

# ALTERNATIVAS DE REGULACIÓN DE LOS DERECHOS ON-LINE EN EL ORDENAMIENTO LABORAL ESPAÑOL

FRANCISCO BARBA RAMOS

*Profesor de Derecho del Trabajo y Seguridad Social*

DR. MIGUEL RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO

*Catedrático de derecho del Trabajo y Seguridad Social*

Universidad de Huelva

[www2.uhu.es/departamentos/dam/](http://www2.uhu.es/departamentos/dam/)

ÍNDICE: 1. Presentación y justificación del estudio. 2. Los derechos on-line de los trabajadores y de sus organizaciones. 3. Alternativas de regulación de los derechos on-line. 3.1. El reconocimiento legal. 3.2. El reconocimiento convencional.

INDEX: 1. Foreword. 2. On-line rights for employees and unions. 3. Alternative paths for the regulation on on-line rights. 3.1. Legislative intervention. 3.2. Collective bargaining regulation.

PALABRAS CLAVE: Sociedad de la información • tecnologías de la infocomunicación • derechos on-line • representación de los trabajadores • relaciones laborales

KEY WORDS: information society • information and communication technologies • on-line rights • workers' representation • industrial relations

## 1. PRESENTACIÓN Y JUSTIFICACIÓN DEL ESTUDIO

Vivimos en una sociedad de la información. Lo que hace pocos años era tan sólo una intuición genial y una denominación acertada es hoy una realidad generalmente aceptada, que empieza a calar en todas las esferas de las Ciencias Sociales. El desafío del científico del Derecho consiste en analizar y evaluar un ordenamiento jurídico concebido y desarrollado en un momento histórico anterior en un contexto social y tecnológico completamente diferente.

Desde un punto de vista material, la sociedad de la información se caracteriza por la utilización extensiva de las tecnologías de la infocomunicación (en adelante TIC), que hacen posible un almacenamiento y una gestión de datos, de conocimiento sin precedentes hasta la fecha. Este desarrollo de las TIC se ha producido hasta un extremo tal de justificar que se pueda hablar de un auténtico cambio de paradigma en nuestro sistema productivo, una nueva revolución industrial que ha alterado radicalmente nuestra forma de vivir, de producir y, sobre todo, de trabajar.

Ésta es, pues, la Sociedad de la Información o del Conocimiento, donde las nuevas tecnologías de la información y la comunicación provocan cambios trascendentales en las formas de producción. Nueva economía, nueva organización del trabajo, nuevas realidades laborales y cambios en las relaciones jurídicas<sup>1</sup>. Y, como no, todo ello debe provocar también transformaciones importantes en

<sup>1</sup> Interesante referencia en Martín Flores, L.: "Outsourcing y teletrabajo: consideraciones jurídico-laborales sobre nuevos sistemas de organización del trabajo", Civitas, *Revista Española de Derecho del Trabajo*. Nº 71, mayo/junio 1995.



los mecanismos de organización y representación de los intereses profesionales ante nuevas condiciones de trabajo o teletrabajo<sup>2</sup>; ya sea en el tradicional régimen de dependencia, o en las relaciones puramente mercantiles que el cambio tecnológico acompaña dentro de un específico contexto social, cultural, económico y político.

La íntima relación entre la tecnología y las relaciones laborales es bien conocida, y no necesita por ello de comentarios. No sorprende, por ello, que haya sido en el ámbito del mercado de trabajo donde mayores y más profundas hayan sido las transformaciones, y donde con mayor claridad se hayan percibido éstas, sobre todo en aquellos sectores del tejido productivo donde mayor uso de ha hecho de estas tecnologías. Así, tanto en Seattle como en Silicon Valley han aparecido los primeros intentos -reprimidos a base de despidos en algunos casos- de un fenómeno tan novedoso como esperado. Empresas como "Amazon.com" o "E-town.com" son testigos de excepción de lo que podríamos denominar como los "sindicatos.com", "e-sindicatos", "sindicalismo virtual" o "telesindicatos"<sup>3</sup>. Y surgen al abrigo de los pioneros indicios de crisis en la llamada Nueva Economía, que provoca -aunque todavía de forma tímida- la toma de conciencia ante dificultades comunes y la necesidad de organizarse de unos trabajadores tradicionalmente ajenos al mundo sindical y en una cultura sumamente individualista. Sucede que al margen del conflicto ante la numerosa extinción de contratos en los últimos tiempos, los trabajadores que permanecen en las "e-compañías" comienzan a replantearse sus condiciones laborales en aspectos como el tiempo de trabajo o el retributivo ante la pérdida de expectativas económicas -o al menos inestabilidad- a causa de los sistemas de retribución variable vinculados a la participación en acciones de las compañías.

Siendo obvia por tanto, la incidencia tecnológica en la función sindical, debemos tener en cuenta que fenómenos como el teletrabajo tienden a un alejamiento de lo colectivo.<sup>4</sup> Pero al margen de la incipiente, débil y muy localizada acción colectiva en las nuevas empresas que operan fundamentalmente a través de Internet, lo que nos interesa destacar especialmente es cómo los sindicatos tradicionales también comienzan a experimentar transformaciones en sus métodos de actuación<sup>5</sup> como consecuencia de la generalización de esas nuevas tecnologías en el conjunto de la

<sup>2</sup> Un análisis jurídico-laboral podemos encontrarlo en Thibault Aranda, J.: "El Teletrabajo: análisis jurídico-laboral", CES, Madrid, 2000. Igualmente, Gaeta, L.: "Teletrabajo y Derecho: la experiencia italiana" *Documentación Laboral* nº 49, 1996. En el concreto aspecto sindical Martín Aguado, A.: "Teletrabajo y derechos sindicales, propuestas para un debate", *Gaceta Sindical* nº 162. Enero - febrero 1998.

<sup>3</sup> Sobre este asunto resultan de enorme interés algunos reportajes de prensa como "Un sindicalista en El Valle de Oro" y "Silicon Valley vuelve a nacer" en *El País* 5 de febrero de 2001. Economía/Trabajo. Igualmente ver "Sindicatos punto-com: reivindicaciones laborales en la era de Internet", Terés N., en la revista electrónica *Laboris News* de Marzo 2001. <http://www.laboris.net>

<sup>4</sup> Mercader Uguina, J.R.: "Derechos Fundamentales de los trabajadores y nuevas tecnologías: hacia una empresa panóptica?" *Relaciones Laborales*, nº 10. Mayo 2001. Señala que "la intrínseca dispersión geográfica de los teletrabajadores que conduce a su atomización no deja de ser un caldo de cultivo idóneo para el extrañamiento respecto de los sindicatos y representantes de los trabajadores en general y, en consecuencia, para la individualización de las relaciones laborales".

<sup>5</sup> Mercader Uguina, J.R.: "Derechos fundamentales..." *op. cit.* Señala el autor que "la nueva cultura ciudadana de la comunicación deberá extender al ámbito sindical los telerreferendums, telerreuniones, teleasambleas, teletablero, aplicaciones de la tecnología coriente que deben ser derivadas hacia la acción sindical y utilización plena de los derechos de información de los trabajadores".

producción de bienes y servicios. La utilización de las nuevas tecnologías en las tareas de información y representación entre los trabajadores y sus estructuras representativas -ya sea vía unitaria o sindical- comienza a producirse muy especialmente en determinados sectores como la banca, las comunicaciones o servicios administrativos; principalmente en las empresas tradicionales con división on-line o las llamadas empresas tecnológicas que no ubicaríamos dentro de la “Nueva Economía”.

Son muchas las implicaciones jurídico-laborales de la utilización de las Nuevas Tecnologías en las empresas: nuevas perspectivas en salud laboral y formación, replanteamientos del contenido del contrato de trabajo, los sistemas retributivos, el tiempo de trabajo, los derechos de propiedad intelectual, o las relaciones laborales transnacionales entre otras. Pero sin duda, uno de los aspectos estelares que está siendo objeto de un amplio tratamiento social, doctrinal y jurisprudencial es el de la confrontación del poder de dirección y organización del empresario -con sus distintas concreciones- con el derecho a la intimidad de los empleados y al secreto de las comunicaciones<sup>6</sup>. No vamos a profundizar en ello en el presente trabajo, pero se trata de un asunto que debemos tomar en especial consideración, por cuanto suele ser abordado simultáneamente junto al tema que nos ocupa preferentemente: el uso sindical de las nuevas tecnologías en la empresa y los primeros intentos de regulación heterónoma. No en vano, las campañas emprendidas en los últimos tiempos por sindicatos y asociaciones de internautas se refieren conjuntamente a ambos aspectos<sup>7</sup>.

La responsabilidad social del jurista le debe llevar a ser un atento espectador de los cambios sociales y de los problemas que de ellos se derivan, para evaluar las carencias del sistema jurídico y sugerir alternativas de regulación. A comienzos del siglo XXI el desafío para el científico del Derecho lo es sin duda el de afrontar las consecuencias del tránsito a la sociedad del conocimiento en todos los ámbitos de la vida social; el jurista del trabajo tiene que hacerlo en su ámbito natural de estudio, el sistema de relaciones laborales y el mercado de trabajo, uno de los más sensibles al impacto de las TIC, donde los efectos pueden ser más significativos. El tránsito a un nuevo modelo de sociedad lo es también a un nuevo sistema productivo, radicalmente diverso al anterior industrialista, para el que el Derecho del Trabajo fue originalmente diseñado. Si se quiere mantener la eficacia y el poder de penetración del Derecho del Trabajo en un contexto social, económico y productivo radicalmente distinto se hace necesario evaluar la operatividad de sus instituciones esenciales en esta nueva realidad. El presente estudio pretende realizar una modesta contribución a este debate, centrándose en una nueva institución que ha aparecido en este nuevo entorno tecnoló-

<sup>6</sup> Diversos casos se han sucedido en los últimos tiempos con las nuevas tecnologías de la información y comunicación como telón de fondo, como puede verse en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia (STSJ) de Madrid de 16 de octubre de 1998; STSJ de Andalucía de 25 de febrero de 2000; STSJ de Cataluña de 5 de julio de 2000; STSJ de Cataluña de 23 de octubre de 2000; STSJ de Cataluña de 14 de noviembre de 2000. Resulta de enorme interés realizar una comparación cuando en el conflicto poder de dirección - derechos fundamentales no aparece por medio una de las TIC, como en la STSJ de la Comunidad Valenciana de 15 de mayo de 2000; STSJ de Madrid de 14 de septiembre de 2000. En general, Calsamiglia, A.: “Control empresarial y dignidad humana” en <http://www.ceveal.com/colab.htm> mayo de 2001; Mercader Uguina, J.R.: “Derechos fundamentales...”, *op. cit.*

<sup>7</sup> Así lo entienden desde COMFIA (CC.OO.), Union Network International (UNI), la Asociación de Internautas o desde la revista electrónica Kriptópolis.

gico, los denominados “derechos on-line” de los trabajadores; se prestará atención a su definición y justificación y sobre todo, a las alternativas que se están planteando para su regulación en España. Enlaza con lo que es una ya numerosa línea de trabajos de investigación sobre estos temas, tanto en España como en otros países, que se ha ido desarrollando a medida que se constataban los problemas que las TIC iban planteando en el desarrollo de las relaciones laborales en la empresa y fuera de ella<sup>8</sup>.

## 2. LOS DERECHOS ON-LINE DE LOS TRABAJADORES Y DE SUS ORGANIZACIONES

A lo largo de su historia el Derecho del Trabajo ha sido capaz de generar un cuadro de regulación de las relaciones laborales que ha respondido, entre otras, a dos consideraciones: una voluntad de garantizar la dignidad del trabajador en su relación de empleo y en su vida social; y la búsqueda de un modelo democrático de relaciones laborales, en el que la empresa se constituya en un ámbito de participación que supere la lógica simplista de la propiedad de los medios de producción. Para poner en práctica uno y otro objetivo el ordenamiento jurídico ha desarrollado un conjunto de derechos, tanto individuales como colectivos, reconocidos y garantizados en el plano normativo, y que configuran un determinado modelo de civilización en el mercado de trabajo y en el sistema productivo en general.

Las TIC han generado una serie de problemas en el desarrollo de las relaciones laborales que son a estas alturas bien conocidos. Por hacer un resumen simplificador, podemos decir que sobre todo han supuesto tres cosas: una nueva forma de trabajar, nuevas posibilidades de control empresarial de la conducta y productividad de los empleados, y nuevas posibilidades de acción sindical. En consecuencia, hoy son auténticas prioridades para los agentes del sistema temas como la protección de los datos personales del trabajador<sup>9</sup>, la privacidad de sus comunicaciones, la monitorización de sus actividades, la utilización de los nuevos canales de comunicación para la actividad sindical, la propiedad intelectual de los resultados de la actividad de los trabajadores<sup>10</sup>, la protección contra los riesgos profesionales derivados de estas tecnologías, la distinción entre lo profesional y lo personal en el tiempo de trabajo, los efectos de la propiedad de los medios de comunicación sobre la delimitación de su uso y su función... Cuestiones muchas de ellas nuevas, pero que en una mayoría de los casos no son más que nuevas manifestaciones de cuestiones tradicionales en el desarrollo de la

<sup>8</sup> En concreto, el origen de este trabajo está en una intervención de sus autores en el curso “Las relaciones laborales en la sociedad del conocimiento”, que tuvo lugar en la sede de la Rábida de la Universidad Internacional de Andalucía en julio de 2001, dirigido por el Dr. Galán García. En este curso se presentaron provisionalmente los trabajos realizados al amparo del proyecto de investigación “Las relaciones laborales e Internet”, SEC 99-081, bajo la dirección del Dr. Del Rey Guanter; los autores de este trabajo colaboran activamente con este proyecto, integrados dentro del grupo de investigación “Estructuración y desestructuración económica: el marco jurídico de la empresa”, SEJ-322. Puede visitarse la página del proyecto en [www.ceveal.com](http://www.ceveal.com).

<sup>9</sup> R. Pradas Montilla, “Empresas y protección de datos de carácter personal”, *Actualidad Laboral*, Nº 9, 2000.; y S. Del Rey Guanter, “Tratamiento automatizado de datos de carácter personal y contrato de trabajo”, *Relaciones Laborales*, tomo 1993-II, pg.134.

<sup>10</sup> Tema éste que hoy debe ser considerado de la mayor importancia. El mejor estudio hasta la fecha en A. Valdes Alonso, “*Propiedad intelectual y contrato de trabajo*”, Civitas, 2001.

relación de trabajo. Problemas antiguos, de siempre, aparecen hoy con nuevas características o con una mayor gravedad; lo que es significativo, porque implica que en muchos casos se va a disponer de bases normativas para hacerles frente, bien que en una mayoría de los casos de forma inadecuada.

Desde el punto de vista del Derecho del Trabajo, se plantean nuevas posibilidades de lesión de los derechos legales de los trabajadores y sus organizaciones, sobre todo los relacionados con la intimidad; y una pérdida de efectividad de otros derechos tradicionales de actuación colectiva, vinculados principalmente a la comunicación entre éstas y aquéllos. Con ello la eficacia del ordenamiento laboral en el logro de sus objetivos prioritarios puede reducirse considerablemente.

Para responder a estos desafíos la respuesta del ordenamiento jurídico debe ser la actualización del conjunto de derechos que se reconocen a los trabajadores y organizaciones, adecuando los ya existentes a los nuevos condicionantes tecnológicos que puedan cuestionar su sentido y su eficacia, y diseñando aquellos otros de nueva creación que resulten necesarios para mantener los objetivos de dignidad del trabajador y de democratización de la empresa. Entre estos derechos se encuentran los que en la práctica sindical y en la doctrina científica han venido a conocerse como “derechos on-line”, expresión que empezó a generalizarse en el ámbito sindical en la segunda mitad de la década de los noventa para hacer referencia a una nueva generación de éstos, relacionados con la utilización de las nuevas tecnologías, en particular de las que utilizan el soporte de Internet.

El propio concepto de “derecho on-line” dista de estar claro, principalmente porque nos movemos todavía en un momento muy primordial de su delimitación. Desde un punto de vista tecnológico parece claro que se refiere a derechos relacionados con las TIC, en un sentido más amplio de lo que la expresión “on-line” pudiera dar a entender. Cuando se utiliza esta expresión, en efecto, se suele pensar en servicios o actividades desarrolladas a través del soporte de la red, Internet u otras, en los que se produce una transmisión de datos en soporte electromagnético. No se suele pensar que incluye, por ejemplo, a las conexiones telefónicas tradicionales, al fax, o a los teléfonos móviles, siendo todos éstos encuadrables dentro del concepto general de TIC. Hay que pensar, por ello, que la expresión “derechos on-line” es una relativamente restrictiva, pues deja fuera de ellos otros que nada tiene que ver con la conexión a la red, sino con otros aspectos de las TIC.

Desde un punto de vista subjetivo titulares de los derechos on-line son los trabajadores y sus representantes, tanto unitarios como sindicales. Técnicamente son derechos de titularidad individual y colectiva, encuadrables dentro de las distintas manifestaciones de la libertad sindical y de los derechos de representación de los trabajadores en la empresa.

Esto excluye en principio a otros sujetos de las relaciones laborales, como las asociaciones empresariales, la administración laboral, los demandantes de empleo o los beneficiarios de prestaciones del sistema de seguridad social. Ello es así porque estos derechos se plantean sobre todo frente al empresario, como titular de los medios tecnológicos sobre los que se ejercitan. Se trata, en suma, de reconocer el derecho a acceder a estos medios por parte de trabajadores y representantes de éstos, y de ordenar las condiciones de este acceso. La consecuencia es que se excluyen otros derechos de otros sujetos que, en la práctica, pueden tener un nivel de reconocimiento mucho mayor en estos momentos: por ejemplo, el derecho de los demandantes de empleo de acceder a las bases de

datos de las oficinas de colocación, la garantía de la confidencialidad de los datos que se disponen de ellos, la comunicación electrónica con las entidades gestoras de la Seguridad Social –que es hoy la regla a partir del programa R.E.D.-, la protección de sus datos personales, etc... Estos derechos estarían garantizados al día de hoy con la legislación general sobre protección de datos y la normativa administrativa correspondiente.

Como muestra de la delimitación de los derechos on-line podemos utilizar el Código de Conducta elaborado por la Union Network International (en adelante UNI), en el contexto de una campaña iniciada en 1998 a nivel mundial para apoyar su reconocimiento. Esta organización centra sus actividades en la red, por lo que su concepto de derecho on-line se ciñe a este medio de comunicación, siendo por ello relativamente estricto. Para esta organización, los derechos que deben reconocerse a los trabajadores y a sus organizaciones en el acceso a la red son los siguientes:

- el derecho para los empleados, los sindicatos y los comités de empresa de tener libre acceso a los sistemas de correo electrónico de las empresas con el fin de recibir información y comunicarse.
- el derecho de los empleados a tener el libre acceso a Internet (y a las redes intranet de las empresas) para poder acceder a las páginas web de su sindicato y a otras informaciones relacionadas con sus derechos como trabajador.
- ninguna vigilancia electrónica secreta de los mensajes de correo electrónico o páginas web visitadas por los empleados.

Como se ve los derechos on-line, en este sentido restringido o limitado, giran en torno a dos grandes principios: el derecho a la utilización de las TIC basadas en la red para la comunicación entre los trabajadores y sus representantes, de un lado; y la garantía de la privacidad en estas comunicaciones, de otro. En términos informáticos, hablamos de *access* y de *privacy*, de acceso y de intimidad; o, dicho en otras palabras, de un acceso con todas las garantías, de un acceso pleno a la red para las comunicaciones sindicales, lo que significa no sólo que éste sea permitido, sino que se dispongan de los medios técnicos necesarios para hacerlo posible –conexiones y estaciones de trabajo-, de la información suficiente –direcciones de correo, códigos de acceso-, y que ésta se realice con la suficiente protección de los datos relativos a todos los sujetos implicados. En resumen, que se haga posible la acción sindical a través de la red de la empresa, en condiciones similares a cómo ésta viene siendo desarrollado por los cauces tradicionales.

No se mencionan, por el contrario, otros posibles derechos igualmente relacionados con la red, como podría ser el derecho a disponer de un tablón de anuncios electrónico en la Intranet de la empresa, algo muy frecuente ya en muchas empresas y administraciones públicas; el derecho a obtener información sobre la utilización de la red; el derecho a participar en el diseño y gestión de la red corporativa; la gestión participada del portal de empleados de la empresa –comunicación B-to-E-, etc... Tampoco quedan claramente recogidos otros derechos vinculados a la acción sindical, como el referéndum electrónico, la telegamblea o asamblea a través de videoconferencias, las medidas de presión colectiva... aunque se podría pensar que todas ellas estarían incluidas dentro de las facilidades de comunicación a través de la red que los derechos on-line suponen.

En términos materiales estos derechos on-line no suponen necesariamente una ampliación de los derechos de los que legalmente disfrutaban ya trabajadores, representaciones unitarias y sindicatos.

Según indican líderes sindicales como José María Fidalgo<sup>11</sup>, no se trata de crear nuevos derechos, sino adecuar los existentes a la realidad actual. Todo lo más se reconoce el derecho a utilizar las infraestructuras informáticas y telemáticas de la empresa para usos representativos, distintos de los estrictamente relacionados con la producción; pero con un coste para la empresa en principio muy pequeño. En muchos casos, además, es previsible que se opere una transacción o sustitución de unos derechos de representación y acción sindical tradicionales por los nuevos, por lo que no se acumularían éstos con aquellos. Así ocurrirá, claramente, con el tablón de anuncios electrónico, que sustituirá al físico; las videoconferencias desplazarán a las asambleas presenciales; el correo electrónico, al reparto de materiales informativos.

Junto a estos derechos de acceso y privacidad la propia UNI ha manejado otros derechos que podrían igualmente incluirse en esta categoría general de derechos on-line; si bien lo ha hecho tan sólo en determinados documentos, sin incluirlos expresamente dentro de las prioridades de su campaña para su reconocimiento normativo. Así, se ha hablado del derecho a la formación en materia de tecnologías relacionadas con la red, al efecto de evitar la exclusión informática de los trabajadores; entendiendo por ésta la pérdida de condiciones profesionales y de sociabilidad que supone la incapacidad de utilizar las herramientas on-line en un contexto en el que un porcentaje cada vez mayor de las comunicaciones se produce por esta vía. La falta de conocimientos informáticos puede traer consigo un aislamiento del trabajador, su marginación en el mercado de trabajo, la pérdida de expectativas profesionales... En este contexto, el derecho de acceso a la red para los trabajadores no debe entenderse limitado a una función de comunicación sindical, sino en un sentido mucho más amplio, como mecanismo para evitar este peligro de marginación. La formación y el soporte técnico que lo hagan posible deben ser valorados desde este punto de vista.

En el momento actual del ordenamiento del trabajo español estos derechos no están garantizados<sup>12</sup>. No se trata de una valoración personal nuestra, sino que responde a una percepción generalizada entre los operadores jurídicos del sistema de relaciones laborales, y que ha sido mantenida igualmente por la totalidad de la doctrina científica que se ha ocupado de esta cuestión<sup>13</sup>. El análisis de los materiales normativos disponibles también confirma esta opinión: ni en los textos legislativos y reglamentarios que constituyen nuestro Derecho del Trabajo, ni en la negociación colectiva encontramos un tratamiento adecuado de estas cuestiones, tanto de los derechos on-line estrictamente hablando, como de otros muchos problemas planteados por las TIC en las relaciones laborales.

No olvidemos que el Derecho del Trabajo español responde a un contexto tecnológico y productivo muy diferente al que la sociedad del conocimiento nos impone. Los derechos y las garantías reconocidos a los trabajadores y a sus representantes se diseñaron de acuerdo con las necesidades y

<sup>11</sup> El Secretario general de CC.OO. se pronunció en este sentido, en el transcurso de una rueda de prensa convocada por la Asociación de Internautas, Kriptópolis y con la presencia de senadores de PSOE, PP e IU el 9 de enero de 2001.

<sup>12</sup> Un estudio de conjunto de estos problemas en M. Rodríguez-Piñero Royo, "Employment and privacy: Electronic interaction in the workplace in Spain", *Bulletin of Comparative Labour Relations*, en prensa; accesible en [www.ceveal.com](http://www.ceveal.com).

<sup>13</sup> Pueden consultarse al respecto los distintos estudios contenidos en el libro colectivo coordinado por E. Borrajo Dacruz, "Trabajo y libertades públicas", La Ley, Madrid, 2000. También B. Cardona Rubert, "Informática y contrato de trabajo", Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

los medios técnicos disponibles en un momento histórico determinado. La revolución tecnológica experimentada en los últimos años ha hecho peligrar su eficacia, y con ello se ha reducido el grado de penetración del Derecho del Trabajo, su capacidad para ordenar realmente el mercado de trabajo. En un ordenamiento constantemente preocupado por mantener sus niveles de efectividad, ante los intentos continuos de huida y de inaplicación, un fenómeno de este tipo no deja de ser preocupante.

Ni siquiera el mecanismo tradicional con el que el ordenamiento jurídico cuenta para adaptar el Derecho vigente a las nuevas circunstancias, la jurisprudencia, ha sido capaz de superar las dificultades que las TIC están planteando. Un análisis de las hasta ahora escasas sentencias emitidas sobre distintos aspectos relacionados con éstas nos lleva a una valoración negativa, ante su insuficiencia e inadecuación para resolver las distintas cuestiones planteadas de una manera aceptable<sup>14</sup>.

Así, y por poner un ejemplo, frente a las demandas de garantía de la privacidad de las comunicaciones electrónicas de los trabajadores los tribunales laborales no se han opuesto a los registros y auditorías sobre las cuentas de correo electrónico de sus empleados por las empresas<sup>15</sup>. En el caso de la sentencia del Tribunal de Justicia de Madrid de 16 de octubre de 1998 se admitió el registro del servidor proxy a través del cuál se conectaba la empresa a la red al objeto de verificar el acceso a ésta con fines privados por parte de un empleado de ésta. En otras varias sentencias los tribunales laborales españoles han admitido la procedencia de un despido del trabajador como consecuencia de un uso inadecuado de las comunicaciones electrónicas de la empresa, calificado como violación de la buena fe contractual. En estos pronunciamientos, entre los que destaca la sentencia de 14 de noviembre de 2000, el caso del Deutsche Bank, no se entra a valorar la legalidad del control por la empresa de las cuentas de correo y de internet de los trabajadores, que se da prácticamente por supuesto. Más aún, en algunos casos se llega a afirmar que estas cuentas no están en modo protegidas por algún derecho a la intimidad o a la inviolabilidad del correo para la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 5 de julio de 2000, “*no nos encontramos en presencia de una correspondencia privada entre particulares cuyo secreto debe ser preservado, sino ante una utilización indebida de medios e instrumentos de la empresa para fines ajenos a los estrictamente laborales, pudiendo la empleadora ejercer un control sobre la forma de utilizar tales medios, que son de su propiedad, así como sobre la propia actividad laboral del trabajador*”.

Tan sólo en muy contadas ocasiones los órganos del orden jurisdiccional social han sido capaces de recoger alguna limitación de las posibilidades de control de las empresas sobre los medios informáticos utilizados por sus empleados. En estos casos, sin embargo, existía un dato adicional que justificaba esta posición de los tribunales, como era la condición de afiliado al sindicato del

<sup>14</sup> Para un análisis de esta jurisprudencia, entre otros, J.I. García Ninet, “Sobre el uso y abuso del teléfono, del fax, del ordenador y del correo electrónico de la empresa para fines particulares en lugar y tiempo de trabajo. Datos para una reflexión en torno a las nuevas tecnologías”, *Tribuna Social*, n. 127, 2001, pg.5 sigts.; J. Lujan Alcaraz, “Uso y control en la empresa de los medios informáticos de comunicación”, *Aranzadi Social*, n.2, 2001, pg.11 sigts; y J.J. De Val Arnal, “El correo electrónico en el trabajo y el derecho a la intimidad del trabajador”, *Aranzadi Social*, n.17, 2000, pg.25 sigts.

<sup>15</sup> En extenso, M.A. Falguera I Baro, “Uso por el trabajador del correo electrónico de la empresa para fines extraproductivos y competencias de control del empleador?”, *Relaciones Laborales*, no.22, 2000, p.6.

trabajador afectado por esta medida; éste era el caso analizado por la sentencia del Juzgado de lo Social n.31 de Madrid de 26 de abril de 2001, en la que el juzgador entendió se producía una violación de la libertad sindical en cuanto el trabajador fue sometido a los controles con una finalidad ilícita, perjudicarlo por su actividad sindical: *“la decisión de monitorizar su puesto de trabajo vulneraría (...) su derecho a la libertad sindical (pues sería) un sacrificio totalmente desproporcionado de dicho derecho a la libertad sindical en relación con la finalidad perseguida, al someterse a una investigación excepcional sin otras razones que su afiliación y actividad sindical”*.

Tampoco la jurisprudencia ha sido unánime en su tratamiento de estas cuestiones. Así, mientras que para la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 25 de febrero de 2000 el ordenador puesto a disposición de un trabajador en su empresa puede ser equiparado a una taquilla a efectos de su protección frente al control empresarial –lo que implica que sólo se podrá registrar en ciertas condiciones, y bajo las garantías del artículo 18 del Estatuto de los Trabajadores-, para la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 5 de julio de 2000 esta equiparación no es posible, estando fuera del ámbito de aplicación del precepto y siendo admisible una auditoría informática sin las garantías que éste reconoce. A la situación de insuficiencia en las soluciones aportadas se añade la inseguridad provocada por la existencia de fallos discordantes entre las Salas de suplicación, si bien un pronunciamiento en casación para la unificación de doctrina podría dar solución a este problema.

Quizás el único caso en que los tribunales laborales españoles han sido capaces de producir un auténtico reconocimiento de derechos on-line haya sido el de la sentencia de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional de 6 de febrero de 2001, en el llamado “caso BBV”. En esta sentencia se discutía el derecho de las secciones sindicales del sindicato COMFIA a enviar mensajes de correo electrónico a través de la red de la empresa a los trabajadores conectados a ésta, en una clara muestra de comunicaciones U-to-W -”Union to worker”-. Para la Sala existe un *“derecho del Sindicato y de sus secciones sindicales a transmitir noticias de interés sindical a sus afiliados y trabajadores en general a través del correo electrónico con la mesura y normalidad...”*, afirmándose de manera clara, por primera vez en España, la existencia de un auténtico derecho on-line para las organizaciones sindicales, el derecho a acceder a las redes telemáticas propiedad de la empresa para comunicarse con sus afiliados. Derecho que no es ni absoluto ni incondicionado, sino que se somete a unas exigencias de “mesura y normalidad” que habrá que ir definiendo progresivamente. Con todo, este fallo choca con la actitud tradicional de los tribunales laborales, que de un modo consistente han limitado las posibilidades de utilización de los medios informáticos de la empresa a finalidades productivas.

A la vista de la situación podemos afirmar que nos enfrentamos a un auténtico problema de obsolescencia normativa, de inadecuación sobrevenida de nuestro Derecho como consecuencia de los cambios experimentados por la realidad social sobre la que éste opera. Esta obsolescencia de las normas laborales vigentes es un factor fundamental que explica la ausencia de un reconocimiento efectivo de los derechos on-line, al estar diseñadas pensando en otro tipo de derechos y no haber sido capaces los tribunales de hacer una interpretación evolutiva de éstas; pero no es, desde luego, el único. A ello se une un segundo factor de dificultad, la inadecuación de la normativa general sobre telecomunicaciones para regular las cuestiones relativas a las relaciones laborales. El ordena-

miento jurídico ha generado ya un paquete normativo relativamente desarrollado sobre numerosos aspectos relacionados con las TIC. Pero este “derecho electrónico” ha sido diseñado para su aplicación general, sin tomar en consideración las particularidades del mercado de trabajo y de las relaciones colectivas, para las que en muchas ocasiones resultan inadecuadas. Por citar un ejemplo, la normativa general sobre protección de datos plantea numerosas dudas cuando se confronta con cuestiones como el derecho de los sindicatos a obtener información sobre los trabajadores de la empresa; y el consentimiento que la ley exige para determinados usos de los datos personales tiene un sentido completamente distinto en el mundo del trabajo, en el que la situación de dependencia del trabajador hace que estas conformidades deban ser puestas en duda.

Por una y otra razón estamos obligados a la búsqueda de alternativas de regulación a través de los cuáles se llegue a un auténtico reconocimiento y garantía de los derechos on-line de los trabajadores.

### 3. ALTERNATIVAS DE REGULACIÓN DE LOS DERECHOS ON-LINE

Del análisis anterior se llega a una conclusión muy clara, la situación de obsolescencia normativa que se ha producido en nuestro Derecho del Trabajo como consecuencia del impacto de las TIC en las relaciones laborales. Nos encontramos, pues, ante déficits de regulación -situaciones no previstas por el legislador, auténticas lagunas legales-, y ante inadecuaciones normativas -situaciones previstas por el legislador, pero a las que se dio una solución que ha devenido inadecuada-. En uno y otro caso la solución es la misma, la elaboración de un cuadro regulador nuevo. En las páginas que siguen se evaluarán las distintas posibilidades a través de las cuáles se puede afrontar esta tarea, identificando las diferentes instancias normativas que pueden operar esta reforma.

#### 3.1. *El reconocimiento legal*

Como se ha visto, la construcción de un Derecho jurisprudencial sobre la utilización de las TIC en la empresa ha producido en España un resultado hasta hoy decepcionante. De un lado, incluso cuando se pueden destilar los principios jurídicos que conforman a la fecha de hoy un “Derecho electrónico en la empresa” éstos resultan por lo general insuficientes para construir una regulación completa de los derechos on-line. De otro, porque en muchos casos las soluciones jurisprudenciales son inadecuadas, llevando a conclusiones injustas o ineficientes; lo que no debe sorprender, toda vez que los jueces han tenido que operar aplicando un marco normativo, el del Estatuto de los Trabajadores, altamente superado. El somero análisis que se ha hecho de los casos más notorios conocidos hasta la fecha es una buena muestra de ello. A todo lo que se unen las dificultades adicionales que supone operar con decisiones judiciales como única base jurídica en sistemas continentales como el nuestro, en el que los mecanismos de creación judicial del Derecho son poco directos y eficaces. El resultado es que en el momento actual la legislación vigente es más concausa del problema que solución.

Por todo ello se ha planteado la necesidad de superar la situación actual mediante la reforma del marco normativo regulador de las relaciones laborales en la empresa, y su sustitución por uno nuevo, capaz de acoger y ordenar las nuevas realidades tecnológicas. Desde distintas instancias han partido propuestas de actuación, habiéndose generado una corriente de opinión en la nueva forma

de operar de los movimientos sociales del siglo XXI: por medio de listas de correo, páginas web, chats y otros medios tecnológicos sujetos como partidos políticos, sindicatos, asociaciones de internautas o grupos de investigación están ofreciendo propuestas en esta dirección.

Fruto de esta línea de actuación aparecen las primeras propuestas. En concreto, el Grupo Parlamentario Mixto, a iniciativa del Senador de Izquierda Unida por la Comunidad Autónoma de Les Illes Balears, Manuel Cámara Fernández, presentó el 17 de octubre de 2000 una moción para su debate en el Pleno del Senado que en su parte dispositiva indicaba lo siguiente:

*El Senado insta al Gobierno a que ponga en marcha las medidas necesarias para considerar el correo electrónico e Internet como instrumentos de comunicación e información de los trabajadores y de los sindicatos en el seno de la empresa, incluyendo el derecho al uso de estos soportes telemáticos en la labor informativa sindical en el propio Estatuto de los Trabajadores, en el que se incluyan entre otras las siguientes cuestiones:*

- 1.- El derecho de cada trabajador a un buzón personal de correo electrónico en la empresa.*
- 2.- El derecho de los sindicatos a comunicarse con los trabajadores a través de un buzón sindical de libre acceso en las empresas.*
- 3.- Libre acceso de los representantes sindicales al correo electrónico e Internet en la empresa para el desarrollo de su actividad sindical.*
- 4.- Libre acceso de los trabajadores al correo electrónico y a las páginas de Internet sindicales para obtener información laboral en la empresa.*
- 5.- Que las empresas respeten la inviolabilidad de las comunicaciones a través de Internet.*

El correspondiente debate en el Senado, gracias a la búsqueda del consenso y a la transacción con los distintos grupos parlamentarios, ha propiciado que se den los primeros pasos para que nuestro ordenamiento jurídico laboral comience a adaptarse a los vertiginosos cambios tecnológicos, aunque no en la profundidad del texto originalmente propuesto. En concreto, finalmente el 28 de noviembre de 2000 se aprobó por unanimidad el siguiente texto:

*El Senado insta al Gobierno a que en el plazo más breve posible estudie la forma de poner en marcha las medidas necesarias para considerar el correo electrónico e Internet como instrumentos de comunicación e información de los trabajadores con sus representantes sindicales y viceversa, siempre que la actividad y características generales de las empresas lo permitan, facilitando el acceso de los trabajadores y sus representantes sindicales al correo electrónico e Internet de la empresa con garantía de inviolabilidad de las comunicaciones conforme al marco legal vigente.*

Se trata de un pronunciamiento de enorme importancia política y jurídica, pero la realidad va más rápida que los cambios normativos, de manera que casi de forma coetánea se produce un significativo pronunciamiento judicial que trata de llenar el asunto en cuestión. Tras la STS de 13 de octubre de 1995 que niega el acceso al correo electrónico, y que parece establecer el principio general de que no existe la obligación empresarial de cesión de uso de estos nuevos instrumentos de comunicación, la Sentencia de la Audiencia Nacional de 6 de febrero de 2001 aunque no establece el derecho de los trabajadores de la comunicación multidireccional vía internet y correo electrónico, sí resuelve sobre el derecho del sindicato y de las secciones sindicales a remitir información y correspondencia electrónica a sus afiliados y al conjunto de los trabajadores de ese grupo financiero en cuestión.

Precisamente la ausencia de resultado concreto ha motivado la presentación el pasado mes de mayo de una nueva iniciativa mucho más concreta en el Senado, en esta ocasión en forma de Proposición de Ley, por parte del Senador Manuel Cámara que se discutirá en breve. Se trata de una propuesta de modificación del Estatuto de los Trabajadores y de la Ley Orgánica de Libertad Sindical para incluir expresamente el uso de las nuevas tecnologías dentro de las empresas y que éstas puedan ser utilizadas como instrumentos de transmisión de información entre los trabajadores y sus mecanismos de representación.

En concreto, la Proposición de Ley presentada consiste en una puntual modificación de dos artículos de nuestro ordenamiento jurídico laboral que contribuiría a cubrir el vacío legal existente y serviría de genérica regulación heterónoma, a concretar por vía autónoma en función de las particulares características de las empresas y sectores de actividad. Así, al actual artículo 81 del Real Decreto Legislativo 1/1995 de 24 de marzo, texto refundido del Estatuto de los trabajadores en el que se reconoce el derecho de los órganos de representación unitaria a disponer de un local y tablón de anuncios, se añade que *“asimismo cuando en las empresas estén suficientemente implantadas las Nuevas Tecnologías de la Información, se les facilitará un lugar en la intranet de la empresa y los medios técnicos necesarios para garantizar la comunicación electrónica entre trabajadores y representación legal”*.

Igualmente, la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto de Libertad Sindical también sería objeto de modificación. El actual artículo 8.1 c) señala que *“los trabajadores afiliados a un sindicato podrán, en el ámbito de la empresa o centro de trabajo recibir la información que le remita su sindicato”*. En este sentido, nunca ha parecido cuestionarse tal derecho concretado en la recepción de información en formato de papel, sin embargo, algo tan básico no parece verse con la misma obviedad si se introduce el elemento de las nuevas tecnologías. Y esa es la dirección de la propuesta de modificación, que además incluye la novedad de que no sólo sea un derecho de recepción, sino también de emisión de información. El artículo quedaría redactado de forma que los trabajadores afiliados podrán *“recibir y transmitir la información que le remita su sindicato o el trabajador le envíe al sindicato a través de todos los medios de comunicación existentes en cada momento. En aquellas empresas cuyo desarrollo tecnológico lo permita, para garantizar que los trabajadores que no dispongan de buzón personal de correo electrónico tengan acceso a la información sindical a través de la red, se habilitarán en los lugares comunes los medios técnicos necesarios para posibilitar su acceso”*.

Finalmente, la Proposición de Ley pretende una nueva redacción del artículo 8.2a) de la Ley Orgánica de Libertad Sindical relativo al derecho a un tablón de anuncios por parte de las Secciones Sindicales: *“Con la finalidad de facilitar la difusión de aquellos avisos que puedan interesar a los afiliados al sindicato y a los trabajadores en general, el sindicato y sus secciones sindicales tendrán derecho a dirigirse a los mismos, en sus respectivos puestos de trabajo, por medio de correo electrónico (E-mail), la empresa pondrá igualmente a su disposición un tablón de anuncios que deberá situarse en el centro de trabajo y en lugar donde se garantice un adecuado acceso al mismo de los trabajadores. En aquellas empresas cuya actividad lo permita se facilitará un lugar en la intranet de la empresa, un buzón sindical de libre acceso en la empresa y los medios electrónicos necesarios para garantizar la libre comunicación electrónica”*.

En conclusión, hay que reconocer la complejidad a la hora de aplicar las leyes positivas en este nuevo mundo de la Sociedad de la Información, pero resulta lógico que exista una norma mínima

que evite el vacío legal y posibles situaciones de discriminación en el uso de las nuevas tecnologías. Sin duda, más tarde o más temprano se regulará histórico paso del tablón de anuncios al correo electrónico e internet. El ciberespacio debe ser, y sin duda será, un territorio para las relaciones laborales.

El enorme interés de esta propuesta, y lo conveniente de su aprobación, no debe sin embargo llevarnos al error de pensar que una reforma legal es la única o incluso la mejor solución para los problemas de regulación identificados. En general, en el mercado de trabajo la ley raramente es una alternativa en sí misma, si no viene acompañada de otro tipo de medidas, sobre todo en el ámbito de la negociación colectiva. Lo cierto es que la solución legislativa tiene sus limitaciones, frente a cuestiones como las planteadas por las TIC en el ámbito de las relaciones de trabajo. La primera es su propio ritmo de elaboración e implementación, que puede resultar inadecuado cuando nos enfrentamos a una cuestión tan cambiante como la de las nuevas tecnologías. Sabido es que la ley suele ir por detrás de los cambios sociales, y el Derecho del Trabajo no es una excepción, incluso cuando es una rama del Derecho que presenta un ritmo de reformas y adaptaciones sin precedentes. La segunda es el carácter general y omnicompreensivo de la ley, su principal virtud pero a la vez su principal limitación cuando se trata de ordenar una realidad tan compleja y variada como la del mercado de trabajo. La norma legal, en efecto, tiene problemas para ser eficaz y adecuada en todas las situaciones, para todas las empresas y cada uno de sus puestos de trabajo, si no viene acompañada de mecanismos adicionales de adaptación y adecuación. A lo que se une el dato, fundamental en nuestro sistema jurídico, de que en muchos casos las cuestiones relacionadas con la aplicación de las TIC en las relaciones laborales determinan auténticas condiciones de trabajo, que desde hace tiempo han dejado de ser objeto de regulación en normas estatales para pasar a ser competencia de otras instancias reguladoras.

El panorama comparado nos demuestra, con todo, que la reforma legal es una opción manejada en otros sistemas nacionales, en los que se trabaja ya con textos normativos que adecuen la regulación de las relaciones laborales en la empresa, afrontando los principales problemas que ésta plantea. Entre éstos debemos destacar la ley recientemente aprobada en Finlandia para regular la utilización de las TIC en la empresa, en lo que será sin duda un ejemplo a seguir en otros países.

### *3.2. El reconocimiento convencional*

Una fuente de regulación alternativa a la legal que puede plantearse como instrumento para el reconocimiento de los derechos on-line es la negociación colectiva, mecanismo de ordenación por excelencia de las relaciones laborales, específica y exclusiva de este ámbito de la vida social. El papel de la negociación colectiva en la ordenación de estas cuestiones se explica por sí mismo, en tanto en cuanto, como antes se dijo, muchas de las cuestiones a tratar son en sí mismas condiciones de trabajo, materia de regulación convencional en los sistemas democráticos de relaciones laborales. Por otra parte, la negociación colectiva disfruta de unas características de adaptabilidad y evolución continua que la hacen un mecanismo regulador más eficiente, en algunos casos, que la propia intervención del legislador.

A estas ventajas de la norma paccionada se une la actitud de las organizaciones sindicales ante las posibilidades de las TIC. Es del todo evidente que ante la Sociedad de la Información y el Co-

nocimiento la respuesta de los trabajadores no podría ser como aquella actitud visceral de destrucción de las máquinas que se planteó en los primeros momentos de la industrialización y orígenes del movimiento obrero. La reivindicación del sindicalismo actual, en el tema que nos ocupa, pasa por la democratización de las nuevas tecnologías; que éstas no se enfoquen exclusivamente a cubrir con los fines de producción, comerciales y empresariales. El posicionamiento sindical parece comenzar a ser positivo e incluso valiente ante los cambios que propician las nuevas tecnologías, porque la red se puede convertir en un importante instrumento de acción sindical; en una magnífica plataforma para el intercambio de opiniones entre los empleados y sus representantes<sup>16</sup>. De esta manera, de una lectura negativa o defensiva de las TIC se pasa a una activa y positiva, en la que éstas se perciben no sólo como una fuente de potenciales lesiones a los derechos de los trabajadores o de sus propias organizaciones, sino como instrumentos para mejorar y fortalecer la actuación de las organizaciones sindicales en la defensa de éstos. El convenio colectivo se convierte, así, en un vehículo para la puesta en práctica de estos nuevos usos de las tecnologías de última generación.

De toda la experiencia española hasta la fecha merece una atención particular el reciente Convenio Colectivo 2001-2002 de la empresa Telefónica, que sin duda ha supuesto un hito en el tratamiento colectivo de los derechos on-line en nuestro país. La identidad de la empresa no es en este caso baladí, siendo por el contrario muy significativo que sea la compañía de telecomunicaciones más importante de nuestro país, que hace un uso extensivo de las TIC en toda su organización. Siendo una de las empresas en las que más problemas pueden plantear estas tecnologías, es lógico que el tratamiento de éstos sea una prioridad en el proceso de negociación de su convenio colectivo. De hecho, la experiencia comparada demuestra que son siempre las empresas de alta tecnología las que se encuentran en la vanguardia del tratamiento colectivo de estas cuestiones, desde el teletrabajo a la utilización de los instrumentos tecnológicos de la empresa por sus empleados.

Desde un punto de vista estratégico, la firma del convenio de Telefónica es una muestra de una técnica de negociación conocida como *pattern-bargaining*, en la que las organizaciones sindicales concentran sus esfuerzos en un único ámbito de negociación, una empresa elegida como objetivo, con la idea de que el convenio que se firme con ella sirva como modelo para la negociación posterior en otras unidades de negociación. Es ésta una estrategia negocial muy frecuente en los sistemas anglosajones, y supone una gran economía de medios, ya que sustituye la puesta en práctica de amplias campañas de negociación para generalizar determinados contenidos en los convenios. Según Santos Nuñez, del sindicato del transporte de CC.O.O., “hay que reseñar el valor añadido de que el primer acuerdo de estas características se produzca en una de las principales multinacionales españolas (existen posibilidades de extensión del acuerdo al Grupo de empresas), y en el mismo centro de la Sociedad de la Información. Si hace algunos años nos fijábamos en la negociación colectiva en empresas como RENFE como referente sindical, el acuerdo de derechos sindicales en red contenido en el Convenio Colectivo 2001-2002 de Telefónica, sin duda es hoy el referente principal en la

<sup>16</sup> En este sentido, desde un foro específico como Kriptópolis se habla -quizás con cierta exageración y optimismo- de Internet como “un elemento revolucionario de primer orden” y que “ha llegado el momento de convertir Internet en una asamblea virtual permanente, de utilizar las máquinas de los centros de trabajo como instrumento de cambio social”. Sánchez Almeida, C.: “Romper las bridas” <http://www.kriptopolis.com/csa/20010219.html>. 19 de febrero 2001.

lucha por la adaptación de los derechos sindicales fundamentales de los trabajadores a las condiciones del siglo XXI”.

Las organizaciones sindicales firmantes del convenio han señalado varias ventajas de este acuerdo. En primer lugar, se dificulta la imposición unilateral por parte de las empresas de “códigos de conducta” de utilización de los medios electrónicos. En segundo lugar, se abre una vía alternativa a la pelea de los derechos en red en el ámbito jurisdiccional<sup>17</sup>. En tercer lugar, se soluciona el vacío legislativo actual, ya que se reconocen derechos no contemplados en la versión actual del Estatuto de los Trabajadores.

El convenio dedica a las cuestiones relacionadas con las TIC dos cláusulas, la 12 y la 13. Esta última se dedica de forma monográfica al teletrabajo, conteniendo una regulación detallada e innovadora de esta figura; aún siendo una cuestión del mayor interés nos centraremos en el análisis de la cláusula 12, que lleva por denominación la de “utilización del correo electrónico e Internet”, por ser la que más directamente se refiere al objeto de este estudio. Antes de entrar en el estudio de sus contenidos concretos podemos identificar los aspectos más destacables de esta disposición, que podemos sintetizar en los siguientes:

- 1.- Asegura el derecho a utilizar el correo electrónico para la comunicación entre trabajadores, sindicatos y comités de empresa.
- 2.- Asegura el derecho a utilizar Internet e Intranet por los trabajadores para acceder a sitios web de carácter sindical.
- 3.- Asegura que los trabajadores no son vigilados electrónicamente ni monitorizados por la empresa sin tutela sindical.

El punto de partida en el tratamiento de estas cuestiones es ciertamente muy expresivo de la postura de las partes al respecto: “ambas partes son conscientes de la creciente importancia que están adquiriendo las nuevas tecnologías en todos los procesos de comunicación (correo electrónico, utilización de Internet, etc.), tanto profesional como personal, de forma que gradualmente se está produciendo una sustitución paulatina de los medios de comunicación tradicionales por éstos. Dado que esta nueva situación puede producir efectos no deseados, por la posible utilización no adecuada de los mismos, ambas partes consideran conveniente fijar las reglas que deben regir la utilización de las herramientas y medios técnicos puestos a disposición de los trabajadores por el empresario”.

Esta regulación parte de dos premisas fundamentales, explicitadas en el propio articulado del convenio, que expresan las prioridades de las dos partes, y que ponen de manifiesto también el equilibrio de intereses al que éste llega: “en primer lugar, el legítimo derecho del empresario de controlar el uso adecuado de las herramientas y medios técnicos que pone a disposición del trabajador para realizar su actividad y, por otra parte, debe salvaguardarse el derecho a la intimidad del

<sup>17</sup> Según CC.OO., el convenio supera las limitaciones de las construcciones jurisprudenciales sobre derechos on-line: “por poner un ejemplo, la sentencia del BBVA, siendo globalmente positiva, presenta serias limitaciones al ejercicio pleno del derecho comentado. Este recurso puede servir cuando todas las puertas se cierran, pero en CC.OO. siempre hemos confiado poco en que los tribunales nos den lo que no conseguimos en la Negociación Colectiva”.

mismo”. En desarrollo de estas dos premisas la cláusula 12 procede a ordenar las cuestiones relativas a la utilización de las TIC estableciendo una serie de “facilidades y normas de funcionamiento” que siguen dos grandes líneas: de un lado, se regulan las posibilidades de actuación de la Empresa en relación con los medios tecnológicos utilizados en la misma; de otro, se establecen las reglas a las que el trabajador y sus representantes deben someterse cuando utilicen estos medios técnicos.

El convenio contiene una afirmación ciertamente expresiva, que supone un auténtico punto de partida para la regulación de esta cuestión: que estos medios técnicos son puestos a disposición de los trabajadores por la empresa “para la realización de su prestación laboral”, mientras que para sus representantes lo son para desarrollar “funciones de representación “. En este sentido la empresa se compromete a que, durante la vigencia del Convenio Colectivo, se dotará de acceso a Internet a todos los trabajadores que dispongan de un puesto de trabajo con conexión a la Red Corporativa. A su vez, dichos trabajadores dispondrán, siempre que lo soliciten, de una dirección propia de correo corporativo. En aquellos Centros de trabajo o puestos determinados que no dispongan de conexión al correo electrónico y a Internet, se buscarán las posibles soluciones que permitan que se les dotes de los puntos de conexión colectivos necesarios, que permitan el acceso a Internet y al correo electrónico a los trabajadores allí acoplados. La apuesta por las TIC es evidente, y de lo que se trata es de integrar éstas en todos los aspectos de la empresa, y no exclusivamente los productivos; de esta manera, en una empresa de alta tecnología la producción, pero también las comunicaciones internas, las relaciones laborales, la formación..., se beneficiarán de las posibilidades que ofrecen las nuevas tecnologías. En la terminología TIC habrá comunicación BtoB –” business to business” -, BtoC –” business to client” -, pero también BtoE -” business to employee” -, en incluso UtoW –” Union to worker” -.

Uno de los aspectos más interesantes de la cláusula 12 es el apartado que ésta dedica a la “utilización del correo electrónico e Internet por los empleados”, donde se regula uno de los aspectos más problemáticos de las TIC en las empresas del siglo XXI. Esta regulación se basa en dos premisas fundamentales: de un lado, “los empleados podrán utilizar el correo electrónico, la dirección e-mail, la Red Corporativa e Internet con libertad y en el sentido más amplio posible, para el desempeño de las actividades de su puesto de trabajo”, con la salvaguardia de que “siempre que precisen realizar un uso de estos medios que exceda el habitual, envíos masivos o de especial complejidad, utilizarán los cauces adecuados, de acuerdo con su jefe inmediato, para no causar daños en el desarrollo normal de las comunicaciones y en el funcionamiento de la Red Corporativa”. De otro, “con carácter general, los empleados de Telefónica de España, S.A.U. no podrán utilizar el correo electrónico, la Red Corporativa, ni Internet para fines particulares”.

El convenio afronta en este punto un tema esencial, la utilización de las TIC con fines privados por los trabajadores, y lo hace con suma claridad y franqueza, sin dejar aparentemente dudas sobre los límites de este uso. Éste se circunscribe a los fines profesionales, relacionados con las actividades de la empresa, excluyendo todo uso personal o privado. Esta prohibición general es desarrollada por el convenio, que delimita los usos considerados inadecuados de los medios de comunicación de la empresa: “en este sentido, bajo ningún concepto podrán los empleados utilizar estos medios para realizar envíos masivos de mensajes, enviar mensajes con anexos de gran tamaño (capacidad),

ni realizar cualquier tipo de envío sin relación alguna con el desempeño profesional, que interfiera las comunicaciones del resto de empleados o perturbe el normal funcionamiento de la Red Corporativa. Igualmente, no está permitido el envío de cadenas de mensajes electrónicos, la falsificación de mensajes de correo electrónico, el envío de mensajes o imágenes de material ofensivo, inapropiado o con contenidos discriminatorios por razones de género, edad, sexo, discapacidad, etc., aquellos que promuevan el acoso sexual, así como la utilización de la red para juegos de azar, sorteos, subastas, descarga de vídeo, audio u otros materiales no relacionados con la actividad profesional”.

El convenio detalla igualmente las consecuencias de un uso indebido de los medios de comunicación de la empresa por sus trabajadores: “el incumplimiento de estas normas determinará la utilización por la empresa de las restricciones que considere oportuno en la utilización de estos medios y la aplicación del régimen disciplinario, en su caso”.

Esta explicitación de los usos inadecuados de los medios de comunicación de la empresa puede tener más consecuencias de las que a primera vista parece. Si se parte de que sólo los usos profesionales están permitidos, esta previsión parece superflua, pues basta con el carácter privado de la comunicación para hacerla ilícita. La única explicación plausible sería que se trata de un listado de prácticas con un carácter *ad exemplum*, identificando algunas de las muchas posibilidades de uso indebido. Sin embargo, y teniendo en cuenta que el convenio parte de que “los empleados podrán utilizar el correo electrónico, la dirección e-mail, la Red Corporativa e Internet con libertad y en el sentido más amplio posible”, podría pensarse que no se prohíbe todo uso privado, sino tan sólo aquéllos que adopten algunas de las formas expresamente vetadas. Con ello se abriría un cierto espacio para un uso privado, más o menos tolerado, de los canales de comunicación en la empresa; una comunicación privada, que no se pudiera encuadrar en alguna de estas modalidades expresamente prohibidas, y que no supusiera perjuicio alguno para la empresa, estaría formalmente condenada, pero no sería perseguida por ésta.

Incluso si no se acepta esta interpretación la enumeración de prácticas expresamente prohibidas tiene una utilidad muy significativa para el desarrollo de la relación de trabajo, pues permite modular las sanciones en caso de incumplimiento. Uno de los problemas que plantea la jurisprudencia española relativa al uso indebido del correo electrónico e Internet es precisamente la inadecuación de la solución que ofrece el Derecho tradicional, el despido por transgresión de la buena fé contractual. En Telefónica, y dado que el convenio distingue unas prácticas prohibidas especialmente odiosas o perniciosas, se puede restringir esta sanción extrema a las prácticas ejemplificadas, y aplicar otras más ligeras o livianas a los meros usos particulares de los medios informáticos de la empresa.

Igualmente interesantes resultan las garantías que se reconocen para los trabajadores en caso de que la empresa se plantee actuar contra éstos por esta causa: “cuando existan indicios de uso ilícito o abusivo por parte de un empleado, la empresa realizará las comprobaciones oportunas y, si fuera preciso, realizará una auditoría en el ordenador del empleado o en los sistemas que ofrecen el servicio, que se efectuará en horario laboral y en presencia de algún representante de los trabajadores o de la organización sindical que proceda, en caso de afiliación, si el empleado lo desea, con respeto a

la dignidad e intimidad del empleado”. Se reconoce así el derecho de la empresa de efectuar registros en el ordenador del trabajador, sin que éste pueda ser considerado como protegido por el secreto de las comunicaciones u otra garantía de privacidad; pero también se reconocen expresamente garantías de carácter procedimental, mediante la presencia de representantes colectivos del trabajador. Esta regulación está claramente inspirada en la que el artículo 18 del Estatuto de los Trabajadores hace de los registros en la persona o enseres del trabajador, lo que es muy significativo. Es posible que esta presencia de representantes sea la medida más razonable, o incluso la única factible en estos casos. Ahora bien, pone de manifiesto cómo el ordenador y las cuentas del trabajador tienen un estatus muy especial, a pesar de ser propiedad de la empresa y estar determinados a un uso profesional. En los términos en los que aparecen regulados, se les trata más como si fueran una especie de taquilla del trabajador, propiedad de la empresa pero destinado a un uso privado y exclusivo del empleado, que como un instrumento de trabajo. El matiz es importante, y puede tener importantes implicaciones en el futuro.

Una segunda sección de esta cláusula 12 del Convenio Colectivo de Telefónica 2000-2001 se dedica a la “utilización del correo electrónico por la representación unitaria de los trabajadores y por los sindicatos”. En ella se reconoce un canal, dentro del portal del empleado -que se ofrece dentro de la intranet de la empresa-, denominado “Tablón Sindical”, 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. Los empleados pueden acceder al mismo desde los ordenadores que tienen en su puesto de trabajo.

El convenio reconoce igualmente la posibilidad de utilizar los medios de la empresa para realizar 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 os reciban esta comunicación. (...) A su vez, durante la vigencia del presente Convenio, la Empresa dotará de los mecanismos necesarios para que los sindicatos estatales más representativos puedan dirigir correos a sus afiliados de forma global”. Por el contrario, “no se podrá realizar el envío de comunicaciones masivas desde Internet a las direcciones de correo internet asignadas por la Empresa a sus trabajadores”, al objeto de “no causar daños en el desarrollo normal de las comunicaciones y en el funcionamiento de la Red Corporativa y Servicios”. Con estos mecanismos, se dice, quedan recogidos “los cauces necesarios que favorecen la comunicación y acción sindical”; como contraprestación, “deben disminuir los comunicados por medios tradicionales (fotocopias, fax, etc.), en la misma proporción que tenga difusión dicho servicio”.

La última sección de la cláusula 12 se dedica a la “dotación y uso del correo electrónico por parte de las secciones sindicales”. En ella se parte de la disponibilidad de estos medios, a cargo de la empresa: “la Empresa facilitará acceso al correo electrónico y a Internet a los sindicatos que tengan la consideración de más representativos a nivel estatal. También dotará de una dirección de correo electrónico a las secciones sindicales provinciales de dichos sindicatos, si éstos están representados en el Comité de Empresa Provincial correspondiente, procurando, si fuera necesario y en la medida de lo posible, la adecuación de los medios informáticos de que disponen”. Esta dotación queda

sometida a cautelas, ya que se reconoce expresamente que “la utilización indebida de estas direcciones, el envío masivo de correo de forma injustificada así como la cesión del uso de esta dirección a otra organización no autorizada, determinará la pérdida de esta facilidad tan pronto la Empresa tenga constancia de ello, y en su caso, la aplicación del régimen disciplinario”.

La regulación que el convenio de Telefónica hace de los derechos on-line, y del uso de las TIC en general, es ciertamente detallada, y en la mayor parte de los casos acertada. Quizás su mayor acierto sea precisamente el de haber incluido estos temas dentro de la norma pactada reguladora de las relaciones laborales en la empresa, lo que demuestra no sólo su importancia, sino también que se trata de cuestiones que han de ser negociadas, por afectar a derechos fundamentales de los trabajadores y sus organizaciones; se negocia, así, sobre la tecnología, sobre su uso y sus implicaciones, y se abandonan visiones simplistas que dejan las cuestiones técnicas y productivas dentro del ámbito de decisión exclusiva de la empresa.

El convenio de Telefónica está en este sentido muy por delante de lo que se está haciendo en la negociación colectiva en nuestro país. En realidad, son muy pocos los convenios que hasta la fecha se han ocupado de estas cuestiones, aunque de ello no debe derivarse necesariamente una falta de tratamiento de estas cuestiones, que en muchos casos son reguladas en pactos de empresa o directamente mediante acuerdos con los representantes de los trabajadores. Incluso la cuestión del teletrabajo, que en toda Europa ha calado ya de forma general en la negociación colectiva, está en España tratado en un número reducidísimo de convenios colectivos<sup>18</sup>; lo que puede explicarse tan sólo en parte por el escaso desarrollo de esta actividad en nuestro país<sup>19</sup>. La única conclusión a la que puede llegarse es el retraso con el que las cuestiones relacionadas con las TIC y los derechos on-line están llegando a la práctica de nuestra negociación colectiva. Retraso que expresa, lógicamente, un cierto desinterés, o al menos que estos temas no se encuentran entre las prioridades en los procesos de negociación. Aún así, se detecta ya una voluntad de las organizaciones sindicales de afrontar estas cuestiones en los convenios, incluyéndolas en las plataformas de negociación. Como muestra de ello podemos citar el “Guión para la negociación sobre la regulación del correo electrónico e Internet en las empresas”, elaborado por la confederación sindical Comisiones Obreras, y puesta a disposición de sus afiliados y organizaciones para su actuación en los procesos de negociación de convenios.

Este guión señala unos puntos que deben ser tenidos en cuenta a la hora de negociar estas cuestiones:

- El correo electrónico es un medio de comunicación protegido por el derecho al secreto en las telecomunicaciones que se recoge en el artículo 18.3 de la Constitución Española.

<sup>18</sup> Cifr. M. Rodríguez-Piñero Royo (coord.), “*Nuevas actividades y sectores emergentes: el papel de la negociación colectiva*”, Servicio de Publicaciones del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2001, pg.223 sigts.

<sup>19</sup> En detalle sobre esta cuestión el reciente trabajo de F.J.Martínez López, P. Luna Huertas y J.C.Roca Pulido “*El Teletrabajo en España: análisis comparativo con la Unión Europea*” *Relaciones Laborales*, nº 18, 2001 p. 69 y siguientes.

- En el bien entendido que el contenido de los mensajes personales enviados o recibidos por el correo electrónico está protegido por las leyes que amparan el secreto de las comunicaciones, la empresa se abstendrá de acceder a los mismos.

- Cualquier interceptación del mismo sólo podrá hacerse a través del cauce previsto en la Constitución Española. En caso de que existan indicios de abuso o fraude de ley en las comunicaciones por parte del trabajador, no podrá ejercerse control sin la presencia de los representantes sindicales, como establece el artículo 18 del Estatuto de los Trabajadores.

- La interceptación, grabación o reproducción del contenido de los mensajes considerados personales tendrá el trato previsto en el artículo 197 del Código Penal.

- El libre acceso del sindicato a la comunicación por correo electrónico en el seno de la empresa.

- Una página web del sindicato en la intranet de la empresa.

- Financiación de los costes de la utilización de los medios informáticos, renovación periódica y formación de los representantes sindicales en temas informáticos.

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

- Cifrado voluntario de las comunicaciones personales.

- La empresa habilitará en los locales sindicales, áreas de descanso y espacios de reunión, los medios informáticos de comunicación para las personas que, por la naturaleza de su puesto de trabajo, carezcan de una vinculación directa con el medio tecnológico de comunicación, para su uso en periodos de descanso o fuera de horas de trabajo.

- Dentro del respeto a la buena fe contractual que rige las relaciones laborales, el trabajador podrá hacer uso del correo electrónico, para sus comunicaciones con sindicatos y administraciones públicas por cuestiones personales y profesionales, así como con terceros ante necesidades personales.

- El derecho de los empleados a enviar y recibir correos electrónicos estará sujeto a las siguientes condiciones:

\* El correo electrónico enviado debe ser legal y no incluir afirmaciones difamatorias o libelos.

\* El correo electrónico no será usado como medio de acoso sexual a otros miembros de la plantilla. Así mismo no debe ser usado para enviar comentarios ofensivos basados en el género, edad, sexualidad, raza, discapacidad o apariencia de los individuos.

\* Si es requerido por el empresario, el correo electrónico personal enviado tanto externa como internamente incluirá una cláusula de responsabilidad al efecto de que lo expresado en el mensaje es responsabilidad exclusiva del autor y no necesariamente refleja los puntos de vista de la empresa.

\* Los empleados tienen derecho a acceder a sitios Internet/Intranet gestionados por sus sindicatos y a otros sitios en los que se tratan asuntos relacionados con el empleo, la salud y seguridad, igualdad de oportunidades y otros asuntos relevantes para sus derechos

en el trabajo. Los empleados tienen derecho a participar en grupos de noticias de Internet (Como los grupos de noticias de Usenet) relacionados con los citados asuntos.

\* No se permite el acceso deliberado a sitios web con contenido pornográfico, o aquellos que promuevan el racismo o la intolerancia.

\* El empresario se compromete a no efectuar una vigilancia rutinaria de los sitios web visitados por los empleados, y sólo lo hará si existe un motivo razonable para pensar que el empleado ha cometido un delito o una falta disciplinaria grave. En este caso la comprobación de los sitios visitados o de la actividad anteriormente realizada en Internet sólo será emprendida en presencia de un representante sindical o un representante escogido por el empleado.

\* La recepción de correos electrónicos por parte del trabajador no será observada como hecho sancionatorio, salvo aquellos casos en que pueda suponer mala fe contractual o abuso de derecho.

\* El conjunto de los nuevos derechos sindicales debe extenderse a los trabajadores y trabajadoras de las empresas que por subcontratas y otros supuestos desarrollen su actividad en los locales de la empresa.

RESUMEN: El tránsito a la sociedad del conocimiento está teniendo un gran impacto en las relaciones laborales. En particular, ha generado nuevas demandas de protección jurídica de los trabajadores y sus organizaciones, que el Derecho del Trabajo tradicional no está en condiciones de afrontar. En este contexto se ha generado el concepto de “derechos on-line”, que engloba diversas facultades y garantías relativas a las comunicaciones a través de la red. En este trabajo se analizan las distintas vías a través de las cuales se están planteando en nuestro país la regulación de estos derechos, incluyendo la actividad de los tribunales de justicia, la reforma del marco legal y la negociación colectiva.

ABSTRAC: Transition to an information society has a great impact on industrial relations. It has created new demands for legal protection for employees and unions, demands to which traditional labour law cannot give a valid answer. In this context the idea of “on-line rights” has been developed, including a number of rights related to the access to the net. In this paper a number of alternatives for the recognition of these rights are analysed, including the role of the labour courts, legislative reforms and collective bargaining.

