estos datos de una forma inteligible; c) obtener, llegado el caso, la rectificación de los datos o su borrado cuando han sido tratados con vulneración de las disposiciones de derecho interno que hagan eficaces (donnant effet) a los principios básicos enunciados en los arts. 5 y 6 de la presente Convención; d) disponer de un recurso si no le son proporcionados tras una solicitud de confirmación o, llegado el caso, de comunicación, rectificación o borrado..."

⁷³ Para proteger la actividad estadística sobre todo, indudablemente protegida de partida en el texto del propio Convenio. Véase Recomendación R(97) 18 del Comité de Ministros a los Estados miembros relativa a la protección de datos de carácter personal, recogidos y tratados con fines estadísticos.

⁷⁴ Como es sabido, también existen pronunciamientos al respecto en el ámbito de la Organización de Naciones Unidas, Principios Rectores sobre la reglamentación de los ficheros computadorizados de datos personales (45/95, Asamblea General 68 Sesión Plenaria 14 diciembre 1990).

⁶⁹ STC 292/2000, de 30 de noviembre, en su básico Fundamento Jurídico 4, dictada en Recurso de inconstitucionalidad num. 1463/2000 interpuesto por el Defensor del Pueblo contra determinados preceptos de la LO 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal. El que se trate de un recurso orientado a examinar la legitimidad constitucional de esa "ley" a cuyo desarrollo llama el art. 18.4 CE le otorga una relevancia especial a las palabras transcritas en el texto, sin desdeñar su trascendencia por así decirlo "didáctica" de las mutaciones experimentadas por la intimidad y el alcance de las mismas.

⁷⁰ Hecho en Estrasburgo el 28 de enero 1981. Conseil de l'Europe, Série des traités européens num. 108. Firmado por España el 28 de enero de 1982, fue ratificado el 31 de enero de 1985, entrando en vigor el 1 de octubre de 1985.

-resulta central a los efectos que ahora nos interesan la Directiva 95/46/CE de 24 de octubre de 1995⁷⁵ (en adelante la Directiva), 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, de tan notoria influencia en la regulación de la cuestión en nuestro país. Ya desde su preámbulo se percibe que se trata de una Directiva "de derechos humanos", incluso a pesar de la invocación de las necesidades de "establecimiento y funcionamiento del mercado interior" (parágrafo 3), y que su fundamento último es el siguiente (parágrafo 2): "los sistemas de tratamiento de datos están al servicio del hombre, (y)...deben, cualquiera que sea la nacionalidad o residencia de las personas físicas, respetar las libertades y derechos fundamentales de las personas físicas y, en particular, la intimidad". En ese sentido, aunque la forma de la Directiva se concentre en el flujo transfronterizo de datos y en la armonización de legislaciones al respecto, la propia naturaleza de su regulación la eleva a la condición de "valioso instrumento" para la interpretación de nuestro Texto constitucional en materia de derechos humanos a la luz de lo establecido en el art. 10.1 CE⁷⁶.

No es posible siquiera intentar sintetizar aquí el texto de una Directiva que es amplio y complejo. Por eso, sin perjuicio de volver con más detalle sobre algunos aspectos de su regulación que nos interesan especialmente, ahora sólo procederé a señalar las líneas maestras de aquélla. Básicamente, según su propio art. 1, la Directiva tiende a ordenar un sistema de protección "de las libertades y de los derechos fundamentales de las personas físicas, y, en particular, el derecho a la intimidad, en lo que respecta al tratamiento de los datos personales". El ámbito de su protección se concreta en el art. 2, a través de la clásica técnica de las definiciones. De este modo son datos personales "toda información sobre una persona física identificada o identificable" en tanto que el tratamiento de esos datos consiste en "cualquier operación o conjunto de operaciones, efectuadas o no mediante procedimientos automatizados, y aplicadas a datos personales, como la recogida, registro, organización, conservación, elaboración o modificación, extracción, consulta, utilización, comunicación por transmisión, difusión o cualquier otra forma que facilite el acceso a los mismos, cotejo o interconexión, así como su bloqueo, supresión o destrucción", cuyo tratamiento genere un "conjunto estructurado" de datos. Este es el núcleo básico de la protección que se dispensa, y es evidente que interesa desde la perspectiva laboral porque, a semejanza de lo que se preveía en el Convenio de 1981, el destinatario de los mandatos de la Directiva puede ser también una persona particular y no sólo instituciones públicas, de modo que el área laboral queda a priori integrada en la regulación, lo que confirma el art. 3 de la misma Directiva, que no menciona el contexto laboral entre los excluidos⁷⁷.

Así las cosas, la influencia del Convenio es patente en ese núcleo básico de la Directiva, sobre todo en su fundamental art. 5, que enuncia el contenido de los derechos que asisten al titular de los datos frente a quienes los recaban y manejan en términos casi literalmente semejantes a los del instrumento del Consejo de Europa: el afectado tiene derecho a que sus datos sean tratados de manera leal y lícita; sean recogidos con fines explícitos y legítimos, y tratados de manera coherente con esos fines; los datos han de ser adecuados, pertinentes y no excesivos, contemplados desde la perspectiva de los fines que se persiguen con su recogida; han de ser, asimismo, exactos y actualizados, de modo que pueda el interesado inducir su corrección o su supresión; y finalmente deberán ser conservados (si son tales que permitan la identificación de los interesados) "durante un periodo no superior al necesario para los fines para los que fueron recogidos o para los que se traten ulteriormente" (art. 6). Ello no obstante, ha de señalarse que el consentimiento del interesado es preciso como desencadenante del proceso como regla general, pero existen notables excepciones a esta regla general que nos interesan desde una perspectiva laboral: en los términos que dispongan los Estados miembros, cuando "es necesario para la ejecución de un contrato en el que el interesado sea parte o para la aplicación de medidas precontractuales adoptadas a petición del interesado" (art. 7.b) y otra serie de excepciones generales, algunas de las cuales pueden ser reconducibles a situaciones propias de la relación laboral⁷⁸.

Como puede percibirse, el interesado ve reconocida una posición de control y dominio de sus datos que es especialmente relevante, por ello la Directiva trata de apuntalar esta posición de la forma más intensa posible: requiriendo, como regla general, el consentimiento informado⁷⁹ del afectado con carácter previo a la recogida y tratamiento de sus datos personales (art. 7.a), que legitima la recogida incluso de los llamados doctrinalmente "datos sensibles" a no ser que prohíba este extremo la legislación del Estado, de modo que, sin su consentimiento -salvo en casos excepcionales enunciados en el art. 8 de la Directiva- los Estados miembros deberán prohibir "el tratamiento de datos personales que revelen el origen racial o étnico, las opiniones políticas, las convicciones religiosas o filosóficas, la pertenencia a sindicatos, así como el tratamiento de datos relativos a la salud o a la sexualidad" (art. 8.1). Precisamente, una de las excepciones contempladas a esta prohibición general es de índole laboral, de tal modo que no será preciso el consentimiento del afectado para recoger y tratar datos personales cuando esta actividad sea necesaria "para respetar las obligaciones y derechos específicos del responsable del tratamiento en materia de Derecho laboral en la medida en que esté autorizado por la legislación y ésta prevea garantías adecuadas" (art. 8.2.b). También conexas con materias propias del Derecho del Trabajo se encuentra la excepción prevista en el art. 8.2.d, referida a la posibilidad de que traten los datos "una fundación, una asociación o cualquier organismo sin ánimo de lucro, cuya finalidad sea política, religiosa o sindical, siempre que se refiera exclusivamente a sus miembros o a las personas que mantengan contactos regulares con (ellas)... por razón de su finalidad y con tal

⁷⁵ Origen y punto de referencia de numerosas actuaciones posteriores de las instituciones comunitarias. Sin agotar el elenco, deben ser especialmente mencionados el Reglamento CE (N) 45/2001, del Parlamento Europeo y el Consejo, de 18 de diciembre de 2001, sobre protección de datos en las instituciones comunitarias, y algunos Dictámenes del Grupo de Trabajo creado al amparo del art. 29 de la Directiva 95/46, en especial, el 6/2002, sobre recogida de datos con videocámara y, especialmente en el tema que ahora nos ocupa, el 8/2001 sobre tratamiento de datos de carácter personal en el contexto profesional.

⁷⁶ Así la han valorado las SSTC 94/98; 202/99 y 292/00 citada.

⁷⁷ No son muchas las Sentencias que aplican materialmente esta Directiva en la Jurisprudencia del TJUE, sobre la expresión tratamiento automatizado y datos de carácter personal, puede verse Sentencia TJUE 6 noviembre 2003, C 101-1, caso Lindqvist, en especial, fundamentos jurídicos 19 a 27. Y puede consultarse también la STJUE 20 mayo 2003 (C 465-00, C 138-01 y C 139-01), Rundfunk y otros. Ambas Sentencias muy alejadas del contexto laboral.

⁷⁸ Por ejemplo, que el tratamiento de datos sea necesario para el cumplimiento de una obligación jurídica de la que sea responsable el responsable del tratamiento (art. 7.c), para proteger el interés vital del interesado (art. 7.d) o para "la satisfacción de un interés legítimo perseguido por el responsable del tratamiento o los terceros a los que se comuniquen los datos", con la salvedad del predominio de la reserva en "materias sensibles", de las que se hablará con posterioridad.

⁷⁹ El contenido de los datos sobre los que ha de ser informado el interesado se enuncia en el art. 10 y 11 de la Directiva, según que los datos se recaben o no del propio interesado.

de que los datos no se comuniquen a terceros sin el consentimiento de los interesados". Sentado lo anterior, como se ha dicho con acierto, el dominio y la reserva de los propios datos se transforma en posibilidad de acceso y control de los mismos por el interesado, culminada en la cancelación, bloqueo o eliminación de los datos⁸⁰.

El texto de la Directiva, como se ha dicho con anterioridad, es minucioso y extenso, pero basta lo reseñado para detectar algunas líneas fundamentales del tratamiento de datos que resultan especialmente útiles en materia laboral:

- la primera, que el concepto de tratamiento de datos es excepcionalmente amplio, en la medida en que no es siquiera preciso que sea automatizado, bastando sólo con su recogida —aun manual— y su elaboración no necesariamente informática, formando un cuerpo estructurado de información sobre el individuo. Lo que evidentemente nos lleva más allá de la informática; no es sólo una norma de reconocimiento de la libertad frente al poder informático sino, más propiamente, frente al poder derivado de la información y el conocimiento adquirido por otros sobre la propia persona del interesado y sus circunstancias. La tutela frente al conocimiento inconsciente generada por la preocupación del alcance de la informática ha desbordado los límites iniciales y puede dar bastante juego en otros ámbitos, como veremos.
- la segunda, que el contrato de trabajo y, más en general, las relaciones laborales individuales y colectivas constituyen un área parcialmente exenta de la aplicación de las normas más vinculantes y gravosas de la Directiva, particularmente por lo que hace al valor obstativo del consentimiento del titular de los datos cuyo tratamiento se procura y a la prohibición de someter al interesado a "una decisión con efectos jurídicos (sobre él o que le afecte)...de manera significativa, que se base únicamente en un tratamiento automatizado de datos destinado a evaluar determinados aspectos de su personalidad, como su rendimiento laboral, crédito, fiabilidad, conducta, etc." (art. 15.1). El control en el marco laboral es, como veremos, un control a posteriori de lo conocido y tratado, y de su difusión y de sus efectos sobre el afectado.
- la tercera, que, aunque la Directiva no olvida las relaciones sindicales (al menos las intrasindicales), su propia pretensión de ser una norma de alcance general afecta a su enfoque, generando un régimen fundamentalmente individualista: el sujeto individual es el titular de los derechos originarios —obvio, si hablamos de su intimidad— y ello le hace titular por ello mismo de todos los derechos de control sobre el tratamiento, aplicación, difusión o cancelación de los datos, con abstracción de instancias intermedias. Esto, que puede ser justificado en pura teoría de los derechos fundamentales, y aún en el contexto de las relaciones privadas, no parece que sea necesariamente cierto o justificado en el seno de relaciones desiguales, cuya desigualdad ha generado precisamente una delicada tutela colectiva de los derechos de los trabajadores, también cuando éstos tienen rango fundamental. Pese a ello —pese a que incluso el Grupo de Trabajo del art. 29 de la Directiva eche de menos este contexto regulador— el mandato de la Directiva es inequívoco en este sentido y, como veremos, ha tenido una influencia decisiva en el ordenamiento laboral español.

Con estas premisas pasaremos a examinar la regulación española al respecto.

El punto de partida desde de la perspectiva de las fuentes del Derecho consiste en comprobar la inexistencia en el contexto laboral de reglas que ordenen la actividad que examinamos: no existen reglas generales sobre la recopilación de datos sobre el trabajador por parte del empresario (de hecho, ha habido importantes ensayos doctrinales ocupados en buscarlas⁸¹), y menos aún sobre el tratamiento y el uso de dichos datos. Sólo pueden deducirse algunos principios y guías del reconocimiento general de derechos como la intimidad y la dignidad del trabajador (art. 4.2.e) ET) y de la prohibición general de discriminación por múltiples motivos del art. 17.1 ET y, por supuesto, de sus homólogos constitucionales en los arts. 18 y 14 de nuestra norma fundamental. Por supuesto, lo anterior sin ignorar el avance que en esta materia ha supuesto la normativa sobre prevención de riesgos laborales, cuanto menos en el art. 22 LPRL, respecto de los datos sobre la salud del trabajador. Y todo ello, en el marco del principio mutuo de buena fe que ha de presidir la relación entre las partes según el art. 20 ET. Esta ausencia normativa en el marco laboral es, probablemente, la causa de un hecho notorio: en la jurisprudencia española no hay Sentencias que se hayan planteado el alcance laboral del art. 18.4 CE más que de la forma indirecta y forzada que se ha descrito en apartados anteriores. No existe, por tanto, una formulación judicial del "*habeas data*" en que resume el derecho de autodeterminación informativa del trabajador, si es que existe.

La negociación colectiva sería de gran ayuda en la búsqueda de estos principios y pautas, una vez que se ha admitido que es una sede adecuada para la regulación de los derechos fundamentales de los trabajadores desde tempranas resoluciones del TC, dentro del contexto marcado por la ley. Pero, como veremos, los pactos no son abundantes y cuando existen versan sobre materias "tecnológicas" menos complejas, por lo que la ayuda convencional es exigua, sin perjuicio de que nos planteemos más detenidamente su idoneidad en el marco de la legislación general.

Efectivamente, es la legislación general la fuente directa del grueso de las reglas elaboradas al respecto en nuestro sistema. Una ley que, por lo demás, no ha sido demasiado estable, experimentando profundas modificaciones en un periodo relativamente corto de tiempo. Así sucedió con la Ley Orgánica 5/92, de 29 de octubre, de Tratamiento Automatizado de Datos de Carácter Personal (LORTAD), reformada por la ahora vigente Ley Orgánica 15/99 de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (en adelante, LOPD)⁸². Una ley profundamente influida por la legislación internacional de la que se ha hablado con anterioridad, muchas de cuyas imprecisiones reitera de forma casi literal — como por lo demás viene siendo normal en la tendencia legislativa a transcribir más que a transponer—.

Centrando ahora nuestra atención en la LOPD, y en la medida en que ha sido objeto en su tiempo de vigencia de estudios abundantes, nos limitaremos a recordar los rasgos básicos de su regulación, haciendo hincapié en los problemas específicos que plantea en su vertiente laboral.

⁸⁰ Vid. Arts. 12, 13, 14, y 15 de la Directiva. Sobre el alcance de esta naturaleza transformada, en general, vid. DE VICENTE PACHES, *Op. cit.*, págs. 135 y ss.

⁸¹ Luis Antonio FERNÁNDEZ VILLAZÓN, "Tratamiento de datos...", *RRLL* 1-1994, pág. 517.

⁸² Un útil y preciso estudio de las innovaciones introducidas por la LOPD, en THIBAUT ARANDA, *Op. Cit.*, págs. 169 y ss.

El principio de partida de la LOPD, el mismo del que partía la LORTAD y del que parte la Directiva 95/46 parece pacífico: cuando la persona a la que concierne es reconocible, sus datos personales son de su titularidad, aunque haya instancias ajenas interesadas en su recopilación y estudios, salvo casos excepcionales que no nos afectan. El llamado derecho fundamental –o no, según los autores– a la autodeterminación informativa que se ha ido abriendo paso en nuestra jurisprudencia constitucional y en la normativa internacional, cuyo contenido se ha definido entre nosotros como “el control que a cada uno de nosotros nos corresponde sobre la información que nos concierne personalmente, sea íntima o no, para preservar de este modo y en último extremo, la propia identidad, nuestra dignidad y libertad”⁸³ es la muestra básica de esa esfera de dominio y de sus consecuencias en las relaciones del titular de los datos y el tercero interesado en recabarlos y tratarlos. En ese sentido, creo que no es metafórica la expresión “titular” que la LOPD utiliza en su art. 3 e) para referirse al afectado o interesado como la “persona física titular de los datos que sean objeto de tratamiento”. Por esa razón, nuevamente salvo casos excepcionales, la voluntad del titular de los datos desempeña un papel crucial en su recopilación y manejo, en la medida en que es la clave que permite el acceso de terceros a esa esfera reservada: “el tratamiento de los datos de carácter personal requerirá el consentimiento inequívoco del afectado, salvo que la ley disponga otra cosa” (art. 6.1 LOPD), un consentimiento, además, informado y revocable con causa justificada y sin carácter retroactivo (art. 5 y 6.3 LOPD).

Una de las excepciones a la regla del consentimiento expreso del interesado es, precisamente, que éste haya suscrito un contrato, para cuyo cumplimiento sea necesaria la recopilación y tratamiento de datos. En ese caso, dispone la LOPD que “no será preciso el consentimiento cuando los datos de carácter personal...se refieran a las partes de un contrato o precontrato de una relación comercial, laboral o administrativa, y sean necesarios para su mantenimiento o cumplimiento” (art. 6.2). Por esta causa (distintas son las circunstancias en otros ámbitos) el consentimiento del afectado no se produce caso por caso, sino que se entiende dado a priori, al anudarse el propio contrato o el precontrato que sirve de cobertura a la recogida de datos. De este modo, la regla de la voluntariedad sigue viva, aunque deba pasar por el cerco del contrato que la modula, que es una situación que no es nueva en la dinámica de los derechos fundamentales en el marco del contrato de trabajo⁸⁴. La regla general enunciada, sin embargo, presenta algunas imprecisiones y requiere ser completada con elementos adicionales aportados por la LOPD y la normativa internacional en la que halla su origen.

4.2.- MOMENTO INICIAL DE LA PROHIBICIÓN EN EL MARCO LABORAL: LOS TRATOS PRELIMINARES

El primer problema que se plantea es el alcance del consentimiento implícito dado por el trabajador en el momento de concertar el contrato. Y aun antes, si ese derecho existe en los “tratos preliminares” al propio contrato de trabajo. El problema ya se ha planteado en la doctrina española en relación con la recopilación

de datos en el momento del acceso al contrato de trabajo, al procedimiento de selección, aunque no se haya suscrito precontrato alguno. Y la respuesta más coherente⁸⁵ parece ser entender que la recopilación de datos por el empresario previa a la relación laboral está sometida a la regla general del art. 6.1 LOPD, es decir al consentimiento explícito del interesado, sin que pueda operar de cobertura la suscripción de un contrato que aún no se ha celebrado, y tampoco una relación inter partes que, en la mayor parte de los casos, no reúne los elementos constitutivos de un verdadero precontrato⁸⁶. Por tanto, será preciso que el empresario, o la agencia de selección que opere en su nombre, informe previamente al trabajador de los datos que le va a requerir, de la finalidad de su recopilación y de los demás elementos enunciados en el art. 5 de la LOPD⁸⁷. En esta línea, si los datos manejados por el empresario o en quien éste delegue no son obtenidos directamente del trabajador afectado, deberá ser éste también informado de estos hechos y de la fuente de los datos “dentro de los tres meses siguientes al momento de registro de los datos” (art. 5.4 LOPD)⁸⁸.

La cuestión que plantea el destino que haya de darse a la información obtenida en este momento preliminar ha preocupado a nuestra doctrina, desde el momento en que se trata de un cabo suelto que la ley deja. Desde luego, la agencia de colocación o de selección puede pretender guardar los datos del trabajador de cara a otros procesos de selección posteriores, en cuyo caso, los deberes de información y consentimiento explícito juegan respecto del trabajador interesado en toda la intensidad de los arts. 5 y 6 de la LOPD, y asimismo juegan los derechos de control de éste sobre el destino de la información y, en último extremo, su borrado o cancelación, en los términos previstos en los arts. 13 y ss LOPD. La cuestión es algo más compleja cuando los datos los recaba el empresario, o le son transferidos por el intermediario en la colocación. Ello es así porque el consentimiento del trabajador expresado en el contrato de trabajo, si tiene valor legitimador de indagaciones lo tiene a partir del momento en que el consentimiento contractual se presta, y no está previsto su carácter retroactivo. De este modo, debe incorporarse al contrato, junto al consentimiento puramente contractual, la autorización del trabajador para la recepción y uso de los datos conseguidos por el empresario en el momento del acceso al trabajo, como un consentimiento separado, sometido a las reglas generales de los arts. 5 y 6 LOPD. El problema de prueba que puede plantear la prestación de este consentimiento adicional probablemente aconseje que se plasme por escrito.

4.3.- EL CONTENIDO DE LA INFORMACIÓN

La LOPD, como la normativa internacional que le sirve de fundamento, elabora una definición de lo que sean “datos personales” que es bastante amplia: datos personales son los constituidos por “cualquier información concerniente a

⁸³ Comprendiendo los tratos preliminares, vid. THIBAUT ARANDA, *Op. Cit.*, págs 173 y 174.

⁸⁴ Sobre los requerimientos del precontrato, vid. CRISTINA SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, “El precontrato de trabajo”, Sevilla, 2001.

⁸⁵ Los datos, sintéticamente, son: a) la existencia de un fichero de datos de carácter personal, la finalidad de la recogida de éstos y el destinatario de la información; b) la posibilidad de negarse a proporcionarlos que asiste al interesado, así como c) las consecuencias que puedan derivarse de su negativa; d) la posibilidad de ejercitar los derechos de acceso, rectificación, cancelación u oposición y e) de la identidad y dirección del responsable del tratamiento o, en su caso, de su representante. Todo ello, con las limitaciones, puntualizaciones y excepciones del citado art. 5: quizás, la más frecuente en el ámbito laboral sea la siguiente “no será necesaria la información a que se refieren las letras b), c) y d) del apartado 1 si el contenido de ella se deduce claramente de la naturaleza de los datos personales que se solicitan o de las circunstancias en que se recaban”.

⁸⁶ Un plazo éste de gracia que se ha considerado con razón contrario a la Directiva 95/46. Vid. THIBAUT ARANDA, *Op. Cit.*, pág. 176.

⁸³ CORRIPIO-GIL DELGADO y MARRIÑO POL, *Op. Cit.*, pág. 80.

⁸⁴ Sobre la asociación del consentimiento del afectado con el consentimiento contractual, vid. JAVIER APARICIO SALOM, *Estudio sobre la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal*, Pamplona, Aranzadi, 2002, págs. 84 y ss.

personas, identificadas o identificables" (art. 3 a LOPD)⁸⁹. Un paso éste que resuelve de entrada todos los problemas que podría plantear el intento de interpretar estas normas en torno a nociones de contenido tan flexible y "brumoso" como las de reserva o intimidad.⁹⁰ La ley, siguiendo la pauta del Convenio del Consejo de Europa, se decanta por una noción formal de datos personales, que se articula en torno a dos ejes: es dato personal el referido a la persona, sea o no de público conocimiento; y es relevante a efectos de su articulado cuando dicha información se trata, en los términos en ella previstos, para constituir un fichero. No es la naturaleza última, pública o privada, de la información la que condiciona la aplicación de las normas legales, sino el intento de terceros de conocerla y someterla a tratamiento, lo que constituye el supuesto de hecho de aplicación de la ley: lo que sucede es que, como veremos, la ley no es insensible a la publicidad o no de los datos, y a la facilidad mayor o menor de su conocimiento. Pero el impacto de estos elementos se produce en el régimen, más o menos duro, de su tratamiento y recogida, que, como se sabe, oscila desde la mera cobertura contractual (sin consentimiento específico del interesado) hasta la prohibición de recogida y uso de la información sobre datos sensibles.

Dicho lo cual, ha de añadirse que la información que el contrato de trabajo autoriza a recabar y a tratar no es toda la que concierne al trabajador. La LOPD, siguiendo la pauta de la Directiva, presta una atención central a la finalidad de la recogida de datos como elemento delimitador del alcance de la propia recogida. Como la Ley dice, las finalidades "determinadas, explícitas y legítimas" son las que involucran el "qué" ha de ser recogido y el "cómo" se ha de tratar lo que se recoja (art. 4.1). De ese modo, en el seno de la relación de trabajo tal parece que sólo la delimitación de la aptitud del trabajador y su capacidad para realizar el trabajo contratado es la medida de la licitud de la información a instancias del empresario; al cabo, se trata de una excepción con cierta solera en las normas internacionales que protegen al trabajador de la discriminación, que hemos visto que es uno de los valores dominantes a la hora de perfilar el alcance del propio derecho de autodeterminación informativa. No otro es el sentido del Artículo 1.2 del Convenio 111 de la OIT: "Las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en las calificaciones exigidas para un empleo determinado no serán consideradas como discriminación".

Junto a la condicionada por la aptitud del trabajador, puede añadirse la información que sea precisa para el cumplimiento de obligaciones que al empresario en cuanto tal impone la ley, y que podrían considerarse amparadas en el último inciso del propio art. 6.2 LOPD, en cuanto excluye del consentimiento del afectado

la recogida de datos necesarios para el cumplimiento de obligaciones administrativas, y en cuanto lo autorice la propia ley que impone las obligaciones de que se trata al empresario. De todos modos, como veremos, esta excepción nos conduce a aspectos, como la situación familiar o la salud del trabajador, que requieren un tratamiento más detenido, que se hará en un momento posterior.

La conexión directa e inequívoca con el trabajo prestado es la que legitima, pues, la exigencia de información por parte del empresario con fundamento en el consentimiento contractual; cualquier otra información adicional, a su vez obediente a una finalidad legítima, explícita y comunicada al trabajador, no estará incluida en el pacto, y deberá ser sometida a las reglas generales tantas veces expuestas.

Hay una serie de temas que se exceptúan del tratamiento general en la arquitectura de la LOPD. Se trata de la recogida de datos sobre los temas sensibles enunciados como especialmente protegidos en el art. 7.1 de la ley. Dicho precepto aborda, como es sabido, los datos relativos a la propia "ideología, afiliación sindical, religión y creencias", cuya reserva ampara el art. 16 CE y un amplio elenco de normas internacionales, de donde que se admita la recopilación de estos datos sólo a organizaciones que por su finalidad se erijan en instrumentos colectivos al servicio de esos mismos derechos, y sólo respecto de sus asociados. El problema de las empresas de tendencia queda, pues, sin resolver en el ámbito laboral, justamente aquél en el que, atendiendo a la doctrina dominante, era lícita la indagación previa al contrato. Queda sin resolver en el contexto de la LOPD, pero en el marco constitucional no parece que existan problemas excesivos en legitimar la indagación previa al contrato de las actitudes de los trabajadores frente a la ideología que sostiene a la organización, que es presupuesto ineliminable de la aptitud de éstos y servidor esencial de la tarea de sostén de una determinada ideología en el plano colectivo que ampara a las propias organizaciones de tendencia (cuyo amparo es muchas veces el mismo derecho que ha llevado a la ley a prohibir indagar: la libertad ideológica o de creencias y la libertad sindical). Por supuesto, con el cumplimiento de los requisitos de información previa establecidos en el art. 5 LOPD que, con razón, se ha dicho que establecen una tutela que supera técnicamente a la de la propia Directiva⁹¹.

En relación con otra serie de datos personales sensibles, la ley es más flexible y admite su recopilación con el consentimiento del interesado. Son los datos referentes al "origen racial, a la salud y a la vida sexual" (art. 7.3). Sólo el consentimiento del afectado, informado y expreso para cada caso autorizará la recopilación de datos de esta índole, nuevamente conectándose la tutela de la reserva y la prohibición de discriminaciones por alguno de los motivos que se encubren en estas materias. Pero, con todo, no parece que el precepto considerado consagre la libre indagación en estas materias con el solo amparo de la voluntad de un interesado que, como sucede con los trabajadores, no siempre se encuentran en condiciones de libertad perfecta para negarse a informar sobre ellos. Para soslayar esta dificultad, en principio, hay que recordar la garantía básica que incluye la LOPD: los datos han de recabarse para "finalidades determinadas, explícitas y legítimas", que deberán ser puestas en conocimiento del

⁸⁹ No es el mencionado un defecto exclusivo de la ley española: reproduce en este punto lo dispuesto en el 2.a) del convenio para la protección de las personas frente al tratamiento automatizado de datos de carácter personal, y sigue muy de cerca el art. 2.a) de la Directiva 95/46, si bien ésta enriquece el concepto haciendo referencia a que la identificación de la persona puede ser directa o indirecta "en particular mediante un número de identificación o uno o varios elementos específicos, característicos de su identidad física, fisiológica, psíquica, económica, cultural o social".

⁹⁰ Esto ha de tenerse presente en la interpretación sistemática de la ley, en aquellos preceptos contradictorios en apariencia. Piénsese por ejemplo en el hecho de que no se encuentran sometidos a la regla general del consentimiento de su titular los datos que sean accesibles al público, pertenezcan al marco general de disponibilidad de la persona que se han eximido de su esfera de reserva. Por ello, ya se ha dicho, su consentimiento no es necesario para su almacenamiento (art. 6.2 LOPD) ni para su circulación en actividades de publicidad o prospección comercial (art. 5.5 LOPD). Y de alguna manera la opción más restrictiva parecería deducirse también desde la perspectiva internacional, como ya se ha dicho. Pues en esta línea resulta esencial la constatación de que esas normas hacen hincapié unánimemente en que el objeto de tutela de todo este entramado esencial la constatación de que esas normas hacen hincapié unánimemente en que el objeto de tutela de todo este entramado esencial es "la protección de las libertades y de los derechos fundamentales de las personas y, en particular, del derecho a la intimidad" (art. 1 de la Directiva 95/46), luego parecería que la esfera de reserva personal del afectado ha de verse comprometida por la información recabada por terceros —por lo que hace a la intimidad, excluyéndose los datos que sean del dominio público— y su efectivo ejercicio de los derechos fundamentales ha de verse afectado también por la explotación de los datos.

⁹¹ THÉBAULT ARANDA, *Op. Cit.*, pág. 175.

interesado, y los datos recabados deberán ser "adecuados, pertinentes y no excesivos en relación con el ámbito y las finalidades" que se invocan para justificar su recogida (art. 4.1 LOPD) y que marcan el uso futuro de los datos, pues no podrán ser usados "para finalidades incompatibles" con ellas. Un punto éste, dicho sea de paso, en que la ley de 1999 supone una innovación flexibilizadora frente al texto de 1992 que hacía referencia a "fines distintos" de los invocados⁹².

4.4.- LAS FORMAS DE RECOGIDA DE LA INFORMACIÓN

Bajo este enunciado genérico nos referimos en realidad a dos tipos de problemas. El primero de ellos atañe a la propia definición de lo que es un fichero de datos de carácter personal, a una visión sustancial de la forma en que ésta es condicionante del resultado; el segundo tipo de problemas hace referencia a la recogida de información desde el punto de vista procedimental o mecánico.

a) desde el punto de vista material: qué es un fichero de datos.

Es importante reseñar que la LOPD, a pesar de su título y del contexto normativo internacional en que ha nacido, tiende a extender sus mandatos bastante más allá del dominio de la informática o de la recogida y tratamiento automatizado de los datos. De hecho, en el momento presente, la ley define su propio ámbito de aplicación en relación con dos acciones: la recogida y el tratamiento de datos personales, con independencia del sistema que se haya podido utilizar para recabar los datos y para constituir y organizar el correspondiente fichero. La recogida manual es admisible, y el tratamiento más arcaico es posible también, con tal de que culmine el fichero en una entidad organizada de la que obtener información⁹³. Este es el sentido de las expresiones de la LOPD: el tratamiento de datos, recuérdese, puede ser "automatizado o no" (art. 3 c) LOPD) y el fichero es "todo conjunto organizado de datos de carácter personal, cualquiera que fuere la forma o modalidad de su creación, almacenamiento, organización o acceso" (art. 3 b)⁹⁴.

La extensión del precepto legal, que no sobra en modo alguno ante la multiplicidad de posibilidades que la práctica ofrece, plantea algunos problemas de deslinde con otros derechos, fundamentales o no, del trabajador, que se han tratado en este trabajo. Piénsese, por ejemplo, en los datos personales que se hayan podido recabar a través de los sistemas de videovigilancia establecidos en la empresa, o de los sistemas auditivos de control; piénsese también en la información personal que puede deducirse de la actividad del trabajador en Internet, o de la almacenada en su dirección de correo electrónico. En qué momento dejan de ser manifestaciones del derecho a la intimidad, o del derecho al secreto de las comunicaciones, y empiezan a ser manifestaciones del derecho a

la autodeterminación informativa es una cuestión de interés, porque el régimen de esta última es más detallado y está sometido a controles y formalidades que en puridad no serían precisos para entender respetados los derechos fundamentales del art. 18 CE, contemplados sola y exclusivamente desde esta perspectiva.

La proximidad de campos se ha manifestado ya en la Sentencia del Juzgado de lo Social de Madrid de 21 de octubre de 2002 (2993) que considera que la base de datos que la empresa llevaba "para gestionar el control de accesos a Internet y suministrar información relativa a las necesidades de ancho de banda precisas para que resulte ágil la conexión a la red" es un "fichero informatizado", sometido al art. 2.2 LOPD, y por tanto, a la exigencia de recabar el consentimiento del trabajador concernido, de ahí que fuese nulo el despido basado en la información obtenida.

A la luz de lo dispuesto en la LOPD, no es posible encontrar formas interpretativas que deslinden el campo de una sola vez por la naturaleza de la información recogida o por los instrumentos empleados para tratarla para separar la autodeterminación informativa de los aspectos de la intimidad de que se ha hablado. Creo por ello que el camino más adecuado es atender al resultado de la recogida de información: el fichero, el conjunto organizado de los datos obtenidos. Es la información que transmite la existencia del fichero, y la que permite constituir con sus datos, la que resulta protegida en la LOPD y en las normas internacionales de las que constituye un desarrollo. De tal modo que la simple recogida de información visual o auditiva acerca del comportamiento laboral del trabajador no constituye un supuesto de tratamiento de datos a los efectos que nos interesan⁹⁵. Ahora bien, en cuanto esos datos abandonen la fase inorgánica de su mera recogida para ser guardados ordenadamente (aunque sea tan simplemente ordenados como por lugares o fechas), estamos entrando en el campo de la LOPD. Y, a partir de ese momento, las exigencias de información, etc., que hasta ahora se han ido construyendo por nuestra doctrina y nuestros Tribunales trabajosamente, con fundamento en la teoría general de los derechos fundamentales, o en la mutua exigencia de buena fe en la relación de trabajo, se transforman en parámetros de licitud y corrección bastante más intensos, los propios de la norma que se comenta.

b) desde el punto de vista formal.

Cabe plantearse además, si existe alguna formalidad prefijada para recabar del trabajador el consentimiento que permita la recogida y tratamiento de sus datos personales por el empresario. La duda es si el consentimiento del trabajador ha de considerarse implícito en el marco del consentimiento contractual (esto es, si con el consentimiento contractual se entiende autorizado el tratamiento de datos) o si por el contrario es preciso que el trabajador se pronuncie expresamente sobre estos extremos, constituyéndose así un consentimiento singular, que rige y se desarrolla al margen de un consentimiento contractual tan flexible como el laboral.

⁹² THIBAUT ARANDA, *Op. Cit.*, pág. 171.

⁹³ En este sentido, la noción de fichero de datos que se maneja en la ley española es más amplia que la elaborada en el seno del Consejo de Europa y aún de la propia Directiva 95/46, vid. STJUE 6 noviembre 2003, citada, caso Lundqvist, FJ 26 sobre el sentido de la expresión "parcial o totalmente automatizado" (en el caso, publicación de datos personales en una página web elaborada por la Sra. Lundqvist).

⁹⁴ Vici, sobre la flexibilidad del concepto de fichero, FERNÁNDEZ SALMERON, *Op. Cit.*, págs. 149-150, en especial por lo que concierne a la distinción entre fichero y tratamiento de datos. Precisamente, la desconexión entre la noción de fichero de datos y el carácter automatizado del mismo es una de las novedades relevantes que la LOPD introduce respecto de la LORTAD, vid. Fernando María JAREZ RAMOS y otros. *La protección de datos personales en el ámbito sanitario*. Pamplona, Aranzadi, 2002, pág. 30.

⁹⁵ No es esa la tesis mantenida a escala comunitaria, vid. Las afirmaciones al respecto del Grupo de Trabajo del art. 29 "Opinión 4/2004 on the Processing..." cit, pág. 5, que hace hincapié en la recogida de datos más que en la necesidad de su ulterior tratamiento. Cita al respecto la opinión del Comité Consultivo para la aplicación del Convenio 108/81 del Consejo de Europa: "el Comité Consultivo ha afirmado que el Convenio contempla que la voz y la imagen son considerados como datos personales si proveen información sobre un individuo haciéndole o haciéndola identificable aunque sea indirectamente".

Tal parece que el uso normal de los datos personales en el marco del mantenimiento o el cumplimiento del contrato de trabajo no requiere expresión de consentimiento alguno, liberando la ley de este requisito a la contraparte de la relación (art. 6.2), aunque sería adecuado promover un consentimiento al respecto formalizado adecuadamente de cara a evitar las dudas interpretativas que el precepto plantea.

Fuera de los casos antes enunciados el consentimiento del trabajador es siempre necesario, y será expresado de forma "inequívoca" (art. 6.1 LOPD), lo que probablemente requiere forma escrita, aunque no sea ineludible so pena de nulidad de aquél si hay pruebas suficientes de que se ha prestado.

Como quiera que sea, conviene recordar en este punto que el consentimiento del trabajador se vincula con una adecuada información sobre la recogida de datos y su finalidad, que en principio no parece que sea cubierta con las reglas generales sobre información al trabajador de las condiciones de trabajo de los arts. 8 ET y RD 1659/1998, de 24 de julio, por lo que será aplicable el art. 5 LOPD.

4.5.- LA FINALIDAD DE LA RECOGIDA DE INFORMACIÓN

La recogida de información personal de terceros tiene, en la normativa internacional e interna, una orientación finalista al máximo. Porque es así, la contemplación de la finalidad legítima la recogida en sí de los datos. Y la finalidad cubre la utilización posterior de los datos obtenidos, de modo que no es posible separarse de ella hasta deformar su configuración inicial⁹⁶. Pese a esta importancia sustantiva, no se dice nada en ninguno de los textos acerca de cuál sea la finalidad, sino que sólo se exige que ésta sea legítima.

En consonancia con estas indicaciones, la LOPD recalca que el uso de los datos recabados y guardados en ficheros ha de ser adecuado a la finalidad — legítima en sí misma— para la que han sido conseguidos, erigiéndose ésta en la medida, a la vez, de la legitimidad de su recogida y de su uso posterior. Tal es el sentido del círculo de adjetivos que se contiene en los apartados 1 y 2 del art. 4 de la ley: los datos a recoger han de ser "adecuados, pertinentes y no excesivos en relación con el ámbito y las finalidades determinadas, explícitas y legítimas para las que se hayan obtenido", y "no podrán usarse para finalidades incompatibles con aquellas para las que los datos hubieran sido recogidos"⁹⁷. Es cierto que la LOPD ha modificado el término que delimitaba el uso conforme de los datos obtenidos —no "incompatibles" con— pero, como puede comprobarse, se limita la reforma a reiterar la palabra empleada en la legislación internacional.

⁹⁶ Como se ha apuntado, la referencia a la finalidad para la que se busca la información y se trata es una constante en los Tratados internacionales: así, en el Convenio para la protección de las personas frente al tratamiento automatizado de datos de carácter personal, se prevé que los datos de carácter personal han de ser registrados "para finalidades determinadas y legítimas y no personal, se prevé que los datos de carácter personal han de ser registrados "para finalidades determinadas y legítimas y no sean utilizados de manera incompatible con esas finalidades" y que "(sean) adecuados, pertinentes y no excesivos en relación con las finalidades para las cuales son registrados", (apartados b) y c) del art. 5); casi literalmente recoge estos mismos principios el art. 6, apartados 1.b y 1.c de la Directiva 95/46, que añade que "no se considerará incompatible el tratamiento posterior de datos con fines históricos, estadísticos o científicos, siempre y cuando los Estados miembros establezcan las garantías oportunas".

⁹⁷ Una flexibilidad que, además, se acentúa si se tiene en cuenta que, como ha señalado la doctrina, "el concepto de finalidad que se utiliza en la LOPD es de carácter abstracto, se refiere con ello a categorías genéricas de actividades o de usos, de modo que...no puede entenderse que la información (sobre la finalidad) deba alcanzar necesariamente a la determinación específica del uso, en lugar del tipo de uso", en Javier APARICIO SALOM, *Estudio sobre la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal*. Pamplona, Aranzadi, 2002, pág. 105.

Y en ese ámbito parece claro que es posible la deriva del tratamiento de los datos, pero con el límite de la desfiguración de la finalidad inicial, opuesta radicalmente a la vertiente legitimadora que la finalidad tuvo en su momento. El grupo de trabajo del art. 29 de la Directiva 95/46 apunta una serie de posibles finalidades cuando la Directiva trata de aplicarse en el ámbito laboral, que pueden servirnos de indicación para interpretar semejante término en la legalidad española.

1) En primer lugar es posible enunciar un grupo de finalidades que parece especialmente habitual en el marco laboral:

- tratamiento de datos necesarios para la ejecución del contrato del que la persona concernida es parte (identificación, por ejemplo, niveles salariales y profesionales, cualificaciones, rendimiento en el trabajo, etc.).
- tratamiento necesario respecto del cumplimiento de una obligación legal por parte del empresario (normalmente vinculadas con el Derecho de la Seguridad Social o Fiscal).
- necesidad de tratamiento "para la realización del interés legítimo perseguido por el responsable del tratamiento o por el o los terceros a los que son comunicados los datos a condición de que no prevalezcan sobre el interés o los derechos fundamentales de la persona concernida", punto éste especialmente difícil en que es necesario hallar equilibrios entre los intereses de los trabajadores y del empresario.

2) Y con menos incidencia, aunque posibles todavía, cabe añadir estas otras dos finalidades:

- necesidad del tratamiento de datos para la salvaguardia de un interés vital de la persona concernida (que sería el caso de la normativa sobre prevención de riesgos).
- necesidad del tratamiento para cumplir una misión de interés público, si bien "las circunstancias en las que es pertinente este criterio en el contexto laboral debieran ser muy limitadas".

Fuera de estos casos, la virtualidad legitimadora del consentimiento original contractualmente prestado por el trabajador desaparece, y será preciso, para recabar datos que le incumban, su consentimiento concreto y explícito para nuevas recogidas de datos o nuevos tratamientos de los ya obtenidos. Por supuesto, cada una de estas finalidades ha de ser explícita, a no ser que su existencia se deduzca de las circunstancias mismas en que se ha celebrado el contrato, lo que evidentemente excluye la calificación de implícitas o deducibles de finalidades alejadas *prima facie* de la prestación laboral, aunque pudieran estar indirectamente conectadas con ella (lo que está especialmente indicado para exámenes psicológicos del o los trabajadores).

Mención aparte merecen ciertas finalidades que no autorizan en ningún caso la recogida y el tratamiento de datos: los arts. 7 y 8 de la Directiva apuntan a ellas, y en todos los casos se percibe cómo la protección frente a la discriminación es la razón de ser de estos preceptos. La ideología, las creencias, la afiliación sindical, la raza o el origen étnico, la salud, la orientación sexual o incluso el historial penal o administrativo pertenecen a estos ámbitos prohibidos en los que el tratamiento no es posible, a no ser que el propio interesado dé su con-

sentimiento en el marco legalmente previsto o que "el tratamiento sea necesario para respetar las obligaciones y derechos específicos del responsable del tratamiento en materia de Derecho laboral en la medida en que esté autorizado por la legislación y ésta prevea las garantías adecuadas". La ley española (precisamente en los arts. 7 y 8) precisa de alguna manera el enunciado de la Directiva, reiterando su prohibición en términos absolutos, y otorgando al consentimiento *ad hoc* del interesado un papel preponderante en cada uno de los episodios de recogida y tratamiento de datos —y no sólo a través del consentimiento inicial—, con el remate final de que no son posibles los archivos de datos exclusivamente dedicados a revelar "la ideología, afiliación sindical, religión, creencias, origen racial o étnico, o vida sexual".

El TC ha tenido ocasión de pronunciarse en reiteradas ocasiones acerca de la licitud de ciertos archivos en el marco laboral, y los límites de su utilización con fines distintos de aquellos para los que fueron recogidos los datos, sentando una doctrina que posee una amplia virtualidad interpretativa de los generales términos de la ley, porque alude a principios más que al texto de la norma, lo que hace que esa doctrina pueda salvar el cambio normativo experimentado en la materia —de la LORTAD a la LOPD—. Por ello merece la pena describir más detenidamente su doctrina al respecto y el contexto en que se formula:

—el primer caso se plantea con ocasión de una huelga en RENFE, a seguidas de la cual la empresa procedió a descontar el salario de la huelga de los trabajadores que, según los datos obrantes en poder de la empresa a efectos de descontar la cuota sindical, estaban afiliados a los sindicatos que convocaron. Los trabajadores, que habían comunicado que no iban a participar en la huelga, pero que se encontraban en las listas de descuento de cuota mencionadas, vieron cómo de sus nóminas fue descontado el importe de un día de trabajo. Sucesivamente reclamaron las cantidades deducidas, alegando, entre otras razones, la vulneración del art. 18.4 CE, punto de anclaje de los derechos de reserva de que hablamos con el ordenamiento constitucional. La STC 11/98, de 13 de enero, primera de la larga serie que concede amparo a los trabajadores afectados, enuncia una serie de elementos doctrinales que precisan el alcance del art. 18.4 CE en las relaciones laborales: "el art. 18.4 CE...incorpora una garantía constitucional para responder a una nueva forma de amenaza concreta a la dignidad y los derechos de la persona. Además de un instituto de garantía de otros derechos...es también, en sí mismo, un derecho o libertad fundamental, el derecho a la libertad frente a las potenciales agresiones a la dignidad y a la libertad de la persona provenientes de un uso ilegítimo del tratamiento mecanizado de datos", que comprende "entre otros aspectos, la oposición del ciudadano a que determinados datos personales sean utilizados para fines distintos de aquel legítimo que justificó su obtención"⁹⁸. Legítima era la finalidad del fichero a efectos del descuento de la cuota sindical, amparada por el art. 11.2 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical (en adelante, LOLS), y la utilización dada en el caso no es sólo diferente, sino incompatible con la original, hasta el punto que vulneraba la libertad sindical de los trabajadores afectados⁹⁹. Libertad sindical y "habeas data" constituyen la base de la resolución.

—la segunda vicisitud judicial que llevó al TC a pronunciarse sobre la proyección del art. 18.4 CE a las relaciones laborales se basó en la existencia en una entidad bancaria de un fichero integrado por "una relación de partes de baja"¹⁰⁰ de los trabajadores a su servicio, obteniéndose los datos de las revisiones hechas a éstos por personal médico en locales dispuestos por la empresa como colaboradora de la Seguridad Social. Tras el agotamiento infructuoso de la vía judicial previa, el trabajador acude en amparo y la Sentencia del TC que se lo concede, tras recordar minuciosamente la propia doctrina sobre el alcance de la intimidad en su vertiente de control de los flujos de datos sobre la propia persona¹⁰¹, reitera que no existe ninguna norma que ampare la creación y el mantenimiento de este fichero —descartando la argumentación de la empresa, en clave de salud laboral, precisamente porque no cumplía esa misión, por eso la relevancia dada en la Sentencia a que se trataba de una "relación de partes de baja"—, por eso, al no existir consentimiento del o los trabajadores afectados, constituye "una medida inadecuada y desproporcionada que conculca el derecho a la intimidad y a la libertad informática del titular de la información", porque "de ella no se derivan más beneficios o ventajas para el interés general o para el interés empresarial que perjuicios sobre el invocado derecho a la intimidad" y porque el control de absentismo de los trabajadores —que era la finalidad real de la base de datos, y no preservar la salud de los trabajadores— es una finalidad que "quiebra la exigencia de nítida conexión entre la información personal que se recaba y el legítimo objetivo para el que fue solicitada".

¹⁰⁰ STC 202/99, de 8 de noviembre. En el fichero se consignaban "las correspondientes fechas de baja y alta laboral, el motivo de la baja (enfermedad común o accidente laboral), los días durante los que prolongó la situación de incapacidad temporal y el diagnóstico médico" (FJ 4).

¹⁰¹ Resulta fundamental la síntesis del FJ 2: "este Tribunal ha tenido ya ocasión de advertir que el derecho a la intimidad personal, consagrado en el art. 18.1 CE, se configura como un derecho fundamental estrictamente vinculado a la propia personalidad y que deriva, sin ningún género de dudas, de la dignidad de la persona que el art. 10.1 CE reconoce (SSTC 231/1988, fundamento jurídico 3º; 197/1991, fundamento jurídico 3º; 142/1993, fundamento jurídico 7º; 57/1994, fundamento jurídico 5º A); 143/1994, fundamento jurídico 6º y 207/1996, fundamento jurídico 3º B) y ATC 30/1998, fundamento jurídico 2º], e implica, necesariamente, la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás, necesario, conforme a las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de la vida humana (SSTC 110/1984, fundamento jurídico 3º; 170/1987, fundamento jurídico 4º; 231/1988, fundamento jurídico 3º; 197/1991, fundamento jurídico 3º; 57/1994, fundamento jurídico 5º A); 143/1994, fundamento jurídico 6º; 207/1996, fundamento jurídico 3º B) y 151/1997, fundamento jurídico 5º]. Atendiendo en especial al elemento teleológico que la proclamación de este derecho fundamental incorpora, la protección de la vida privada como protección de la libertad y de las posibilidades de autorrealización del individuo (STC 142/1993, fundamento jurídico 8º), este Tribunal ha tenido asimismo ocasión de señalar que la protección dispensada por el art. 18.1 CE alcanza tanto a la intimidad personal «estricto sensu», integrada, entre otros componentes, por la intimidad corporal (SSTC 37/1989, fundamento jurídico 7º; 137/1990, fundamento jurídico 10º; 207/1996, fundamento jurídico 3º) y la vida sexual (STC 89/1987, fundamento jurídico 2º), como a determinados aspectos de la vida de terceras personas que, por las relaciones existentes, inciden en la propia esfera de desenvolvimiento del individuo (SSTC 231/1988, fundamento jurídico 4º y 197/1991, fundamento jurídico 3º). Por lo que se refiere a los hechos referidos a las relaciones sociales y profesionales en que el trabajador desarrolla su actividad, si bien no se integran en principio en la esfera privada de la persona (STC 142/1993, fundamento jurídico 7º y ATC 30/1998, fundamento jurídico 2º), sin embargo no cabe ignorar que, mediante un análisis detallado y conjunto de los mismos, es factible en ocasiones acceder a informaciones atinentes a la vida íntima personal y familiar (STC 142/1993, fundamento jurídico 8º), en cuyo ámbito se encuentran, sin duda, las referencias a la salud. La hipótesis ahora planteada adquiere una dimensión singular por inor de la generalización del tratamiento automatizado de datos personales. En prevención de los nuevos riesgos que ello pueda originar para la plena efectividad de los derechos de los ciudadanos, se dispone en el art. 18.4 CE que «la ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos». Se trata, por tanto, de un instituto de garantía de otros derechos, fundamentalmente el honor y la intimidad, pero también de un instituto que es, en sí mismo, un derecho o libertad fundamental, el derecho a la libertad frente a las potenciales agresiones a la dignidad y a la libertad de la persona provenientes de un uso ilegítimo del tratamiento mecanizado de datos (SSTC 254/1993, fundamento jurídico 6º y 11/1998, fundamento jurídico 4º). De suerte que, como se precisara en la STC 143/1994, «un sistema normativo que, autorizando la recogida de datos incluso con fines legítimos, y de contenido aparentemente neutro, no incluyese garantías adecuadas frente a su uso potencialmente invasor de la vida privada del ciudadano, a través de su tratamiento técnico, vulneraría el derecho a la intimidad de la misma manera en que lo harían las intromisiones directas en el contenido nuclear de ésta» (fundamento jurídico 7º; en el mismo sentido, STC 94/1998, fundamento jurídico 4º)". Por consiguiente, la garantía de la intimidad adopta hoy un entendimiento positivo que se traduce en un derecho de control sobre los datos relativos a la propia persona; la llamada «libertad informática» es así derecho a controlar el uso de los mismos datos insertos en un programa informático («habeas data») y comprende, entre otros aspectos, la oposición del ciudadano a que determinados datos personales sean utilizados para fines distintos de aquel legítimo que justificó su obtención (SSTC 254/1993, fundamento jurídico 7º; 11/1998, fundamento jurídico 4º y 94/1998, fundamento jurídico 4º).

⁹⁸ FJ 4, reproduce la doctrina de la STC 254/1993, si bien presenta la novedad de su aplicación a un caso laboral, frente al ámbito del amparo resuelto por la STC 254/93, referida a ficheros administrativos.

⁹⁹ Sobre la amplia serie de Sentencias a que esta doctrina —y los hechos que originaron el conflicto— dio lugar, vid STC 44/1998, de 22 de marzo, que cerró la referida serie.

Como puede comprobarse de la lectura de las resoluciones del TC relevantes a efectos laborales, el juicio de constitucionalidad del comportamiento empresarial que hace el alto Tribunal se aleja en parte de lo establecido en la legislación de protección de datos a escala internacional (a escala interna interpreta la LORTAD, que de alguna manera no se diferencia mucho de la LOPD vigente en este punto) en la medida en que juzga preciso elaborar un control de proporcionalidad *ad hoc* de la tenencia del fichero, siendo así que los Tratados internacionales y la propia ley ya han elaborado ese control de proporcionalidad de los ficheros sobre afiliación sindical o sobre la salud de los trabajadores en los términos expuestos: prohibiendo la creación de los primeros, salvo autorización legal, y condicionando los segundos al consentimiento del afectado o a la búsqueda de un interés general que no se probó. Fuera de estos casos —y la ley desarrolla el art. 18.4 CE y los Tratados internacionales ayudan a su interpretación ex art. 10.2 CE— no es posible valorar si hay o no beneficios colaterales, simplemente el archivo es ilícito por sí mismo si se crea y se mantiene sin el consentimiento del trabajador concernido. Comoquiera que sea es de destacar la firmeza con que el TC exige la correspondencia de finalidades entre la captación original de los datos y su uso posterior, descartando incluso su uso derivativo para una finalidad tan adecuada a la gestión de recursos humanos como es el control del absentismo¹⁰². La inherencia de los datos con la salud de los trabajadores es quizás el elemento determinante de la solución hallada en este caso, pudiéndose prever una respuesta más flexible en el marco de la LOPD sobre datos no expresamente excluidos de la regla general de consentimiento inicial del trabajador.

Queda, a mi juicio, por plantear ante el alto Tribunal el juego "normal", no reforzado, de la libertad informática de los trabajadores frente a ficheros llevados por la empresa, y su uso por ésta, con datos personales —que lo son los simplemente relativos a los trabajadores, aunque no esté en juego su intimidad— bajo la cobertura del consentimiento inicial. Si los datos no se refieren a materias sensibles como las enunciadas en los arts. 7 y 8 de la LOPD, y se utilizan para fines directamente conectados con a) el cumplimiento de las obligaciones laborales y b) la más ágil gestión de los recursos de la empresa, tal parece que la licitud ha de afirmarse y, a efectos laborales, presumirse, incumbiendo al interesado acreditar la irracionalidad de la utilización de los datos y la invasión de áreas de su intimidad y derechos fundamentales amparadas como sensibles por la ley. Ello porque la "incompatibilidad" entre finalidades que la ley proscribiera parece sugerir —precisamente en atención al cambio textual experimentado por la ley— la posibilidad de giros parciales en la utilidad de los ficheros, cuya finalidad concreta es relevante en la medida en que se ajuste o no a las dos finalidades básicas antes enunciadas de cumplimiento y gestión de recursos humanos, porque son ambas macrocategorías las que resultan directamente deducibles del marco contractual¹⁰³.

Un problema adicional planteado, no ya por la finalidad de uso, sino por la materia que se archiva, es el planteado por la búsqueda de datos orientados a precisar gustos, aficiones y demás que permitan sacar el perfil psicológico del trabajador concernido, en cuanto puede ser relevante para el cumplimiento del trabajo pactado o para la asignación de nuevos cometidos. Con el añadido de que esta búsqueda puede producirse a partir de datos que ya se poseen. La doctrina española¹⁰⁴ ya se planteó la licitud o no de este tipo de indagaciones en el momento del acceso al trabajo y en el desarrollo del trabajo, admitiendo su licitud, pero no incondicionada: se haría preciso que el trabajador fuese informado de la finalidad concreta perseguida —la búsqueda de su perfil psicológico o de sus condiciones caracterológicas—, de la naturaleza de las actividades de indagación, de los límites de éstas y de la posibilidad de negarse a someterse a esta indagación. Y no parece que haya que cambiar la conclusión, sino antes bien reafirmarla, en el contexto normativo que se abre con la LOPD, que no recorta sino que refuerza y complementa las exigencias derivadas del reconocimiento del derecho a la intimidad del trabajador y a su autodeterminación informativa en vertientes próximas a su ámbito personal y no a su condición de hombre que trabaja. Y, aun con el consentimiento del trabajador, queda la evidente limitación de que su uso no podrá conducir a un tratamiento discriminatorio.

Y algo más: el art. 13 de la LOPD, siguiendo por lo demás la pauta que le marca la Directiva 95/46, excluye la licitud de aquellas acciones públicas o privadas que se basen "únicamente en un tratamiento de datos determinados a evaluar determinados aspectos de su personalidad", ante lo cual queda el afectado legitimado para impugnar la decisión —en este caso empresarial—, previa información por el responsable del fichero de "los criterios de valoración y el programa utilizados en el tratamiento que sirvió para adoptar la decisión en que consistió el acto", y, en lo que le beneficie, para alegar las conclusiones comentadas como prueba (art. 13.4 LOPD). Las decisiones empresariales quedan incluidas también en el marco de este precepto, de modo que los estudios psicológicos aludidos sólo pueden desempeñar un valor complementario en el proceso de toma de decisiones empresariales.

Finalmente, en este apartado dedicado a la finalidad del tratamiento de los datos, ha de concluirse subrayando hasta qué punto el uso discriminatorio es una finalidad siempre excluida, sea cual sea el origen de los datos y el modelo de consentimiento del trabajador que se haya empleado en el caso; sea cual sea, por supuesto, la finalidad formal con base a la cual se han conseguido. Así se desprende claramente de una doctrina del TC que, siguiendo la pauta del TJUE, excluye que el consentimiento de la víctima pueda tener virtualidad sanatoria de los comportamientos discriminatorios¹⁰⁵. Dada la amplitud de las prohibiciones asociadas con la prohibición de discriminación, es posible señalar cómo en ella se encuentra una de las más efectivas medidas de tutela frente a la falta potencial de libertad del trabajador que consiente en la recogida y el tratamiento de datos por parte del empresario; una falta de libertad en cuya alegación coinciden todos los estudiosos de la materia entre nosotros.

¹⁰² La SAN de 10 de mayo de 2002 (www.agpd.es) FJ 4 establece una distinción entre supuestos de "prevención o diagnóstico médico, prestación de asistencia sanitaria, tratamiento médico o la gestión de servicios sanitarios realizada por un profesional sanitario sometido a secreto profesional", en cuyo marco sí es posible llevar archivos de expedientes sanitarios en los términos del art. 8.3 de la Dir. 95/46, y los supuestos en los que "únicamente se pretende controlar el absentismo laboral de los trabajadores que prestan sus servicios en el arrendador del servicio" con fines ajenos a los citados, y sometido el fichero al principio de consentimiento de los afectados, cuya inobservancia conduce a la sanción administrativa por la APD, confirmada por la Audiencia Nacional. La Sentencia remite a la doctrina anteriormente sentada por la propia Audiencia en la SAN 12 abril 2002.

¹⁰³ Esta es la tesis apuntada por APARICIO SALOM, *Op. Cit.*, págs. 111 y ss.

¹⁰⁴ GONZÁLEZ SEN, *Op. Cit.*, págs. 59 y ss.; DE VICENTE PACHES, *Op. Cit.*, en especial, págs. 116 y ss.

¹⁰⁵ STC 317/94, de 28 de noviembre, FFJJ 3 y 4.

4.6.- LA COMPATIBILIDAD CON LA FINALIDAD ORIGINAL EN EL USO DE LOS DATOS POR PARTE DEL EMPRESARIO

Como ya se ha dicho, en el texto de la normativa española, más que en el de las normas internacionales que le sirven de fundamento, la utilización de los datos recabados del trabajador por el empresario ha experimentado una sensible ampliación, desde el momento en que según la LOPD los datos obtenidos no podrán ser utilizados por el empresario para fines "incompatibles" con los inicialmente declarados, en lugar de "distintos", que era la más restrictiva expresión empleada por la LORTAD. El principio básico es evidente: puesto que el consentimiento de los afectados es la cobertura en el tratamiento de datos, una variación sustancial en la finalidad de uso de la información constituye una modificación en un elemento básico del consentimiento prestado —la "causa", si se nos permite la terminología contractual—, de modo que no podrán ser utilizados si no se obtiene de nuevo y sobre las nuevas bases el consentimiento del titular de los datos.

La flexibilización operada en el texto de la ley presenta dificultades interpretativas, en la medida en que hay que redefinir un término "incompatibilidad" que presenta numerosos flancos indeterminados, especialmente en el marco laboral. Ello porque hay que tener en cuenta que en el contexto de la relación de trabajo, y como regla general, el eje sobre el que se va a vertebrar la mayor parte de la obtención y el tratamiento de datos personales de los trabajadores es el inicialmente prestado por éstos con ocasión del contrato de trabajo en los términos del art. 6.2 LOPD. En la medida en que la utilización y la obtención de datos por parte del empresario no excedan del uso normal de información preciso para procurar el adecuado cumplimiento del contrato de trabajo, no será preciso consentimiento adicional, de modo que todo lo más los derechos que le corresponden al trabajador son derechos de reacción frente al tratamiento de datos "(por) motivos fundados y legítimos relativos a una concreta situación personal" (art. 6.4 LOPD). Tal parece ser el sentido más racional a dar al binomio compatibilidad/incompatibilidad instaurado por la LOPD. ¿Cuándo se puede considerar que la finalidad del tratamiento de la información es incompatible con la finalidad inicial?. El casuismo de esta situación aconseja no dar respuestas tajantes, pero parece que el dato fundamental ha de ser la conexión con el cumplimiento, en los términos enunciados en el art. 6.2 LOPD: el consentimiento no es necesario cuando los datos se refieran al "mantenimiento o cumplimiento" de la relación laboral, de modo que es el objeto de esta misma el que delimita el ámbito de la compatibilidad, tanto para declarar que existe y por tanto para excluir datos del consentimiento posterior, como para afirmar que no existe, y requerir el consentimiento del trabajador. Otro tipo de datos, aunque se revelen útiles para una gestión adecuada de recursos humanos, si no presentan adecuado encaje contractual —son más organizativos que contractuales, en suma— han de recabarse con el consentimiento del interesado.

Hasta cierto punto ésa parece haber sido la tesis del TC: en el caso RENFE, porque el uso de datos no estaba relacionado con el cumplimiento, sino con la recogida de la cuota sindical (es decir, *ab initio* estaban dedicados a fines no estrictamente contractuales) y se pretende utilizarlos para descontar salarios por huelga, alterando radicalmente la finalidad inicialmente establecida en la LOLS. Y en relación con los ficheros de bajas —que no tenían por sí mismos, tal como eran llevados, virtualidad laboral— el destino de los mismos al control del

absentismo, que hubiera podido ser una finalidad amparable en el consentimiento del interesado en otro contexto, no lo era en un caso en que se recabaron los datos para un fin extraño al contrato, propio de la normativa de Seguridad Social.

Fuera de esta regla general, la LOPD contiene una serie de reglas específicas, proyectables a la relación laboral. La primera ya hemos tenido ocasión de exponerla: que los datos sobre materias sensibles requieren siempre, para su tratamiento, el consentimiento del afectado (para los casos de origen racial, salud y vida sexual, art. 7.3 LOPD), o la autorización expresa de la ley, sin que el consentimiento del interesado tenga virtualidad sanadora si tal ley no existe (art. 7.2 LOPD)¹⁰⁶. En ambos casos, el consentimiento inicial carece de virtualidad si no se ha solicitado al trabajador que se pronuncie expresamente sobre estas cuestiones con adecuada precisión en el momento de concertar el contrato.

La segunda especialidad reside en que la regla del consentimiento contractual se extiende también a los casos en que el tratamiento de los datos recabados por el empresario ha de realizarse por un tercero¹⁰⁷, o cuando sea un tercero quien deba recabarlos y tratarlos. En estos casos, la proyección de la voluntad del trabajador sólo será legítima "en cuanto se limite (la comunicación de datos a terceros) a la finalidad que la justifique" (art. 11.2.c LOPD) y esta finalidad posea los rasgos de normalidad contractual de que se ha hablado con anterioridad. De otro modo, si, por las circunstancias del caso, no es razonablemente posible conocer la finalidad para la que se han de transferir los datos o "el tipo de actividad de aquel a quien se pretenden comunicar" (art. 11.3) el consentimiento inicial no producirá efectos, siendo necesaria la prestación de un consentimiento informado explícito para estos casos, de la misma manera que si fuera el empresario el que recaba o trata los datos con sus medios.

4.7.- LOS DERECHOS DEL TRABAJADOR SOBRE SUS DATOS PERSONALES

El tratamiento de datos personales del trabajador, tanto si está amparado en el consentimiento contractual como si lo está en su consentimiento explícito en los casos en que sea preciso, queda sometido a unas facultades de control sobre la información en ellos contenida que es característica del moderno derecho de autodeterminación informativa. Como se ha dicho entre nosotros, la flexibilidad con que el empresario puede acceder a datos del trabajador en el marco del contrato de trabajo queda compensada con los derechos de control que a aquél corresponden¹⁰⁸, que se han sintetizado acertadamente como sigue: "conocer y acceder a las informaciones que le conciernen archivadas en bancos de datos (lo que se denomina *habeas data*)...; controlar su calidad, lo que implica la posibilidad de corregir o cancelar los datos inexactos o indebidamente procesados y disponer sobre su transmisión"¹⁰⁹. Los arts. 15 (acceso), 16 (rectificación y cancelación), 11 y 12 (transmisión a terceros) de la LOPD constituyen la concreción

¹⁰⁶ Puede considerarse que ésta es la regla, pues las excepciones previstas en el art. 7.6 de la LOPD (básicamente, finalidades sanitarias o de salvaguarda de un "interés vital" del trabajador que es difícil imaginar que se encuentre asignado sólo a la empresa) son lo suficientemente raras en el marco laboral como para que no sean relevantes, en el sentido adecuadamente puesto de manifiesto por el Grupo de Trabajo constituido al amparo del art. 29 de la Directiva 95/46, al que se hizo referencia anteriormente.

¹⁰⁷ Vinculado, a su vez, al empresario en los términos previstos en el art. 13 LOPD.

¹⁰⁸ De VICENTE PACHES, *Op. Cit.*, pág. 138; CARDONA VALVERDE, *Op. Cit.*, pág. 38.

¹⁰⁹ De VICENTE PACHES, *Op. loc. cit.*

normativa de estas facultades. Básicamente se consagra, pues, el derecho del interesado –y del trabajador también, pues no se establece excepción alguna– a conocer los datos relativos a él que se encuentren en posesión del empresario con ocasión de la relación de trabajo, y a oponerse a que consten, si se han obtenido de forma ilegal o son inexactos o incompletos, bloqueando su uso. También tendrá derecho a oponerse a que se adopten decisiones que le incumban con base sólo en el tratamiento de datos destinado a evaluar “determinados aspectos de su personalidad” (art. 13.1), en los términos que ya hemos examinado.

En este momento, resulta de especial interés examinar la vía a través de la cual puede el trabajador singular hacer efectivos sus derechos. En principio el art. 18 de la LOPD parece otorgar al interesado la posibilidad –que no la obligación¹¹⁰, lo que a efectos laborales es especialmente importante– de impugnar los ficheros y el tratamiento de datos personales ante la Agencia de Protección de Datos o el organismo autonómico competente), frente a cuya resolución cabrá recurso contencioso-administrativo. Una posibilidad que, como se ha dicho, resulta coherente con la facultad de control y vigilancia sobre la llevanza de ficheros de datos de carácter personal por parte de la propia APD que consagra la LOPD, y que es sin duda apta para cometer la tutela de los derechos que al trabajador puedan corresponderle en esta materia.

El problema es si es “la” única vía, y no es posible acudir a la jurisdicción social para alcanzar semejante finalidad, incluso a través del proceso de tutela de los derechos fundamentales de los arts. 175 y ss LPL, previa invocación del art. 18.4 CE. La respuesta a esta segunda es, aparentemente, negativa. En principio, el ejercicio por el trabajador de los derechos de acceso, cancelación, oposición o rectificación, ante la negativa de la empresa a acceder a su solicitud en este sentido, ha de reconducirse por los procedimientos ante la APD en desarrollo del diseño competencial elaborado en la LOPD. Pero, con ser esto bastante, no es todo.

Esto es, si el comportamiento del empresario constituye, además de una infracción de la normativa de protección de datos, un incumplimiento laboral, y por tanto puede impugnarse laboralmente, la competencia del orden social de la Jurisdicción no puede ser cuestionada, al tratarse el relativo a esas materias de un conflicto generado en el interior del contrato de trabajo a efectos de lo dispuesto en el art. 2 LPL; las consecuencias de este interpretación son abundantes. Por ejemplo, la modificación sustancial basada en valoraciones de la personalidad del trabajador; la discriminación basada en datos obrantes en los ficheros de la empresa; o la discriminación en el acceso al trabajo en virtud de datos personales indebidamente obtenidos; la impugnación de despidos basada en la indebida obtención o tratamiento de datos personales del trabajador; o que constituyan represalia ante la negativa del trabajador a someterse a procedimientos de obtención de datos personales, etc. Todos estos casos son muestras del amplio campo que conservan las actuaciones laboralizadas, con independencia de las nuevas obligaciones de formalización y control que para la empresa se crean en la LOPD y que han de ser vigiladas mediante los instrumentos

que esa misma ley propone. Ciertamente es posible que por esta vía la interpretación de los órganos del Orden Social se aparte de los criterios y directrices mantenidos por la Agencia de Protección de Datos, pero esta posibilidad no basta para una interpretación restrictiva de la LPL que no autoriza a hacer el poco satisfactorio texto del art. 18 LOPD, y que la APD puede en cierta medida compensar con sus facultades de elaboración de instrucciones para adecuar los tratamientos a los principios de la LOPD (art. 37.1.c).

Como quiera que sea, y aunque el régimen jurídico de los actos o las omisiones empresariales que pueden tener su origen en una indebida recogida o en un indebido tratamiento de datos personales del trabajador puede ser muy diverso, puede anticiparse en este contexto que si se constata la concurrencia de un comportamiento empresarial contrario a las previsiones de la LOPD, se tratará de un comportamiento que vulnera el art. 18.4 de la CE en sus variantes más graves, y en todo caso de una vulneración legal en sus variantes más leves. Por ello la respuesta más frecuente de entre las posibles ha de ser la declaración de nulidad del tratamiento de los datos como presupuesto de la del acto que se ha adoptado con base en ellos (la nulidad de los datos sería, en este contexto, prejudicial respecto de la reclamación laboral del trabajador afectado), una nulidad que, no se olvide, ha de poseer la dureza típica de los actos contrarios a la Constitución cuando genere infracciones del propio art. 18.4 CE, pero también de otros derechos con consagración constitucional, como la libertad sindical o la prohibición de discriminación.

Un elemento final en el cuadro de derechos del trabajador sobre sus datos personales lo plantea la posibilidad de que éstos sean cancelados; la obligación más bien, en los términos previstos en la LOPD, art. 16.5, que impone que “los datos de carácter personal deberán ser conservados durante los plazos previstos en las disposiciones aplicables o, en su caso, en las relaciones contractuales entre la persona o entidad responsable del tratamiento y el interesado”¹¹¹. Un problema adicional para el tratamiento de la cuestión desde la perspectiva laboral, habida cuenta de que no existe “disposición específica” aplicable al caso, y que los contratos concertados –individuales o colectivos– no suelen pronunciarse sobre esta cuestión salvo, curiosamente, en relación con las facultades disciplinarias, donde los Convenios, siguiendo una pauta normativa muy antigua, se pronuncian con mucha frecuencia sobre la “cancelación de notas desfavorables” en los expedientes de los trabajadores. Es difícil en estas circunstancias, proponer una regla general, pero cuando los datos hacen referencia a posibles faltas contractuales, podría apuntarse la conveniencia de implantar cierto paralelismo con las reglas sobre prescripción de las faltas laborales del art. 58 ET, habida cuenta de que por lo general la constatación de conductas irregulares de los trabajadores debe tener como referente el uso del poder disciplinario empresarial, de tal suerte que agotados los plazos de sanción directa o por reincidencia los soportes en que consten los datos sobre el trabajador sean destruidos. Para los datos asociados al cumplimiento del contrato, generales o específicos, en cambio, parece que ha de ser la propia duración del contrato la que marque la conservación de los mismos, cancelándose cuando el contrato se extinga, salvo que, con el consentimiento del trabajador interesado, se conserven con vistas a futuras nuevas contrataciones. Finalmente, serán criterios de

¹¹⁰ “1.- Las actuaciones contrarias a lo dispuesto en la presente Ley pueden ser objeto de reclamación por los interesados ante la Agencia de Protección de Datos, en la forma que reglamentariamente se determine”. La impresión que produce el art. 18 LOPD se ratifica con el texto del art. 37 de la misma ley (varias veces reformado, y en su redacción actual por la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, art. 82), que no hace referencia a la exclusividad en las competencias de la Agencia de vigilancia y control del cumplimiento de la legislación de protección de datos.

¹¹¹ Sobre la obligación de cancelación de datos, desde el punto de vista temporal, vid., AFRICIO SALOM, *Op. Cit.*, págs. 110 y ss.

buena fe y razonabilidad los que inspiren la interpretación de este tema en el marco de la protección de datos, por lo que no sería nada inconveniente que los Convenios colectivos apuntaran este tema en su lista de materias pendientes.

4.8.- LA FORMALIZACIÓN Y LAS RESPONSABILIDADES EN ORDEN A LA INFORMACIÓN

Como ya se ha dicho, la LOPD parte de la base de la necesaria comunicación a la APD de la existencia de ficheros privados sobre datos de carácter personal, y ello resulta predicable también de los que se constituyen en el marco de la empresa. La existencia en la empresa de ficheros de datos personales de sus trabajadores genera la necesidad de someter dichos datos a un procedimiento de comunicación y control de los mismos por parte de la Agencia de Protección de Datos, en los términos previstos en los arts. 25 y ss de la LOPD. Este régimen administrativo encuentra en la protección de datos su propia razón de ser y, en principio, corre paralelo al régimen de las relaciones laborales en los términos que hemos expuesto en el apartado anterior. Pues bien, entiendo que este paralelismo se debe entender existente también desde la perspectiva de la potestad sancionadora de la Administración, pues se mantienen íntegras dos vías de control de los hechos: la laboral y la de protección de datos.

En relación con las responsabilidades administrativas (obviamente en las penales el problema de dualidad no se produce) en materia de protección de datos se plantean problemas semejantes a los que se acaban de enunciar en general para la impugnación de actos empresariales y ejercicio por el trabajador de derechos nacidos al amparo de la LOPD. En principio, la LOPD contiene su propia batería sancionadora en su Título VII (arts. 43 y ss) y a ese régimen han de someterse los responsables de los ficheros que vulneren los diversos deberes que la ley les impone, también el empresario, incluso por denuncia de los representantes de los trabajadores ante la APD¹¹².

Pero no se puede desconocer que el comportamiento empresarial derivado de una infracción prevista en la LOPD puede generar una infracción laboral en sentido estricto (piénsese, por ejemplo, en las discriminaciones), cuyo tratamiento sancionador ha de buscarse en la LISOS de 2000. No parece que haya de existir vulneración del principio *non bis in idem*, en la medida en que el comportamiento empresarial afecte a bienes jurídicos distintos de la mera autodeterminación informativa. Por volver al ejemplo de la discriminación basada en la recogida y el tratamiento ilícitos de datos personales de los trabajadores, la discriminación en el ámbito laboral tiene virtualidad sancionadora propia, con independencia de que el motivo último de la misma haya sido el recurso ilícito a la recogida de datos del trabajador, lo que generaría en principio una dualidad sancionadora lícita, a cargo de la Autoridad Laboral y de la Agencia de Protección de Datos.

4.9.- CONSIDERACIÓN ESPECIAL DE LA PREVENCIÓN DE RIESGOS Y LA INFORMACIÓN SOBRE LA SALUD DE LOS TRABAJADORES

Ya hemos tenido ocasión de hablar de algunos aspectos en que el régimen de la protección de datos de los trabajadores se condiciona cuando se refiere a la prevención de riesgos laborales. Básicamente ello sucede porque el dominio de los datos que la LOPD establece a favor de su titular con carácter general, cede cuando ese derecho se opone a obligaciones legales de la contraparte en un contrato; cuando se encuentra en juego la salud o la integridad física del interesado o de terceros por quienes el empresario deba velar; y, en último extremo, cuando existe un interés vital del propio interesado por cuya vela deba responder el empresario.

Las formas más notorias en que se produce esa posposición del derecho de autodeterminación informativa del trabajador en ese ámbito serían las siguientes:

- En primer lugar, no siendo necesario el consentimiento del afectado para recoger y tratar datos personales relativos a su salud en el marco del cumplimiento por el empresario de sus obligaciones en materia de prevención de riesgos (art. 14 ley 31/95): por ejemplo, mediante la llevanza de registros de los resultados de las revisiones médicas que se les practiquen a los mismos en el ámbito del art. 22 de la ley 31/95. En principio los datos sobre la salud del trabajador sólo pueden ser recogidos y tratados con consentimiento del afectado (art. 7.3 LOPD), pero la propia LOPD prevé la posibilidad de que tal principio se exceptúe por una ley. Y tal parece ser el caso del complejo art. 23 de la ley 31/95 en conexión con el art. 22 de la LPRL. En efecto, el art. 22 exceptúa del consentimiento del trabajador interesado la recogida de datos sobre su salud derivada de reconocimientos médicos cuando éstos sean "imprescindibles para evaluar los efectos de las condiciones de trabajo sobre la salud de los trabajadores o para verificar si el estado de salud del trabajador puede constituir un peligro para el mismo, para los demás trabajadores o para otras personas...o cuando así esté establecido en una disposición legal en relación con la protección de riesgos específicos y actividades de especial peligrosidad" (art. 22.1 Ley 31/95). Y esta recogida de datos puede superponerse con la excepción general del art. 7.3 de la LOPD en cuanto constituye la base de un fichero de datos de carácter personal. Por su parte, el art. 23.1c), d) y e) de la ley 31/95 imponen al empresario la llevanza de una "documentación" sobre datos relativos a la salud del trabajador que constituye la esencia de un fichero sobre esta materia (resultados de los controles periódicos sobre las condiciones de trabajo y la actividad de los trabajadores en cuanto éstos puedan ser identificables; conclusiones de los controles sobre la salud del trabajador; y relación de accidentes de trabajo sufridos con bajas superiores a un día de duración). La llevanza de estos registros no es que sea autorizada, sino que es impuesta por la propia ley, enlazando entonces con la regla general del art. 7.3 LOPD. Y las evaluaciones de riesgos que al empresario le incumben frente a grupos especiales de trabajadores (arts. 25 ó 26 ley 31/95) difícilmente podrán ser realizadas sin contar con datos previos de los trabajadores, de donde que a estos supuestos se extiende también la regla de lícita llevanza de registros por parte del empresario que se acaba de exponer.

¹¹² SAN 10 mayo 2002, en www.agpd.es, referida a un supuesto de empleo de datos médicos por la empresa para el control del absentismo muy semejante al que originó la Sentencia del TC 202/99, y en la que han sido los representantes sindicales de los trabajadores de una empresa pública que había concertado con otra la realización de controles médicos de sus trabajadores en baja para controlar el absentismo, llevando la contratista un registro de la información remitida a la empresa principal —un resumen de las actuaciones médicas desarrolladas en el que los médicos no intervienen— sin consentimiento de los interesados, y sin finalidad de proporcionar asistencia sanitaria. La Sentencia confirma la sanción de 10.000.000 de pesetas impuesta por la APD. (Nota del editor: equivalentes, aproximadamente, a 40 millones de pesos chilenos).

Fuera de los casos aludidos –y de las leyes especiales– cualquier recogida de datos sobre la salud del trabajador por parte del empresario habrá de realizarse con el consentimiento del trabajador interesado, en los términos previstos en el art. 22 de la ley 31/95¹¹³.

- En consecuencia del derecho empresarial que se acaba de exponer, se enuncia legalmente un estricto deber de secreto y una no menos estricta prohibición de transmisión de datos a terceros, que han de ser profesionales sanitarios sometidos a secreto profesional (art. 7.6 LOPD y 22.6 ley 31/95). Por otra parte, los datos personales de salud del trabajador no vinculados con la obligación de prevención del empresario sólo serán accesibles al personal sanitario (art. 22.4 ley 31/95), debiendo ser informado el empresario por los servicios médicos sólo de las conclusiones por ellos obtenidas sobre la salud del trabajador sólo en la medida en que se encuentre directamente incumbida su obligación de seguridad frente al propio trabajador y al restante personal de la empresa (art. 22.1 Ley 31/95).
- Pero quizás, uno de los datos de mayor interés que arroja la ley 31/95 es el papel que se reserva a la representación de los trabajadores en este ámbito. En efecto, según el art. 22.1 de la ley 31/95, la representación de los trabajadores debe emitir informe sobre la obligatoriedad para el trabajador de los reconocimientos médicos antes de que el empresario acuerde su práctica. Por otra parte, los representantes de los trabajadores con competencia en materia de prevención pueden naturalmente ser considerados contemplados por el art. 22.4 ley 31/95, al abrir respecto de ellos la posibilidad de que sean informados junto al empresario de las conclusiones obtenidas por los servicios médicos acerca de la salud de los trabajadores (sin el consentimiento expreso de éstos, obviamente) cuando se encuentren implicadas en estas conclusiones las finalidades enumeradas en dicho precepto legal. Y, genéricamente, se reconoce a los representantes de los trabajadores el acceso a la información precisa para desarrollar sus tareas en esta materia de prevención de riesgos, lo que, según el art. 36.2.b) de la ley 31/95, puede afectar también a informaciones sobre salud de los trabajadores, si bien se trate de una información sobre conclusiones acerca de la salud de éstos, y no de informaciones médicas concretas. Se trata, como puede verse, de una frecuente excepción en la ley 31/95, pero de una excepción de utilidad dudosa desde la perspectiva de la protección de datos personales que, como se ha visto, afecta a los datos mismos y a las informaciones que puedan obtenerse partiendo de ellos (art. 2.1 LOPD, en relación con el art. 3 c) de la misma ley). Es posible, finalmente, que los representantes de los trabajadores accedan a datos de sus representados de manera más intensa que la genérica de acceso a las conclusiones sobre sus reconocimientos médicos, pero de modo que los titulares de estos datos no sean identificables, mediante el previo procedimiento de disociación, que neutraliza los deberes y los vínculos del secreto *ex art. 13 LOPD* (art. 13.6 LOPD).

5.- LA DIMENSIÓN COLECTIVA DE LOS DERECHOS DE INFORMACIÓN

Como ya hemos tenido ocasión de ver, con la sola y parcial excepción de la ley 31/95 de Prevención de Riesgos Laborales, los derechos de los trabajadores frente a la recogida y el tratamiento de datos personales por parte del empresario se conciben en la legislación aplicable de forma acusadamente individualista. Y eso sucede tanto en el plano normativo interno como en el internacional.

La razón de esta omisión parece obvia: los datos personales siguen siendo de titularidad del trabajador individual incluso cuando el empresario está autorizado a recabarlos y a tratarlos en uso de sus facultades contractuales, y mucho más cuando el propio consentimiento del trabajador afectado ha sido necesario. Y, en la dinámica general de la LOPD, la contrapartida a las facultades de recogida y tratamiento de datos personales es el secreto. El deber de secreto que incumbe al responsable del fichero con carácter general –y a todos los que intervengan en cualquier fase del tratamiento de los datos– según el art. 10 de la LOPD y que restringe sensiblemente la posibilidad de que los datos obtenidos circulen hacia terceros, de modo que como regla general tal comunicación de datos a terceros sólo será posible previo consentimiento del o de los interesados (art. 11.1 LOPD). El concepto de tercero que maneja la LOPD no parece tener especial arquitectura técnica: tercero es el ajeno a la relación de información que se entrelaza entre quien es titular de los datos y quien los recaba y organiza en fichero¹¹⁴, y así las cosas, terceros parecen ser los representantes de los trabajadores.

Prueba de que esta visión de los representantes del personal subyace a la LOPD es que ésta no los menciona en ningún momento; ni siquiera cuando aborda los complejos problemas de la dimensión laboral del tratamiento de datos y reserva los derechos de cualquier clase que sean al trabajador singular. Y prueba de que esta visión subyace también a la normativa internacional son las observaciones del Grupo de Trabajo creado en la UE al amparo del art. 29 de la directiva 95/46, que ante el *impasse* creado por la imposibilidad de acceso de terceros a los datos personales y la falta de libertad real del trabajador afectado para defender sus derechos a título individual, se limita a proponer como ejemplo las legislaciones de países miembros de la UE en las que "(se) ha conferido a los delegados de los trabajadores locales el papel de contribuir a la protección de los derechos de los trabajadores en materia de protección de datos"¹¹⁵, sin otras observaciones complementarias que expliquen cómo se inserta esta competencia en la normativa comunitaria.

Pese a este silencio de la legislación, no parece sensato desdeñar el papel que a los representantes de los trabajadores les puede corresponder en la implantación de sistemas de recogida y tratamiento de datos de carácter personal de los trabajadores. Un papel que puede deducirse, además, de la propia legislación laboral. Para empezar, cuando la recogida y tratamiento de datos se implanta, en cualquier momento de la vida de la relación laboral, parece clara la necesidad de que el empresario informe a la representación de los trabajadores, con distinto nivel de intensidad, según la materia sobre la que verse el fichero de que se trate. Ya hemos tenido ocasión de ver las oportunidades que abre la

¹¹³ Y, en todos los casos, sometido el fichero a las reglas de seguridad y confidencialidad de la LOPD, *vid. JANEZ RAMOS y otros, Op. Cit.*

¹¹⁴ Dejamos de lado el deber de secreto de los profesionales del tratamiento de los datos, que es manifiestamente ajeno a los problemas ahora considerados y se rige por tanto por principios propios del secreto profesional.

¹¹⁵ "Le traitement des données a caractère personnel dans le contexte professionnel" *cit.*, págs. 32 y 33.

Ley 31/95 en relación con la prevención de riesgos. Pues bien, el art. 64 ET también puede ser muy útil al respecto. Ello porque el Comité o los Delegados han de emitir informe previo a la implantación de sistemas de organización y control del trabajo (art. 64.4.d), lo que previamente requiere que hayan sido informados sobre la naturaleza de esos sistemas de control, y sus requerimientos en relación con los datos de los trabajadores, como condición previa a la propia efectividad de su derecho de consulta¹¹⁶. Además, la representación de los trabajadores ha de conocer de las sanciones impuestas a los trabajadores (lo que implicará en algunas ocasiones acceder a la información sobre el trabajador afectado obrante en poder del empresario, art. 64.7 ET); y de las estadísticas sobre el índice de absentismo, o los accidentes o enfermedades profesionales, y los estudios en materia de prevención que proceda hacer, lo que supondrá, también en algunos casos, conocer los presupuestos fácticos de las decisiones empresariales al respecto, siendo así que no siempre será posible disociar los datos de su titular (art. 64.8 ET). Se trata en todos estos casos de un levantamiento parcial por ministerio de la ley de las reservas que protegen los datos de los trabajadores, que es extensible, *mutatis mutandis* a los representantes sindicales a la vista de lo establecido en el art. 10.3.1 LOLS.

En todos estos casos cuanto menos es la ley misma, el ET ó la LOLS, la que contempla la eventual circulación de datos y legítima la participación de los representantes mediante el conocimiento de los mismos, constituyendo así el supuesto de hecho de una excepción conforme a lo dispuesto en el art. 11.2.a) LOPD: "el consentimiento exigido...no será preciso: a) cuando la cesión esté autorizada en una ley".

Por supuesto, la intervención de los representantes de los trabajadores puede ser más intensa si el propio interesado la autoriza (art. 11. LOPD). El consentimiento del interesado, que tan importante papel juega a la hora de delimitar el alcance del deber de secreto del propio empresario, puede erigirse en una clave fundamental para que los representantes desarrollen sus funciones respecto del interesado, si bien en este caso la competencia no deriva de la ley sino del consentimiento dado y de sus limitaciones. Pero a mi juicio esta excepción puede en ocasiones ser contraria a la propia naturaleza de la acción representativa en la empresa. Por ello será preciso aplicar el complicado art. 11 de la LOPD teniendo en cuenta que en el tratamiento de datos personales de los trabajadores existe siempre un ámbito —la descripción del fichero, de la información recabada en abstracto, o de los medios empleados para conseguirla¹¹⁷— que, por no tener destinatarios en particular o, si los tiene, por no versar sobre concretas características personales de éstos, puede ser conocida por los representantes, que difícilmente pueden ser considerados terceros respecto de un aspecto tan sustancial de las condiciones de trabajo en la empresa como es la existencia de ficheros de datos personales de un trabajador, de algunos trabajadores o de toda la plantilla. Esta información básica no puede ser negada en ningún caso por el empresario al amparo de la LOPD, porque no concierne a los bienes jurídicos en ella regulados, y, si bien se mira, puede constituir una medida preven-

tiva de primer orden para evitar que se instituya el fichero mismo, o se impongan condiciones de acceso a los datos que sean difíciles de evitar por cada uno de los trabajadores singularmente considerados.

Por lo demás, y con fundamento en los conocimientos de las prácticas empresariales que los representantes de los trabajadores pueden lícitamente haber adquirido en los términos expuestos, se abren para ellos las facultades de denuncia ante la Agencia de Protección de Datos a efectos del ejercicio por ésta de su potestad sancionadora. Y se abre también el amplio campo de los procedimientos colectivos ante el Orden Social de la Jurisdicción, que pueden sin duda desarrollar un importante papel en el momento de prevención de la invasión de los derechos de autodeterminación informativa de los trabajadores. Que lo han jugado, sin duda, pues, aunque la experiencia judicial hasta ahora se reduzca en su mayor parte a la salvaguardia de los derechos de los propios representantes, los procesos iniciados por éstos han tenido un papel nada secundario en la definición de las reglas del juego en el ámbito electrónico.

Por supuesto, lo dicho tiene la salvedad de la tutela de la libertad sindical, cuando como consecuencia de la existencia de ficheros de la empresa al respecto estén en juego derechos colectivos. En estos supuestos la condición de terceros de los representantes sindicales —probablemente más que la de los representantes unitarios— no es admisible, de ahí que su derecho a acceder a la información obtenida por la empresa tenga el respaldo, no de la ley, sino de la propia Constitución, art. 28.1 CE, para eliminar la eventual necesidad de consentimiento de los trabajadores interesados. La recopilación por el empresario de información relativa a la afiliación sindical del trabajador, o la adhesión por éste al sindicato o a sus acuerdos, no es una materia reservada para los que representan al propio sindicato y/o los intereses colectivos de los trabajadores en la empresa, por lo que éstos pueden requerir al empresario para que les informe sobre los datos al respecto obrantes en los ficheros que lleve la empresa. De otro modo se daría la paradoja de que los propios sindicatos no podrían acceder a la existencia de eventuales listas negras, ni prevenir su empleo, que es una finalidad sin duda ajena a la LOPD y a los textos internacionales que la inspiraron.

6.- ALGUNAS CONCLUSIONES SOBRE EL MARCO LEGAL GENERAL

Ahora se puede percibir, a la luz de todo lo expuesto, cómo la tutela de la posición jurídica del trabajador frente a los adelantos tecnológicos aplicados al trabajo y al control del trabajo se ha ido configurando en España de una manera parcialmente distinta a como lo está siendo en Europa. En efecto, en nuestro país el inicio de las dificultades al respecto en lo laboral ha estado en una jurisprudencia que ha conocido de las cuestiones que en el marco europeo son consideradas típicas del tratamiento de datos, dentro del marco del art. 18 CE (fundamentalmente del apartado 4, aunque no sólo). Quizás ello se deba a la supervivencia de los planteamientos clásicos de los años 70. Quizás al propio texto del art. 18.4 CE, y a su ubicación en el marco del precepto que reconoce el derecho general a la intimidad, al honor y a la propia imagen. Y, en consecuencia, la orientación que se ha tomado es puramente sustancial como consecuencia de la aplicación de la teoría del equilibrio de derechos fundamentales, que es clásica en la doctrina del TC: se ha afirmado el derecho del trabajador y el del

¹¹⁶ Eva GARRIDO PEREZ, *La información en la empresa. Análisis jurídicos de los poderes de información de los representantes de los trabajadores*. Madrid, CES, 1995, que aporta una sugestiva aproximación a las "potestades implícitas" de los representantes en materia de información que resulta especialmente útil en ámbitos anónimos como el que estudiamos.

¹¹⁷ Puede proponerse, como norma a aplicar análogamente, el listado de materias sobre las que el propio interesado debe ser informado antes de recabar y tratar sus datos, tal como se establece en el art. 5.1 LOPD, en la medida en que constituye un acercamiento mucho más reciente y realista a estas formas de control y gestión del trabajo que el ya casi venerable art. 64 ET.

empresario a la propiedad y a la libertad de empresa, y se ha entrado en una compensación entre ambos. El resultado de esa compensación, cuando es el TC quien la realiza como si son los Tribunales ordinarios los que la hacen, ha conducido a afirmar la existencia de un derecho del empresario al control, aunque se invada parcialmente la intimidad del trabajador, que éste no está capacitado para impedir, y cuyas consecuencias ha de soportar cuando el control respete el triple test de necesidad, idoneidad y proporcionalidad.

Y en esa etapa se encuentra todavía la materia. En este sentido, la legislación sobre protección de datos corre paralela, sin que se atienda a sus preceptos por ningún órgano judicial salvo el TC, cuando se le han propuesto sendos problemas de uso por la empresa de bases de datos sobre datos personales de los trabajadores.

Por el contrario, en el marco comunitario, y en el del Consejo de Europa, el planteamiento del tema es diferente. El punto de partida es la idea de dato personal como dato inherente a la persona —sea privado o no— y la restricción que recae sobre terceros que quieren recoger esos datos para utilizarlos, no ya creando una base de datos, sino simplemente recurriendo a ellos ordenados manualmente o en alguna forma igualmente pedestre. Porque el punto de partida es el derecho de autodeterminación informativa; es la información la que no se puede obtener más que en los casos legalmente autorizados. En ese sentido las bases de datos son un elemento que puede faltar. Aunque no falten invocaciones del derecho a la intimidad, es esta vertiente del derecho a controlar los flujos de información sobre la propia persona la que ha prevalecido.

Desde esta perspectiva, los sistemas de videovigilancia; la grabación de conversaciones telefónicas; la monitorización de ordenadores; el acceso al correo electrónico, etc., constituyen todos casos en los que el derecho en juego es —en la mayor parte de los casos— el de autodeterminación informativa más que la intimidad, o mejor, una vertiente “agresiva” de la intimidad, que presupone no sólo reserva del afectado y exclusión de los demás, sino dominio sobre la propia esfera personal, de modo que la información a ella relativa ha de ser consentida por su titular. En esta vertiente agresiva dibujada por los Tratados Internacionales, obsérvese, la clave es el control previo por el afectado. Es el interesado el que domina en este ámbito, por eso es su consentimiento el que marca el área de lo lícito y de lo ilícito, sin que quepa hacer equilibrios y compensaciones entre derechos porque la norma ha asignado al individuo la competencia para hacer esas valoraciones. Si el consentimiento existe, no hay ninguna esfera del individuo que no pueda ser accedida y controlada por terceros: los datos más sensibles, como la ideología, las creencias, la afiliación sindical, la salud, la orientación sexual, etc., son materia cognoscible por terceros, si el interesado da su consentimiento, con el solo límite de su uso discriminatorio.

A mi modo de ver se genera de este modo un trastocamiento total respecto de la óptica de la que parten nuestro TC y los Tribunales ordinarios, que se afanan en buscar el núcleo de la intimidad no cognoscible por terceros y el que sí lo es, superando el triple test, aunque el interesado no esté conforme, porque su voluntad —aunque es importante y puede legitimar la acción de los terceros— no es relevante en los casos conflictivos en que se reconoce que la intrusión no es excesiva. En el contexto comunitario, por el contrario, es el propio individuo el que a través de su consentimiento define el área de reserva que le es propia.

Pero este trastocamiento se limita mucho cuando nos adentramos en la vertiente laboral del derecho de autodeterminación informativa. Para empezar, porque en el marco del consentimiento contractual se incluye el acceso a datos personales del trabajador por parte del empresario como regla general, si los dichos datos son adquiridos para alcanzar el legítimo fin del cumplimiento de las obligaciones laborales y la más adecuada gestión de recursos humanos. Es cierto que fuera de este ámbito es preciso el consentimiento del trabajador; pero también lo es su contrario, esto es, que dentro de ese ámbito su consentimiento se entiende concedido con el propio del contrato. Y en este marco, con la sola excepción de los datos sensibles, no existe límite sustantivo que marque el área empresarial de acceso. Sólo la privacidad en su sentido más clásico quedaría al margen. El área de privacidad ampliada de que se habló al estudiar la doctrina de nuestros Tribunales queda absorbida en este ámbito de libertad. Por eso parecen tan insatisfactorias y tan limitadas las concreciones laborales realizadas por el Grupo de Trabajo del art. 29 de la Directiva 95/46 desde la perspectiva de la intimidad amplia del trabajador.

Lo dicho resulta especialmente claro en relación con el control del correo electrónico, conectado estrictamente con el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones laborales: ese control es posible por parte del empresario aun sin consentimiento del afectado, con el solo límite de no acceder a la lectura de los correos concretos, pero pudiendo acceder a los datos de tráfico, que también son personales, y que pueden arrojar información sobre datos que se consideran personales, como las personas que reciben las llamadas que se hacen, por ejemplo. El tantas veces citado Grupo de Trabajo del art. 29 de la Directiva 95/46, por ejemplo, considera lícito el interés empresarial en “controlar el rendimiento de sus empleados evaluando sus prestaciones en ordenadores (por ejemplo, vigilar el tiempo que un empleado pasa escribiendo, el número de ficheros registrados, la hora en la que enciende o apaga el ordenador, etc.)”. Nada prohíbe este tratamiento con tal de que los trabajadores hayan sido informados¹¹⁸. Y en relación al correo electrónico propiamente dicho, concluye el grupo que “los empleadores pueden acceder a los datos de tráfico, pero en ningún caso acceder al contenido de las comunicaciones electrónicas de sus trabajadores” sin requisitos legalmente exigidos, en especial, autorización judicial¹¹⁹. Para el control del tráfico de mensajes, obviamente, bastará con la información a los interesados acerca de la existencia de este control en los términos previstos en el art. 10 de la directiva 95/46.

¹¹⁸ Opinión 8/2001 citada, pág. 27.

¹¹⁹ Opinión 8/2001, pág. 34-35. Es de interés la Deliberación num. 84-031, de 18 de septiembre de 1984, del CNIL francés —*Conseil National d'Informatique et Liberté*— sobre uso de autoconmutadores telefónicos en los lugares de trabajo (que registran todos los números de teléfono marcados por los trabajadores), que no los declara ilícitos, sino que los somete a requerimientos formales: “que la puesta en marcha de autoconmutadores telefónicos sea precedida de las consultas previas (con los representantes de los trabajadores) previstas por el Código de Trabajo” (art. L 432-2, relativo a la introducción de nuevas tecnologías) y que “la publicidad del sistema y la información de los trabajadores sobre la naturaleza, la periodicidad de los controles practicados, las condiciones de la facturación así como las modalidades de ejercicio del derecho de acceso... sea asegurada por medios apropiados como los tableros de anuncios, la difusión de notas de información”, etc. Y que “las informaciones nominativas registradas no sean conservadas más allá del tiempo necesario para la facturación de los gastos telefónicos ni tratados más allá de ésta”. Sobre la posibilidad de que el control supere la mera relación de números telefónicos marcados y abarque la audición de las conversaciones, el CNIL ha resuelto con fecha 24 de marzo de 2004, en el estado actual de la legislación francesa, hacer las siguientes recomendaciones: “los trabajadores deben ser prevenidos, previamente a la puesta en marcha del sistema, de su existencia, de las consecuencias individuales que podrán resultar de él y de los períodos durante los cuales sus conversaciones serán registradas (el CNIL no admite la posibilidad de que se escuchen sistemáticamente las conversaciones, sino el tiempo necesario); (que) los trabajadores deben disponer de líneas no conectadas al dispositivo de escucha, en especial para sus conversaciones particulares; los trabajadores deben poder tener conocimiento del informe sobre la conversación registrada y poder formular frente a él sus observaciones” y, finalmente, “los registros de las conversaciones mientras se trata de operar controles de la calidad del servicio no debería ser conservado más que el tiempo estrictamente necesario para alcanzar el objetivo previsto”. Una información que, por detallada que sea, conduce a permitir el recurso a las escuchas.

Y también es evidente en las conclusiones a las que llega el grupo de trabajo en relación con la videovigilancia en el contexto laboral: aunque el control a distancia como base del tratamiento de datos personales no es lícito, sí puede serlo "cuando los sistemas de videovigilancia son desplegados, sujetos a las debidas garantías, para cumplir las exigencias de seguridad ("safety") en la producción o en el trabajo, incluso si conlleva control a distancia, aunque sea indirectamente"¹²⁰. Esta posibilidad de acceso se complementa, obviamente, con la información por parte del empresario a los interesados acerca de "la identidad del controlador y el objeto de la vigilancia, así como cualquier otra información necesaria para garantizar un procesamiento lícito de los datos, por ejemplo, en qué casos será examinada la grabación por la Dirección de la compañía, el periodo de grabación y cuándo la grabación podrá ser entregada a las autoridades"¹²¹.

No es censurable este desplazamiento parcial del tema desde la pura teoría de los derechos fundamentales hasta el consentimiento del afectado —porque al cabo también es fruto esta aproximación de la regulación de nuevas categorías de derechos fundamentales—. Lo que quizás no sea admisible es que el desplazamiento sea total y que las formalizaciones propias de la normativa sobre tratamiento de datos acaben de vaciar la tutela sustantiva y colectiva del trabajador en el marco laboral. Es decir, que la búsqueda del alcance del derecho a la intimidad del trabajador, y al secreto de las comunicaciones también en el ámbito laboral, cese o se suavice al amparo de un consentimiento del trabajador que no siempre es preciso según la propia legislación de protección de datos, y que, de ser necesario, no siempre es plenamente libre. Las garantías provenientes de la legislación de protección de datos han de ser concebidas en el marco laboral como un añadido, un complemento respecto de las inherentes a otros derechos fundamentales del trabajador que también se hallan en juego y que en bastante medida son la base misma que ha permitido las construcciones acerca de la autodeterminación informativa —y el derecho a la intimidad del art. 18 CE es una muestra particularmente clara—.

Así, por supuesto que el consentimiento del trabajador puede ser necesario —explícita o implícitamente— para legitimar la intervención del empresario o el control electrónico de su trabajo, pero no legitima una acción empresarial que sea en sí misma contraria al derecho del trabajador a su intimidad, en la línea que se ha marcado en la doctrina del TC y en la de algunos de los órganos del Orden Social de la Jurisdicción. La tutela superpuesta de la protección de datos del trabajador es, así, una importante punta de lanza en la conformación del "modo" de estar en la empresa que se inauguró con la Constitución entre nosotros.

7.- SOBRE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA COMO FUENTE REGULADORA

Ya se ha dicho que en la legislación sobre intimidad y protección de datos existe un vacío notable acerca del papel que puede corresponder a la negociación colectiva, como fuente hábil para el ejercicio de derechos, y como fuente no

menos hábil para establecer mecanismos de control específicos, en atención a las peculiaridades de la empresa o del sector. Y se ha visto también cómo es ésta una situación que se detecta, sí, en la legislación internacional, pero que la práctica comparada demuestra que se trata de paliar en la legislación interna. Creo que es una posibilidad que está abierta en España, y no se puede discutir su trascendencia.

Para empezar esto es así porque, como se sabe, no existe una exclusión de la negociación colectiva para la regulación de los derechos fundamentales en nuestro marco constitucional. Antes bien, el TC ya ha señalado la aptitud de los Convenios para abordar esa materia en el ámbito laboral incluso en aquellos casos en que no se ha producido desarrollo legal, o simplemente no están previstos por la ley. Se trata de una doctrina ya clásica, que puede resumirse así: "de la Constitución «no se deriva expresa o implícitamente ningún principio que con carácter general sustraiga a la negociación colectiva la regulación de las condiciones de ejercicio de los derechos fundamentales»"¹²², antes bien, la intervención de los negociadores se encuentra respaldada por el propio reconocimiento constitucional de la negociación colectiva como derecho en el art. 37.1 CE. Por supuesto, esta aptitud no es una consagración generalizada de una negociación independiente de la ley, a la que los Convenios se hallan sometidos, sino la proclamación de un área de libertad, un *agere licere* colectivo que no requiere previa autorización legal. En el problema que nos ocupa es cierto que la ley —menos la laboral que la específica de protección de datos— ha marginado a la negociación colectiva, pero la proyección al marco laboral de los derechos que hemos examinado con anterioridad no está prohibido que se realice a través del Convenio, y no sólo a través de la voluntad individual, por una razón muy sencilla: porque en el plano laboral, una norma que excluyera sin más, e incondicionadamente, la intervención de la negociación colectiva, violaría, ella misma, el art. 37.1 CE. Y porque es posible que esa regulación tenga lugar respetando la esencia misma de los derechos a la intimidad y a la autodeterminación informativa de los trabajadores como ciudadanos.

Después de todo, ya hemos visto que el propio TC ha admitido la intervención de los trabajadores en materia de contratación temporal a través de la recepción de la copia de los contratos de trabajo, en términos en que la intimidad de los trabajadores quede a salvo. Así, según nuestro alto Tribunal "el atributo más importante de la intimidad, como núcleo central de la personalidad, es la facultad de exclusión de los demás, de abstención de injerencias por parte de otro, tanto en lo que se refiere a la toma de conocimientos intrusiva, como a la divulgación ilegítima de esos datos. La conexión de la intimidad con la libertad y dignidad de la persona implica que la esfera de la inviolabilidad de la persona frente a injerencias externas, el ámbito personal y familiar, sólo en ocasiones tenga proyección hacia el exterior, por lo que no comprende en principio los hechos referidos a las relaciones sociales y profesionales en que se desarrolla la actividad laboral, que están más allá del ámbito del espacio de intimidad personal y familiar sustraído a intromisiones extrañas por formar parte del ámbito de la vida privada (STC 170/1987)...La imposibilidad de incardinar estos datos en la esfera íntima de la persona del trabajador y de su familia es obvia cuando se han fijado con relación a las normas legales o convencionales aplicables al caso,

¹²⁰ Grupo de trabajo Opinión 4/2004, cit., pág. 25.

¹²¹ Sólo al final, y en nota a pie de página, el Grupo de Trabajo asume la virtualidad que en este ámbito pueden llegar a tener los órganos de representación de los trabajadores y la negociación colectiva, señalando que debería ser tomada en consideración la normativa convencional.

¹²² STC 217/91, de 14 de noviembre, FJ 6, con cita de la STC 58/85, de 30 de abril.

dada la publicidad de las mismas. Lo mismo cabe decir de las cláusulas referidas al contenido de la prestación laboral, a las condiciones de trabajo y a la duración y a la modalidad contractual, materias estas que exceden de la esfera estrictamente personal y entran en el «ámbito de las relaciones sociales y profesionales en que desarrolla su actividad» (STC 170/1987, fundamento jurídico 4.º)¹²³. Partiendo de una definición de intimidad clásica, que no excluye la autodeterminación informativa naciente (los argumentos al respecto se enuncian en el FJ 8 de la Sentencia que se cita¹²⁴), la intimidad de los trabajadores en el ámbito laboral, y la autodeterminación de éstos sobre la información que les concierne, las dos versiones del derecho ex art. 18 CE tiene matices importantes en el marco laboral, precisamente porque las relaciones laborales son seriadas, pertenecen a un grupo homogéneo en que las condiciones de trabajo colectivamente fijadas permiten poco espacio para la diferencia, para la personalización de datos —que es justamente el presupuesto del que parte la propia normativa sobre protección de datos—. De este modo, la regulación en sede colectiva de los modos de ejercicio de las facultades empresariales, sobre todo control, en que pueden ser más especialmente comprometidos los derechos citados de los trabajadores, no es sólo conforme con lo dispuesto en la Constitución; es que es necesario, porque la ausencia de regulación, en el contexto propio de las relaciones de trabajo, muy probablemente derive hacia la imposición unilateral.

Dicho lo anterior, hay que anticipar que se trata más bien de una previsión de futuro que de una situación real. En la actualidad los Convenios colectivos se han aproximado de forma muy renuente al tema del control empresarial asociado a los derechos de intimidad y autodeterminación informativa de los trabajadores. Renuncia que se acompaña, como es lógico, de la parcialidad en la

regulación, porque los Convenios, mayoritariamente, tienden a aproximarse al tema desde el punto de vista disciplinario. El poder disciplinario del empresario, de ese modo, es llamado a cumplir una de sus funciones tradicionales como legislador negativo, que genera deberes y dibuja conductas sobre la base de prohibir sus excesos.

Junto a la vertiente disciplinaria, aparece en los Convenios una utilidad potencial de la tecnología en el marco de las relaciones colectivas, traducida en la posibilidad de que los representantes de los trabajadores accedan a las innovaciones asociadas a Internet como sustituto o como complemento de los medios de contacto con los trabajadores tradicionales.

Y, finalmente, cabe hablar de regulaciones con mayor interés específico, por cuanto tienen de avance de normas futuras, sobre todo en el ámbito procedimental. Y, por defecto, el problema que pueden plantear desde la perspectiva de protección de datos ciertas reglas convencionales, por ejemplo, las que se soportan sobre la transmisión de datos de los trabajadores a terceros.

A estas tres aproximaciones se hará referencia a continuación.

a) *Las nuevas tecnologías desde la perspectiva disciplinaria.*

Puede decirse sin exagerar que el ámbito disciplinario es el que primero ha acusado los cambios de tendencias y de comportamientos de los trabajadores generados por la normalización y generalización de la tecnología informática en el desarrollo del trabajo en los más diversos sectores productivos. En parte se trataba de una impresión forzosa si se tiene en cuenta que, como se anticipó, la mayor parte de las resoluciones judiciales sobre el acceso a Internet o el uso del correo electrónico en la empresa se han pronunciado en procesos de despido.

El análisis de la negociación colectiva más reciente demuestra que, efectivamente, la informática está entrando en la negociación colectiva a través de la regulación del catálogo de faltas pero, incluso así, tal regulación ni es exhaustiva ni es mayoritaria. La mayor parte de los Convenios permanece todavía en la fase "preinformática" y, como hemos dicho, los presuntos comportamientos abusivos de los trabajadores en relación con estos nuevos elementos tecnológicos han de ser interiorizados en las faltas clásicas, sea en la utilización indebida de materiales propiedad de la empresa; según los casos, en la realización de trabajos por cuenta propia en horas de trabajo y con instrumentos de la empresa; o en la siempre socorrida transgresión de la buena fe contractual. Lo anterior no obstante, en algunos Convenios aparecen ya tipificaciones de los comportamientos de los trabajadores que pueden ser sancionados en este nuevo contexto. Y eso tiene lugar con criterios diversos:

a.1.- en alguna ocasión, con referencia al perjuicio que el uso no autorizado de los instrumentos informáticos puede generar en éstos. Por ejemplo, en algún Convenio se considera falta muy grave el "hacer desaparecer, inutilizar, causar desperfectos a documentos o datos informáticos"¹²⁵. Y también es posible que los desperfectos causados en los instrumentos de uso

¹²³ STC 143/92, de 22 de abril, Fundamento Jurídico 7.
¹²⁴ FJ 8 "Ello se reconoce implícitamente por los propios recurrentes, que contran su argumentación en la que denominan «intimidad económica». En rigor lo que se plantea en el recurso es el tema del derecho a mantener reservada la información relativa a las percepciones económicas, es decir, los salarios y demás percepciones establecidos singularmente en el contrato escrito, y que por ello sólo podrían ser conocidas por la representación del personal a consecuencia del deber de información que al respecto impone el precepto impugnado. Al decir de los recurrentes, y en la medida en que existe un derecho fundamental a la intimidad en sus aspectos económicos, la divulgación de los datos retributivos particulares de cada trabajador resultaría contraria al contenido esencial del art. 18.1 CE. Esta conclusión se fundamenta en la premisa de que el derecho fundamental a la intimidad comprende el derecho a mantener reservado, frente a cualquier intromisión, los datos económicos del individuo, y dentro de ellos el importe de las propias ganancias e ingresos. Premisa que, además, se pretende obtener de la propia jurisprudencia de este Tribunal y, en especial, de la STC 110/1984. La STC 110/1984 no ha excluido que en la intimidad protegida en el art. 18.1 CE pueden incluirse también datos de carácter económico, pero cuya reserva a su vez puede limitarse, en el caso examinado, en favor de la Hacienda Pública. Pero la protección constitucional de la reserva de esos datos económicos como «íntimos», está en función de la protección de la privacidad, que es también protección de la libertad y de las posibilidades de autorrealización del individuo. Lo decisivo para determinar la licitud o ilicitud de esta circulación no es un incondicionado y absoluto derecho a la preservación de la reserva sobre los datos económicos sino la aptitud de éstos para, en un análisis detallado y conjunto, acceder a informaciones ya no ajenas a la esfera económica de la persona sino relativas directamente a su vida íntima personal y familiar. Este fenómeno ha sido destacado en nuestra STC 110/1984 en la que se ha advertido la posibilidad de que, en una sociedad tecnológicamente avanzada, a través del estudio sistemático de las actuaciones económicas de un determinado sujeto, pueda llegarse a reconstruir no ya su situación patrimonial sino el desarrollo de su vida íntima en el sentido constitucional del término. Las retribuciones que el trabajador obtiene de su trabajo no pueden en principio desgajarse de la esfera de las relaciones sociales y profesionales que el trabajador desarrolla fuera de su ámbito personal e íntimo, para introducirse en este último, y hay que descartar que el conocimiento de la retribución percibida permita reconstruir la vida íntima de los trabajadores. Al margen de que la Ley 2/1991 se limita a imponer la obligación de incluir en la "copia básica" la retribución de pactada en un único momento de la relación laboral —el de su inicio, pues las sucesivas modificaciones sólo son objeto de notificación (1,2 Ley 2/1991)—, lo cierto es que el acceso a la información relativa a la retribución no permite en modo alguno la reconstrucción de datos del trabajador incluidos en la esfera de su intimidad. En este sentido, no puede olvidarse que, por sí solo, el dato de la cuantía retributiva, aparte de indicar la potencialidad de gasto del trabajador, nada permite deducir respecto a las actividades que, sólo o en compañía de su familia, pueda desarrollar en su tiempo libre. No es ocioso recordar que aun antes de la Ley 2/1991 los salarios percibidos eran ya accesibles al conocimiento de los representantes de los trabajadores, en cuanto tales salarios sirven de base de cotización a la Seguridad Social, y dichos representantes pueden conocer y comprobar los correspondientes documentos de cotización [art. 87.3, Orden de 23 de octubre de 1986, y art. 95.3, Orden de 8 de abril de 1992]."

¹²⁵ CC Despachos de Técnicos Tributarios y Asesores Fiscales, BOE 18 octubre 1999, art. 24, tercer inciso número 5. Puede entenderse incluido el conjunto de aparatos informáticos en la potencialmente exhaustiva lista del CC de Consum SCL (BOE 5 marzo 2002): es falta muy grave "hacer desaparecer, inutilizar o causar desperfectos en materiales, útiles, herramientas, maquinaria, aparatos, instalaciones, edificios, enseres y documentos de la Cooperativa, así como emplearlos para uso propio o sacarlos de las dependencias de la empresa sin la debida autorización" (art. 44.12).

no autorizado agraven la tipificación de la falta, operando de este modo un recurso tradicional¹²⁶. Como quiera que sea, implícita en esta aproximación se encuentra cierta tolerancia en el uso por los trabajadores de estos instrumentos informáticos, si se trata de un uso mesurado y correcto que no perjudique al hardware ni al software de los mismos. En todo caso, esa posibilidad se deja abierta por los negociadores, permitiendo una cierta holgura interpretativa por parte de la empresa y del Juzgador, en su momento.

a.2.- más comúnmente se aborda la cuestión desde una perspectiva prohibitiva sin matices, en términos como éstos: es falta leve "utilizar los medios de comunicación de la empresa para usos distintos para los que esté habilitado, incluido el correo electrónico"¹²⁷, lo que deja como factor de agravamiento exclusivamente a las normas sobre reincidencia. Como falta muy grave, en cambio, se tipifica en otro Convenio "la utilización para uso propio y particular de los medios materiales y elementos de comunicación de la cooperativa (en especial el teléfono, Internet y correo electrónico) quedando facultada la empresa para acceder a las comunicaciones con el objeto de verificar el fraude cuando existan indicios razonables de uso indebido de los mismos"¹²⁸. No cabe sino expresar serias reservas acerca de esta autorización convencional a la empresa para acceder al contenido del correo del trabajador afectado, si se tiene en cuenta el alcance del derecho al secreto de las comunicaciones, del que se ha hablado con anterioridad, y la posibilidad de acceder a los datos sobre el tráfico, sin entrar al contenido del mensaje. Estimo que, en los mismos términos que se ha ido perfilando en las normas comparadas, una intromisión de esta naturaleza —exclusivamente la lectura del correo personal— probablemente requeriría autorización judicial. De todos modos, en los Convenios que se acaban de mencionar se desprende una prohibición total de uso "particular" por los trabajadores de los medios informáticos, unas veces cuantificada y otras sin cuantificar, de modo que la sanción es la única respuesta posible, a no ser que el trabajador consiga el permiso de su superior para realizar el uso prohibido; un permiso que, por cierto, no se garantiza, ni se prefigura en sus contornos, quedando en un área de total discrecionalidad.

a.3.- los Convenios que han depurado más esta materia tienden a precisar el tipo de conductas que se consideran falta en este contexto, no mediante la prohibición general y sin matices que se acaba de exponer, sino concretando intensidades, circunstancias, ocasiones, modalidades, etc. Por su interés merecen una cita más detallada Convenios como el de Multiprensa y Mas SL¹²⁹, en el que se tipifica como falta leve "el uso entre una y tres ocasiones en un plazo de seis meses del correo electrónico o el acceso a Internet para fines particulares o ajenos a la prestación laboral, sin perjuicio de lo dispuesto en el capítulo correspondiente sobre uso de Internet" (art. 62.1.j); grave será, en cambio "utilizar entre tres y seis ocasiones en un plazo de seis meses el correo electrónico o el

acceso a Internet para fines particulares o ajenos a la prestación laboral" (art. 62.2.j) y muy grave la utilización de estos instrumentos "más de seis ocasiones en el plazo de seis meses" (art. 62.3.x). Y, rematando la lista de faltas graves, el apartado y) que califica como muy grave "en cualquier caso...el envío de un solo correo electrónico o el acceso voluntario a una página o sitio web, si el contenido de los mismos tuviera carácter racial, sexista, violento o pornográfico, o pudiera ser constitutivo de falta laboral de las reguladas en este capítulo, siempre que dicho acceso no se realice por razones de la prestación laboral". Con independencia de las normas de uso de Internet, sobre las que volveremos, la regulación de este Convenio evidencia un cierto mayor nivel de seguridad jurídica de los trabajadores afectados —y la posibilidad de uso, aunque muy espaciado, de Internet o el correo—, pero las ventajas que por este lado se alcanzan quedan neutralizadas por la sanción inminente de ciertos comportamientos en los que no se valora el comportamiento en sí (un correo o el acceso a una página web no es siquiera una falta leve en la tipificación del Convenio) sino la corrección ideológica, o política, o moral del referido comportamiento. Y esta última valoración no parece que pueda hacerla la empresa al estar fuera de su ámbito de organización y dirección —sería una variante de conducta extralaboral del trabajador, desde luego, entrarían en juego valoraciones semejantes del área de su personalidad no necesariamente comprometida por el trabajo— y es difícil que fuese posible establecer lícitamente un control sobre el comportamiento del trabajador de la intensidad necesaria para que esta sanción pudiera efectivamente imponerse. Sobre todo en relación con el correo electrónico, cuya lectura sistemática estaría vedada por el aludido derecho al secreto de las comunicaciones, que este precepto simplemente ignora. Sería preciso algo más —por ejemplo, responsabilidad o perjuicio para la empresa por acceder a esos sitios en forma de programas no deseados, dialers, troyanos o virus— para que el comportamiento del trabajador fuera entrando en las lindes de lo sancionable por las consecuencias de su comportamiento, más que por su comportamiento¹³⁰.

Y también es de destacar la minuciosa regulación efectuada al respecto en el Convenio de Grandes Almacenes¹³¹, que se trae a colación por ser uno de los escasísimos Convenios de sector en que se alude al tema. En el referido Convenio se parte de que es falta leve "utilizar los medios de comunicación de la empresa para usos distintos para los que esté habilitado (sic) incluido el correo electrónico". Grave será "facilitar la clave de acceso individual a otra persona, simular la identidad de otro utilizando su clave y la creación de copias de ficheros sin autorización de la empresa"; y muy grave "la transgresión de normas de seguridad informática o el quebranto de la confidencialidad de los datos". El mayor detalle empleado en la descripción de las conductas no obsta a que sea evidente que las calificadas como grave y muy grave no son propiamente sino variantes informatizadas de faltas clásicas —básicamente la vulneración de las distintas vertientes del deber de secreto que pesa sobre el trabajador—, que es evidente que necesitan de estas actualizaciones.

En este apartado de Convenios reguladores de conductas disciplinarias específicas asociadas al uso del correo electrónico e Internet merece un lugar destacado el Convenio de ONCE¹³² que, comenzando por considerar falta leve "a.9)

¹²⁶ Por ejemplo, CC ONCE, BOE 4 abril 2003 art. 69.c.27 a 28, que tipifica como muy graves una serie de comportamientos asociados al uso ilícito de material informático.

¹²⁷ CC Grandos Almacenes BOE 10 agosto 2001, art. 50.5. No se trata de un precepto flexible, más bien al contrario, pues aplicando las reglas sobre reincidencia podría constituirse una falta muy grave con cuatro utilizaciones del correo electrónico en un semestre.

¹²⁸ CC Consum SCL BOE 5 marzo 2002, art. 44.15. Menos rotundo, pero en la misma línea, el art. 61.2.o) del CC de European Air Transport (BOE 25 marzo 2002) establece que será falta grave "la utilización de los equipos informáticos de la compañía para uso particular (por ejemplo, correo electrónico, Internet, etc.); o bien su utilización/manipulación contraviniendo lo recogido en el Procedimiento de Utilización de Equipos Informáticos preparado por I.T."

¹²⁹ BOE 5 marzo 2004, art. 62.

¹³⁰ Por supuesto, lo dicho por no mencionar la existencia de programas que restringieran el acceso a según qué sitios web en el mismo navegador o independientes.

¹³¹ BOE 10 agosto 2001, arts. 50.5; 51.5 y 52.17 respectivamente, según aparecen citados en el texto.

¹³² BOE 4 abril 2003, art. 68.

efectuar modificaciones a los componentes físicos (hardware) de los equipos informáticos (ampliación de memoria, modems, teclado, añadir o quitar tarjetas, etc.)", desarrolla un amplio abanico de comportamientos relacionados con el uso de ordenadores en el apartado de faltas graves –sobre todo– y muy graves, que es excesivo reiterar aquí.¹³³ Sintetizando una regulación muy prolija, se deduce del Convenio de la ONCE que existe una absoluta e incondicional prohibición de uso de los equipos informáticos de cualquier forma distinta de la estrictamente laboral por parte de los trabajadores: aisladamente o para comunicarse entre ellos o con terceros, con o sin divulgación de datos, con o sin daño adicional a la empresa, ya se incida sobre el software o sobre el hardware; incluso, sería sancionable una conducta del trabajador que llegase a mejorar las prestaciones del equipo informático, si se ha realizado sin contar con la autorización de la empresa. Una prohibición de términos tan absolutos y tajantes que probablemente plantee problemas de legalidad, en cuanto que puede contrariar el derecho al secreto de las comunicaciones en los mismos términos que se han expuesto, y por otra parte sería discutible la prohibición radical de uso del correo electrónico, en cuanto la forma normalizada de comunicación interpersonal que es en la actualidad, generando el extrañamiento social contrario a la dignidad del trabajador que se ha señalado en la jurisprudencia.

b) Las reglas de utilización del correo por los trabajadores singulares.

Se trata de una de las grandes cuestiones pendientes de regulación en los Convenios, supuesto que se admita la utilización de los sistemas informáticos para algo más que el uso laboral. Por eso merece ser destacado algún Convenio singular que aborda con detalle esta compleja materia, sentando las pautas al respecto. Por ejemplo, prohibiendo el uso para comunicarse con terceros del servidor de correo de la empresa, aunque sí sea posible utilizar el correo personal, siempre excluyendo el nombre de la empresa; y autorizando paralelamente el uso de correo para comunicarse entre sí los trabajadores de la empresa. En relación con Internet, prohibiendo el uso no laboral en general y para fórmulas de debate en tiempo real, y autorizando la descarga de software, si tiene lugar con arreglo a las normas legales que regulan estas operaciones, a fin de evitar

la responsabilidad de la empresa¹³⁴. En síntesis, reglas de uso normal atendiendo a las características de todo tipo, técnicas sobre todo, del sistema informático existente en la empresa, motivo por el cual es el de empresa el nivel más adecuado para alcanzar estos acuerdos.

c) El acceso a los recursos informáticos por los representantes de los trabajadores.

La citada es una de las áreas en que el desarrollo convencional se ha detenido con cierto detalle a la hora de especificar las reglas del juego en el ámbito informático. Pero no siempre en términos de autorización. En principio, habrá que convenir en que el derecho que estaría en juego sería el de los sindicatos y representantes de los trabajadores a ponerse en contacto con los representantes, genéricamente admitido tanto en el ET como en la LOLS, y traducido funda-

¹³³ De este modo, serán faltas graves: b.18) Acceder, sin autorización, a locales, dependencias, quioscos, despachos, vehículos o procedimientos de comunicación no autorizados. b.22) Compartir o facilitar el identificador de usuario y contraseña con otras personas (login, password, etcétera). b.23) Enviar mensajes de correo electrónico de forma masiva o con fines comerciales o publicitarios, sin consentimiento de la Organización. b.24) Instalar cualquier tipo de software (programas, paquetes, etc.), sin la correspondiente autorización. b.25) Cambiar la configuración de los recursos informáticos corporativos. b.26) Crear ficheros y bases de datos con datos personales sin la autorización del Responsable de Seguridad Informática. b.27) Obstaculizar voluntariamente el acceso de otros usuarios a la red mediante el consumo masivo de los recursos informáticos y telemáticos de la empresa, así como realizar acciones que dañen, interrumpan o generen errores en dichos sistemas. b.28) Usar programas informáticos sin la correspondiente licencia, así como usar, reproducir, ceder, transformar o comunicar públicamente cualquier tipo de obra o invención protegida por la propiedad intelectual o industrial. b.29) Leer, borrar, copiar, o modificar los mensajes de correo electrónico o archivos de otros usuarios, excepto aquellas personas autorizadas expresamente por la ONCE. ... c) Serán faltas muy graves: c.24) Emplear para usos propios, sin autorización, o el trabajador obtiene de ello un beneficio particular. c.25) Contribuir a causar daños a las personas, a su intimidad o dignidad, sea dolosamente, o por la inobservancia de medidas de prevención, negligencia, falta de atención o descuido inexcusable. c.26) Falsificar los registros de traza y auditoría que dejan los sistemas informáticos en determinados ficheros con el objeto de poder analizar determinadas acciones. c.27) Destruir, alterar, inutilizar o dañar datos, programas o documentos electrónicos. c.28) Acceder, o intentar acceder, a áreas restringidas de los sistemas informáticos ONCE o aumentar el nivel de privilegios de un usuario. c.29) Introducir voluntariamente virus o cualquier otro software que produzca graves alteraciones en los sistemas. c.30) Copiar y transferir al exterior datos de carácter personal o confidencial obrantes en los ficheros propiedad de la ONCE, o utilizar este tipo de datos para usos propios o con fines lucrativos. c.31) Descifrar, o intentar descifrar, las contraseñas, sistemas o algoritmos de cifrado y cualquier otro elemento de seguridad que intervenga en los procesos telemáticos de la Organización.

¹³⁴ Artículo 55. Utilización de correo electrónico. El correo electrónico constituye una herramienta de trabajo facilitada por la Dirección de la Empresa a los empleados con el fin de desempeñar más eficientemente sus funciones laborales. Como consecuencia de lo anterior, se dotará de una dirección de correo electrónico interno a los trabajadores contratados por Multiprensa y Más, S.L. que presten sus servicios en alguno de los centros de trabajo, siendo facultad de la empresa la organización del mismo y el sistema que deba seguirse, con libertad absoluta para decidir sus condiciones. El correo electrónico interno de la Empresa será un medio, entre otros, de comunicación ordinaria entre la Dirección de la Empresa y los trabajadores, a salvo de las especificaciones que se realizarán más adelante.

Artículo 56. Normas reguladoras. La dotación, utilización y control del correo electrónico, las consecuencias y responsabilidades que de ellas se deriven, y demás temas conexos, se regirán por lo dispuesto en el presente capítulo y, en lo no regulado en el mismo, por la legislación que resulte aplicable a cada supuesto concreto. La Dirección y el Comité de Empresa regularán en el futuro cualquier situación o incidencia no contemplada ahora y que haga aconsejable su previsión. De no llegar a un acuerdo, la Empresa podrá regularlas provisionalmente, atendiendo en lo posible las indicaciones que el Comité podrá hacerle llegar mediante el pertinente informe. El uso del correo electrónico de la Compañía para fines personales o ajenos a la actividad de la empresa está prohibido, salvo para aquellos supuestos en que, con carácter urgente, sea necesario enviar un mensaje. En estos últimos supuestos, el mensaje siempre deberá ser breve. Los trabajadores podrán utilizar una cuenta de carácter personal, de manera esporádica y cuando sea necesario, desde el sistema informático de la Compañía, siempre que dicha utilización se realice fuera del horario de trabajo. En este supuesto, los trabajadores no podrán utilizar el nombre y/o marca de la Compañía en los mensajes que remitan, y deberán utilizar sus cuentas de correo personales bajo el principio de buena fe contractual. Como criterio general, siempre que se utilice el sistema informático de la empresa se deberá evitar en el correo electrónico cualquier contenido que vulnere los derechos fundamentales de la persona o que pueda ser constitutivo de falta o delito penal. El correo electrónico se puede utilizar como comunicación interna ordinaria de la Empresa y los trabajadores. Las comunicaciones ordinarias que se realicen por este medio valdrán y serán eficaces transcurridas 72 horas desde la fecha de su envío. Sin perjuicio de lo anterior, las comunicaciones relevantes, tales como: solicitud de permisos, vacaciones, traslados, desplazamientos, despidos, sanciones, viajes de trabajo, etc., se tendrán que comunicar en papel y por escrito, y requerirán la firma de las partes implicadas. Queda en todo caso prohibida la utilización del correo electrónico para el desempeño de cualquier otra actividad profesional, por cuenta propia o ajena, distinta a la función que se desempeña en Multiprensa y Más, S.L....

Artículo 57. Uso de internet. El uso del sistema informático de la empresa para acceder a redes públicas como internet, grupos de noticias u otras utilidades, se limitará a los temas directamente relacionados con la actividad de la misma y los cometidos del puesto de trabajo del usuario dentro del horario de trabajo. El acceso a internet con fines personales o ajenos a la actividad de la empresa está prohibido dentro de la jornada de trabajo. Queda estrictamente prohibido el acceso a debates en tiempo real (chat, irc), telnet, mensajería electrónica, tipo MSN y similares, dentro y fuera de la jornada de trabajo, ya que facilita la instalación de utilidades que permiten accesos no autorizados al sistema, además de no tener ninguna relación con la prestación de servicios de los trabajadores de Multiprensa y Más, S.L. En los supuestos en que sea estrictamente necesario por razones de trabajo acceder a debates en tiempo real, se solicitará del inmediato superior la autorización necesaria para ello. Cualquier fichero introducido en el terminal del usuario desde internet deberá cumplir los requisitos establecidos en estas normas y, en especial, los referidos a la propiedad intelectual e industrial y al control de virus. Especialmente se prohíbe la descarga de ficheros con contenidos como juegos, música, imágenes o cualquier material que no sea de trabajo. Se prohíbe la descarga a través de internet de software de origen desconocido o de propiedad del usuario en los sistemas informáticos de la empresa, salvo que exista autorización previa de algún miembro del departamento de sistemas. La descarga de software sin las licencias oportunas por parte del trabajador está totalmente prohibida, por la responsabilidad que podría acarrear a la empresa dicha descarga. En caso de incumplimiento de las normas anteriores, el usuario aceptará liberar a Multiprensa y Más, S.L. de cualquier responsabilidad en caso de reclamación, litigio, pérdida, daños o gastos relacionados con la utilización de cualquier copia no autorizada.

Artículo 58. Equipos informáticos. Los equipos informáticos son herramientas de trabajo propiedad de la Empresa, por lo que el trabajador los utilizará con la diligencia debida, con el fin de evitar perjuicios derivados del mal uso de los mismos. Los usuarios que dispongan de ordenador portátil, en los supuestos en los que hagan utilización de él fuera de las instalaciones de la Compañía, serán responsables de los mismos, salvo que hayan puesto la diligencia debida para evitar cualquier daño. En caso de robo, hurto, o daños infringidos por terceros el trabajador deberá interponer la correspondiente denuncia lo antes posible. Los usuarios serán asimismo responsables de la seguridad de sus equipos, por lo que, en el momento en que cada trabajador disponga de ordenador propio y contraseñas de seguridad, se comprometen a utilizar las contraseñas necesarias, con el fin de que el equipo informático sea utilizado exclusivamente por el usuario al que ha sido asignado.

mentalmente en ambas normas en la obligación de la empresa, entre otras, de poner a disposición de los trabajadores uno o varios "tabloneros de anuncios" con el objeto de hacer posible la comunicación masiva y no personalizada, tanto más necesaria cuanto mayor es la dimensión de la empresa. Pues bien, eso es justamente lo que se suele reconocer a la representación de los trabajadores: el derecho a usar uno o varios tabloneros de anuncio con esta finalidad.

Sólo en casos contados el derecho a la comunicación de los representantes y los representados se manifiesta permitiendo el acceso de los representantes a medios informáticos de titularidad empresarial, por lo general en términos bastante escuetos y con líneas reguladoras en cierta medida erráticas. Unas veces el reconocimiento del derecho a usar medios informáticos se coordina con el del tablón de anuncios tradicional, en tanto que en otras ocasiones éste es sucedido por aquél. Y, yendo aún más lejos, la comunicación con los trabajadores finalmente culmina en la creación de un portal propio para los representantes de los trabajadores, pasando a desempeñar éste la función de comunicación con los trabajadores, de modo que se excluye la posibilidad de envío de correos electrónicos masivos¹³⁵. Unas veces, los beneficiarios son los representantes unitarios¹³⁶, y otras los sindicatos con presencia en la empresa¹³⁷, o sólo ciertos sindicatos: "los sindicatos firmantes y sus secciones sindicales podrán remitir noticias de interés sindical a sus afiliados y secciones sindicales, mediante correos electrónicos, siempre que estos envíos sean prudentes y no masivos y no provoquen bloqueos en los servidores de las empresas"¹³⁸. A pesar de que se trata de un recurso adicional al mínimo establecido en la Ley, sin embargo, no parece que sea admisible la implantación de diferencias entre sindicatos sobre todo, si se tiene en cuenta la necesidad de una justificación adecuada y razonable para la reducción o la diversificación en los medios dados por la empresa

para facilitar la acción sindical. De este modo, cabría dudar de la licitud de la ventaja reservada a los sindicatos firmantes del Convenio, y no para los demás, tal y como se prevé en el Convenio que se acaba de transcribir, teniendo en cuenta el carácter fuertemente reglado y general que la negociación colectiva estatutaria posee entre nosotros, que veda a los negociadores introducir diferencias que quizás estuvieran justificadas en sistemas menos reglamentistas, en que la negociación fuera realmente un recurso abierto a todos.

En cualquier caso, el reconocimiento de estos derechos a los representantes de los trabajadores plantea nuevos problemas en los que, junto a los derechos relativos a la confidencialidad de las comunicaciones, entra en liza la propia libertad sindical. De hecho, y por lo general, las indicaciones de los Convenios sobre los límites en el uso del correo electrónico por los sindicatos —cuando existen— suelen prever un uso razonable del correo, que no alcance tal masificación que bloquee el servidor de la empresa. Ya hemos visto cómo ese fue el detonante del pleito de Telefónica, que condujo al pronunciamiento del Tribunal Supremo, y una preocupación semejante está latente en otros Convenios, hasta el punto que la falta de previsiones al respecto retrasa el reconocimiento del derecho de los representantes de los trabajadores al acceso a los medios informáticos de la empresa¹³⁹. Cuando se prevén reglas de esta naturaleza sorprende por ello mismo su sencillez, como por ejemplo, la implantación de límites cuantitativos de 1 megabyte por envío¹⁴⁰, y en todo caso el casuístico que se abre es muy intenso, pues depende de múltiples circunstancias técnicas la determinación del punto en que se supera el uso normal del correo. Más dificultades plantea el establecimiento de mecanismos de control del uso del correo electrónico por los representantes de los trabajadores, a cuenta de la

¹³⁵ Es el caso del CC de MAPFRE Grupo Asegurador. BOE 2 abril 2002, art. 55: **Artículo 55. Derechos.** Locales y medios. La empresa facilitará en la medida de lo posible lugares apropiados para que puedan ejercer sus funciones, y los medios adecuados para ello. En todo caso les facilitará el acceso a salas de reuniones para que puedan ejercer su derecho de reunión. Comunicación y tabloneros de anuncios. Para facilitar la comunicación de los representantes de los trabajadores con éstos, cada Sección Sindical dispondrá de una carpeta pública de correo electrónico para insertar las comunicaciones que estime oportunas, sustituyendo al tablón de anuncios físico. Una vez esté en funcionamiento el portal del empleado, dispondrán de un espacio en el mismo a tal efecto. En consecuencia, los representantes de los trabajadores no utilizarán como medio de comunicación el envío de correos electrónicos a grupos de empleados. En los centros de trabajo con representación unitaria sin afiliación sindical se instalarán tabloneros de anuncios que quedarán a disposición de los Delegados de Personal o, en su caso, de los Comités de Empresa".

¹³⁶ CC General del Personal Laboral de la Comunidad Autónoma de Galicia, BOCA 4 junio 2002, "art. 44.- Delegados de personal y comités de empresa... 4.- Se pondrá a su disposición un local adecuado, provisto de teléfono, correo electrónico, caso de que se disponga de material informático, y del correspondiente mobiliario, para que puedan desarrollar sus actividades sindicales, deliberar entre sí y comunicarse con sus representados/as..."; CC UNED BOE 18 enero 2001, art. 66.1.a) "El Comité de Empresa dispondrá de un local adecuado y apto para desarrollar las actividades propias de su representación, provisto de teléfono y el correspondiente mobiliario y material informático...".

¹³⁷ Como es el caso del CC de Bancos Privados, BOE 10 marzo 2004, art. 48: **Artículo 48. Comunicaciones sindicales.** Las empresas, siempre que dispongan de intranet como herramienta usual de trabajo y de información a sus trabajadores, pondrán a disposición de las representaciones sindicales con presencia en los Comités de Empresa, de un sitio particular, habilitado para cada sindicato, en el que puedan difundir las comunicaciones que periódicamente dirijan a sus afiliados y trabajadores en general, dentro de su ámbito de representación. Estas zonas particulares serán recursos independientes de gestión documental, de acceso público de la plantilla y, exclusivamente, de consulta para el personal, con posibilidad de aviso de novedad dentro del propio portal sindical. El mantenimiento de las publicaciones será responsabilidad de los administradores que cada Sindicato designe al efecto y de acceso restringido a tal fin. Dichos comunicados deberán tener contenido estrictamente laboral y relacionado directamente con el ejercicio de las funciones de representación legal de los trabajadores, sin que pueda utilizarse a otros fines, y estará sujeto a los mismos controles técnicos y, en su caso, de salvaguardias legales fijados por la Ley de Protección de Datos de Carácter Personal, al igual que toda la información que se difunde a través de estos nuevos medios técnicos en las empresas. El contenido de la información del sitio particular de cada sindicato se atenderá a lo previsto en el artículo 4.2.e) del Estatuto de los Trabajadores, tanto respecto a las personas como a las instituciones. En correspondencia con esta facilidad en el ámbito de la empresa se suprimirán los tabloneros de anuncios, excepto en aquellos centros de trabajo en donde no se tenga acceso a la intranet". Véase también la regulación del llamado Infobuzón del Convenio Colectivo de Telefónica, transcrito con anterioridad.

¹³⁸ CC Empresas de Gestión y Mediación Inmobiliaria, BOE 15 julio 2003, art. 54.

¹³⁹ Así, en el CC de Cajas de Ahorros, BOE 15 marzo de 2002, art. 104, se establece que "las partes acuerdan que mientras no exista una regulación expresa, de carácter general, que afecte al uso y utilización de medios tecnológicos (Internet, intranet y correo electrónico), las Cajas de Ahorros sometidas al ámbito funcional de este Convenio Colectivo abrirán procesos de negociación con los representantes legales de los empleados, tendentes al establecimiento de las medidas que permitan el uso por los sindicatos de estos medios, sin que ello afecte al proceso normal de actividad y producción". En una línea parecida, el CC de la Industria Siderometalúrgica de la provincia de Barcelona DOGC 17 diciembre 2003, art. 49.2.5 establece que "en aquellas empresas que dispongan de secciones sindicales constituidas de conformidad con la legislación vigente, acordarán entre éstas y la dirección de la empresa, en los términos y condiciones que mutuamente acuerden, y previa suscripción de las normas de uso y buena praxis, el establecimiento de conexión externa (para Internet, correo electrónico), desde el local utilizado por las mismas con empresas proveedoras de telecomunicaciones, al objeto de facilitar la comunicación con su sindicato". Al ámbito de la empresa remite también el CC de Hostelería de Alicante, BOAlic. 3 agosto 2002, Disposición Adicional 10ª: "durante la vigencia del presente Convenio podrán alcanzarse, en el ámbito de empresa, acuerdos sobre el uso por parte de los representantes legales de los trabajadores de las nuevas tecnologías de la empresa (correo electrónico, internet e intranet) para recepción y comunicación de información y otros documentos. Estos acuerdos tendrán el carácter de pacto obligaciones (sic) y quedarían sin efecto alguno si se legislara sobre esta materia o se alcanzara algún acuerdo de ámbito superior".

¹⁴⁰ CC Multiprensa y Más SL, BOE 5 marzo 2004, art. 56: "El correo electrónico se puede utilizar como comunicación interna ordinaria de la Empresa y los trabajadores. Las comunicaciones ordinarias que se realicen por este medio valdrán y serán eficaces transcurridas 72 horas desde la fecha de su envío. Sin perjuicio de lo anterior, las comunicaciones relevantes, tales como: solicitud de permisos, vacaciones, traslados, desplazamientos, despidos, sanciones, viajes de trabajo, etc., se tendrán que comunicar en papel y por escrito, y requerirán la firma de las partes implicadas. Queda en todo caso prohibida la utilización del correo electrónico para el desempeño de cualquier otra actividad profesional, por cuenta propia o ajena, distinta a la función que se desempeña en Multiprensa y Más, S.L. La utilización del correo electrónico mediante el servidor de la empresa por los representantes de los trabajadores, con el fin de transmitir información relativa a las relaciones de trabajo a los trabajadores de la empresa, está autorizada siempre que (1) se realice fuera de horas de trabajo o utilizando el crédito horario sindical y que (2) la información que se remita no supere 1 mega por envío, e intentando en todo momento no saturar el sistema informático de la empresa. En los supuestos en los que el Comité necesite enviar información relevante a los trabajadores que supere el volumen establecido anteriormente, lo pondrá en conocimiento de la Empresa para que ésta dé su autorización y determine el día y la hora en que se pueda enviar. Asimismo, los miembros del Comité de Empresa podrán durante su crédito de horas sindicales o fuera de su jornada laboral comunicarse a través del correo electrónico de la Empresa con los sindicatos, siempre que las comunicaciones o información que se remitan no supere 1 mega por envío. Estas comunicaciones no deberán perjudicar en todo momento el sistema informático de la Empresa, por lo que en caso de sobrecarga o problemas informáticos prevalecerá en todo momento el interés y actividad empresariales. Con la finalidad de evitar la sobrecarga del sistema informático la Empresa se reserva el derecho de establecer un límite de espacio disponible en las cuentas de correo, pudiendo restringirse de forma automática el envío y/o recepción de mensajes si el límite se supera".

Dirección de la empresa, cuando superan el margen meramente cuantitativo y tratan de incidir en el cualitativo o material; nuevamente el contenido del mensaje tiene la salvaguardia adicional del derecho al secreto de las comunicaciones de los organismos remitentes del correo, y la libertad sindical y sus límites ha de ser el criterio a la hora de evaluar los contenidos de los mismos en el caso de que hubiera habido acceso legítimo a ellos. No es normal, pero es posible la previsión de que la empresa realice un mero control de forma de los mensajes a remitir por los representantes, cuando así se ha pactado, a la vista de las limitaciones del propio sistema de comunicación establecido. La jurisprudencia del Infobuzón de Telefónica es una muestra de la tolerancia de la doctrina judicial ante los términos pactados por las partes.

d) Algunos problemas relacionados con la transmisión de datos personales en la negociación colectiva.

La implantación de sistemas informáticos, sin duda, generará una compleja serie de obligaciones y derechos nuevos en relación con la tutela de los datos personales de los trabajadores a su servicio. Algunas de esas nuevas relaciones jurídicas se han expuesto con anterioridad, sin ánimo exhaustivo dada la extensión de la materia. Sin embargo, antes de cerrar el tratamiento de estas materias por la negociación colectiva hay que destacar que probablemente las nuevas obligaciones y maneras asociadas a la tutela de los datos personales de los trabajadores han de extenderse también a la negociación colectiva, y matizar las reglas en ella existentes.