

Juan Manuel RUZ LOBO

*EL IMPACTO DE LAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y
COMUNICACIÓN (TIC) EN LAS RELACIONES LABORALES:
INTERACTUACIÓN Y CONFLICTO*

Tesis doctoral

dirigida por

Juan Pablo MALDONADO MONTOYA

Universitat Abat Oliba CEU

FACULTAT DE CIÈNCIES SOCIALS

Programa de doctorado en Humanidades y Ciencias Sociales

Departamento de Derecho y Ciencia Política.

2017

Empezar es ya más de la mitad del todo

ARISTÓTELES

Resumen

Normativa común de la Universitat Abat Oliba CEU para la presentación de tesis doctorales, elaborada desde su Departamento de Humanidades, contando con las aportaciones de diferentes profesores y ajustándose al modelo definido por el CEU para todos los trabajos académicos.

Resum

Normativa comuna de la Universitat Abat Oliba CEU per a la presentació de tesis doctorals, elaborada des del seu Departament d'Humanitats, comptant amb les aportacions de diferents professors i ajustant-se al model definit pel CEU per a tots els treballs acadèmics.

Abstract

Universitat Abat Oliba CEU General Guidelines for the presentation of the doctoral thesis, issued by the Department of Humanities, based on the contribution from various lecturers and observing the model defined by CEU regarding all academic essays.

Palabras claves / Keywords

Normativa - Tesis - Investigación - Informe - Universitat Abat Oliba CEU
--

Sumario

CAPITULO I: INTRODUCCIÓN	11
1.- Propuesta investigadora para un entorno mixto de cooperación y conflicto.....	14
1.1.- Las relaciones laborales como entorno negociador y conflictivo.....	18
1.2.- Lo laboral como marco comunicativo tecnológicamente afectado.....	31
2.- Desarrollo metodológico de la propuesta investigadora.....	32
2.1.- Aplicación de la metodología propuesta al campo de estudio.....	33
2.2.- Metodología empírica sobre TIC en el ámbito laboral.....	44
3.- Tecnologías de comunicación en los procesos entre partes sociales	49
3.1.- Poder público, tutela normativa laboral y factor tecnológico.....	50
3.2.- Lo tecnológico, negociación y ejercicio de derechos colectivos.....	55
4.- Resumen por capítulos de la tesis doctoral.....	63
CAPÍTULO II: TIC y relaciones laborales, tratamiento normativo básico.....	67
1.- TIC y relaciones entre las partes sociales	67
2.- Distinción entre internet e intranet y sus consecuencias para lo laboral	76
3.- Visión introductoria acerca de la cuestión en España.....	79
3.1.- Normales legales; su insuficiencia con relación a los retos planteados... 79	
3.2.- Aportaciones de la jurisprudencia española; una valoración inicial.....	81
CAPITULO III: TIC Y EJERCICIO DE DERECHOS LABORALES, COMPONENTES Y LIMITACIONES.....	109
1.- Secreto, publicidad y tecnología, elementos en tensión	110
1.1.- El deber de confidencialidad de los trabajadores y sus representantes... 111	
1.2.- Datos de naturaleza sindical y Ley Orgánica de Protección de Datos.....	119
1.3.- Vigilancia electrónica ejercida sobre la actividad de los trabajadores.....	128
2.- Uso sindical de los medios informáticos propiedad de la empresa.....	139
2.1.- El correo electrónico: libertad sindical, y control empresarial.....	140
2.2.- La distribución de la información: el tablón de anuncios virtual.....	152
3.- Incidencia tecnológica en la conflictividad laboral y el derecho de huelga	161
3.1.- Derecho a la huelga y tecnologías de grabación de imagen y sonido... 162	
3.2.- TIC y derecho de huelga... 163	
CAPÍTULO IV: TIC Y CAMBIOS ESPACIOTEMPORALES EN LA RELACIÓN LABORAL; EL TELETRABAJO.....	169
1.- Delimitación de la figura del teletrabajo y sus elementos constitutivos	169

2.- Tipologías de teletrabajo.....	176
3.- Ventajas e inconvenientes del teletrabajo	182
4.- Encuadramiento jurídico del teletrabajo desde las TIC	186
4.1.- Carácter personal.....	187
4.2.- Voluntariedad.....	188
4.3.- Ajenidad.....	189
4.4.-Subordinación.....	192
4.5.-Remuneración.....	194
5.- Tratamiento normativo del teletrabajo en España; perspectivas de futuro.....	197
6.- El teletrabajador ante el ejercicio de sus derechos laborales	203
CAPÍTULO V: ASPECTOS DE AUTONOMÍA COLECTIVA	211
1.- Sucinta remisión a los códigos de conducta unilaterales.....	218
2.- Convenios colectivos más destacados en el uso de las TIC	221
2.1.- Sector tecnológico y audiovisual.....	230
2.2.- Sector bancario y financiero.....	234
2.3.- Sector servicios.....	237
3.- Valoración de los convenios colectivos analizados.....	238
CAPÍTULO VI: TIC Y RELACIONES LABORALES EN EL MARCO EUROPEO	245
1.- Iniciativas unilaterales adoptadas por Estados miembros	248
2.- Introducción de conjunto al marco normativo europeo aplicable	252
3.- Iniciativas laborales específicas de la Unión Europea en materia de TIC	269
3.1.- La red EURES.....	273
3.2.- El Acuerdo Marco Europeo sobre el Teletrabajo.....	275
4.- TIC y normativa social de la Unión Europea	285
4.1.- Incidencia de las TIC en las Directivas sobre condiciones de trabajo...286	
4.2.- TIC y Directivas específicas sobre procesos de información y comunicación entre agentes sociales	297
5.- Normativa europea sobre libre uso de las TIC y sus limitaciones; protección de datos personales	306
5.1.- Las TIC en los derechos fundamentales reconocidos a nivel de la Unión Europea...309	
5.2.- TIC y régimen jurídico de la protección de datos en la Unión Europea...315	
5.2.1.- Antecedentes, marco normativo general y ámbito de aplicación de la normativa europea	316
5.2.2.- Derecho nacional aplicable y cuestiones de territorialidad.....	327

5.2.3.- Calidad, finalidad y condiciones del tratamiento de datos	328
5.2.4.- Prescripciones impuestas a los responsables del tratamiento de datos.....	332
5.2.5.- Régimen para el tratamiento de datos, en especial para aquellos particularmente sensibles	333
5.2.6.- Cuestiones relativas a la libertad de expresión.....	340
5.2.7.- Derechos reconocidos a los titulares de los datos	342
5.2.7.1.- Derecho a la información.....	342
5.2.7.2.- Derechos de acceso, oposición, portabilidad, rectificación y cancelación.....	344
5.2.7.3.- Derechos de confidencialidad y seguridad.....	347
5.2.7.4.- Notificación, control y publicidad de los datos tratados	350
5.2.8.- Otras cuestiones que interesan a la protección de datos.....	352
6.- Jurisprudencia europea sobre TIC y relaciones laborales	354
6.1.- Jurisprudencia sobre empleo de las TIC y difusión de condiciones de trabajo...	364
6.2.- Jurisprudencia sobre uso del correo electrónico en relaciones individuales de trabajo...	382
CONCLUSIONES.....	387
BIBLIOGRAFÍA.....	393

CAPÍTULO I

INTRODUCCIÓN

El mundo de las relaciones laborales, con su sistema jurídico propio, el Derecho del Trabajo, corresponde a un entorno enormemente complejo y moderno. Surgido con la misma sociedad industrial, era de prever que el mismo adquiriese unos nuevos giros y retos cuando la modernidad se transforma en postmodernidad, al pasar de una sociedad industrial ya conocida a otra que ya es postindustrial. Es en el mismo concepto de postmodernidad donde la componente de las conocidas como tecnologías de la información y comunicación (TIC) juega un papel esencial.

Todos estos factores en juego, los cuales esperamos desarrollar con el necesario éxito en los capítulos y epígrafes que siguen, justifican el propósito y fundamento de la presente investigación, necesariamente marcada por los imperativos de brevedad y concisión propios de labores científico investigadoras, como resulta ser el caso de la confección de la tesis doctoral que ahora presentamos. Si por nuestra formación el peso de lo jurídico habrá de desempeñar una componente esencial, su presencia habrá de ser disciplinante o aglutinadora del estudio, no es menos cierto que lo jurídico haya de revestir unos tintes demasiado cargados de exclusividad o protagonismo, susceptibles de hacer perder otros tenores asimismo importantes, como son el económico, el social, y en definitiva, el trasfondo relacional y esencialmente conflictivo de la problemática que pretendemos analizar.

Es sabido que una de las notas características del ordenamiento laboral es la coparticipación, a distinto nivel, de tres agentes distintos, cuales son el poder público (imbuido de un creciente papel interventor y regulador en la vida económica), los empresarios y los trabajadores. Esté más o menos institucionalizado, sea en modelos unidireccionales (el poder público legisla, y empresarios y trabajadores acatan lo legislado), pactado a dos bandas entre los interlocutores sociales (organizaciones empresariales y sindicales negocian los convenios colectivos con los que se regulan), o bien construido a tres bandas entre los tres agentes sociales (modelo de concertación social), lo que caracteriza a cada uno de estos entornos es la comunicación, esto es, el modo en que unos saben de las posiciones y criterios del otro; ello puede ocurrir en un contexto de construcción o diálogo, o bien en ausencia del mismo, lo cual es el origen del conflicto. En definitiva, es la

comunicación entre partes y actores sociales la que se erige en modo esencial de construir el Derecho del Trabajo en cuanto a ordenamiento regulador de las relaciones laborales, sea para construir o cooperar, sea para enfrentarse o presionar. Y la comunicación entre sujetos no es la misma desde la irrupción masiva en nuestras vidas de las TIC. Por lo tanto, contrastan el mundo de la juridicidad, esencialmente más lento y pausado, y la rapidez de los cambios tecnológicos. El Derecho del Trabajo es en sí complejo, en cuanto a la convivencia de ambos elementos (tradición y modernidad) en su seno, y por añadidura las TIC introducen una variable más, a menudo al margen y mucho más allá de la propia legalidad existente. A este respecto, sobre la tensión existente entre la norma laboral positiva y los principios jurídicos que trascienden la misma afirma MONTOYA MELGAR que “el valor de los principios del Derecho del Trabajo es así relativo. Son lo que las normas legales quieren, y no al revés (las normas no vienen obligadas a ajustarse a los principios). Éstos, en fin, tienen un valor relativo, más que normativo, interpretativo e integrador”¹.

El objeto de estudio de la presente tesis doctoral aborda, en manera de visión comprensiva, pero a la vez unificada y científicamente novedosa, a nuestro modesto entender, la componente propia de las TIC en el entorno comunicativo entre las partes sociales, para ver de qué modo estamos ante las puertas de un nuevo Derecho de las relaciones laborales. Eso sería así precisamente porque los postulados y mecanismos de verificar la comunicación entre las partes (o de demostrar la ausencia de dicha comunicación), por impacto de esas TIC, han cambiado sustancialmente. Las TIC inciden también en la doble faceta que presenta el poder público como legislador y mediador entre agentes sociales, y éstas a su condicionan el modo en que todos estos agentes se comunican, tanto internamente entre sí como de cara a los demás partícipes. Las TIC por su parte alteran las variables espacio temporales de comunicación tradicionales en las relaciones laborales, y llegan a afectar a la noción misma prestación laboral, lo cual llega a su máxima expresión en fenómenos crecientes como son los del trabajo a distancia y el del teletrabajo.

La visión unitaria y comprensiva de todos estos aspectos, aparentemente dispersos, pero que requieren no obstante un enfoque de estudio unitario, y su susceptible

¹ MONTOYA MELGAR, A.: “Principios y valores en el Derecho del Trabajo”, en *Entorno a los principios del Derecho del Trabajo, Homenaje a Américo Plá Rodríguez*, Porrúa, México, 2005, pág. 23.

aprovechamiento posterior en el terreno de la práctica real, al servicio de Administraciones públicas, empresas y organizaciones sindicales, constituye pues el motivo director del trabajo doctoral e investigador que ahora presentamos. Una concepción en la que todos los agentes económicos implicados en las relaciones laborales, autoridades públicas incluidas, se ven afectadas por la componente deparada por las TIC. Invocando desde estos primeros compases otros entornos doctrinales de prestigio, se tiende a ver al trabajador como la parte más acuciada por el impacto de las TIC; pero lo cierto es que el empresariado tampoco conoce una existencia fácil desde su aparición, generándose entre las mismas empresas una feroz competencia, en donde el control de las TIC determina el ser o no ser en economía. Es pues un interesante factor de presión que ha de incidir de modo indubitado en las pautas relacionales entre los sujetos. Abundantes líneas de estudios apuntan que los incrementos en la productividad atribuibles a la informatización empresarial, han alentado la readecuación organizacional y funcional de la empresa para obtener el mayor provecho frente a la introducción de las TIC, las cuales, como así lo apunta con claridad MALDONADO MONTOYA, deben en todo caso estar al servicio del trabajador, en cuanto a ser humano y articulador de la unidad básica y esencial de la familia, en unión al fenómeno de la PYME como ejemplo más claro de forma empresarial familiar².

En este primer capítulo explicaremos la metodología y postulados que vertebrarán el estudio científicamente jurídico y especializado de la tesis doctoral ahora propuesta. Centrados predominantemente, como no podría ser de otro modo, en el marco propio de las ciencias jurídicas, habremos asimismo de tomar aspectos prestados de otras disciplinas, cuales son las ciencias sociales y económicas. Con base en las mismas, se apreciará que el marco de las relaciones laborales es un campo de investigación privilegiado, por ser especialmente conflictivo. Su conflictividad implica que siempre, como arriba indicábamos, la comunicación esté presente como una variable esencial, sea en su presencia como en su ausencia, sea para cooperar como para enfrentarse, y que la realidad comunicativa humana es diferente por

² MALDONADO MONTOYA, J. P.: *La conciliación del trabajo y la vida familiar: Retos y dificultades de las PYMES*. CEU, Madrid, 2007, autor de quien extractamos las siguientes ideas: (pág. 108): “La exigencia de mayor productividad, la extrema competencia en una economía globalizada que afecta en gran medida a las PYMES, la presión de la competencia entre empresas... está justificando unas pautas de actuación empresarial donde prima la permanencia en la empresa sin que ello implique mayores beneficios, más productividad, eficacia y eficiencia. Los horarios laborales (la jornada partida, las interminables jornadas diarias, las comidas de trabajo...) influyen y condicionan negativamente la posibilidad de armonizar espacio familiar y profesional. Esta realidad implica, al mismo tiempo, un importante número de dificultades y de consecuencias e impide que el proyecto profesional y la trayectoria familiar sean compatibles realmente”.

impacto de las TIC. La comunicación no obedece al mero placer de hacerlo, sino a que las partes en juego en un entorno de disparidad de intereses pretenden conseguir cada una lo máximo a su favor. Comunicar para negociar, comunicar para presionar, o usar la comunicación en sentido negativo, de no quererse comunicar para forzar a acuerdos, para ocultar posiciones estratégicas al oponente; todo es una cuestión de comunicación entre los agentes sociales, poderes públicos incluidos. La parte final de este proceso deductivo nos lleva a considerar lo mucho que está en juego en el marco actual en que se desenvuelven las relaciones laborales en medio de las TIC, tanto por el modo complejo en que se desarrollan los propios procesos comunicativos, como por la marcada complejidad y alto grado de divergencia que tienen sus contenidos, especialmente si se comparan con los que imperaban con anterioridad.

Queda así pues justificada, a nuestro modesto entender, la elección del entorno laboral como el campo de estudio más apto para delimitar la investigación propuesta, en términos de una conflictividad entre partes que es necesaria y consustancial a sus propias vertientes relacionales, enlazando con la cuestión de los orígenes históricos de la especialización del factor trabajo en la moderna organización de la economía, y dentro de los parámetros de la teoría general del conflicto de intereses. Puede constatarse que la tecnología no sólo incide en la organización productiva, sino igualmente en el modo en que empresa y trabajadores se interrelacionan. Todo ello acontece por demás en el trasfondo del nuevo orden sociopolítico mundial deparado por la globalización. Y estos componentes deberán conocer una primera estructura lógico organizativa, a los efectos de presentar un entorno investigador concreto, unitario y novedoso, para después irlos desglosando en sus capítulos o apartados específicos.

1.- Propuesta investigadora para un entorno mixto de cooperación y conflicto

El complejo universo de las relaciones humanas siempre está condicionado, en mayor o menor medida, por horizontes de conflicto. En dicha conflictividad intervienen asimismo cuestiones personales, las cuales, como apunta MALDONADO MONTOYA³, aunque sean en principio ajenas a la relación laboral, la condicionan de

³ MALDONADO MONTOYA, J. P.: *La conciliación del trabajo y la vida familiar...* Op. cit. Leemos de dicho autor (pág. 63): "La flexibilidad del tiempo de trabajo precisa de su correcta combinación

modo sustancial. Las TIC intervienen en modo polémico, no se sabe si como ayuda o como un elemento conflictivo más. Además, aun cuando se tiende a considerar la cooperación, o quiérase la armonía o concordia entre personas, como el entorno más deseable, cualquier incidencia, a modo de chispa o reactivo, determina la controversia o la desavenencia. Es a causa de ello por lo que, parejo al desarrollo y creciente complejidad de la colectividad humana, ésta se ha venido dotando de mecanismos reglados de resolución del conflicto, entre los cuales, el Derecho se tiene por el principal o más universalmente asumido. No quiere ello decir que los seres humanos, a la hora de resolver las diferencias que cotidianamente surgen en sus tratos y convivencia, acudan necesariamente al Derecho; pero tampoco es menos cierto que esa que podríamos etiquetar como *mentalidad juricista*, o si cabe, deje de estar muy presente en la vida cotidiana. El factor indiscutible proviene de la influencia creciente de los medios de comunicación de masas, e incluso del mundo del entretenimiento (literatura o cine, sin ir más lejos), los cuales, por una preferencia legalista en sus temáticas, han hecho de lo jurídico una vivencia cada vez más cotidianamente compartida. La consecuencia inevitable es que dichas pautas transidas de legalismo se extiendan a otros múltiples modos relacionales, ajenos a lo legal o jurídico en sentido estricto. El nuevo entorno comunicativo de las TIC contribuye en ahondar esta dispersión conceptual; la comunicación se estrecha y el vínculo telemático va en detrimento de la consideración del ciudadano como mero súbdito o receptor de normas jurídicas; él quiere ser participante en los procesos de toma de decisiones, que abocan a normas. Y dicha tendencia habrá de

con cierta flexibilidad del lugar de trabajo, mediante el uso de las herramientas telemáticas, que hacen que la presencia física del trabajador en el centro de trabajo sea cada vez menos necesaria. Los medios telemáticos permiten que desde la distancia el trabajador esté conectado con otros compañeros de trabajo, de la misma manera que lo estaría si coincidiesen en el lugar de trabajo. La empresa exige cada vez menos jerarquía y más interactividad. Sin embargo, el recurso indiscriminado del teletrabajo, sin valorar la pérdida de las relaciones sociales que acompañan al trabajo y la necesidad de buscar un punto de equilibrio con las relaciones personales en el trabajo, puede convertirse en un factor de riesgo psicosocial”.

Insistiendo dicho autor en la línea de una serena y ponderada contemplación de las TIC como realidad a tener muy en cuenta en el panorama contemporáneo de las relaciones laborales, el mismo prosigue (págs. 124- 125): “Por otro lado, la aplicación de las TIC exige y supone tanto un coste económico en equipamientos como en formación de los empleados, cuando así sea necesario. El hecho de tener que instalar este sistema de comunicación y de trabajo para paliar problemas de conciliación puede perjudicar a su implantación si los costes totales son asumidos por la empresa. En este sentido, y aunque la PYME asume la inversión, la estrategia de conciliación, siempre que sea rentable y eficiente, puede llegar a ser efectiva. En cualquier caso, este modelo (también llamado teletrabajo o trabajo en el domicilio) va unido principalmente a un diseño de tareas por objetivos y de responsabilidades (mientras se cumplan los criterios y compromisos adquiridos, el lugar de consecución y realización de los mismos pasa a un segundo término)... (...) Pero, por otra parte, también se fomentan y generan relaciones más impersonales dentro de la organización; la cotidianeidad y cercanía se pierden al igual que la integración con el resto de compañeros. De la misma forma, también puede ser una nueva fuente de presión y de volumen laboral; el uso intensivo de esta herramienta, aunque sea en el propio hogar, tampoco facilita el equilibrio entre escenarios”.

ser mucho más intensa en sistemas como el de las relaciones laborales, en el que siempre existió esa vocación a la coparticipación en su confección y aplicabilidad. Aquí señala la doctrina más reputada, como ALONSO OLEA, que las TIC fomentan la propensión hacia un trabajo intelectual integrado, acercando las mentes (que no las convicciones), entre empleadores y trabajadores de un modo no antes conocido en la historia de las relaciones laborales⁴.

Nótese además que las cuestiones relacionales en términos de cooperación y conflicto existentes en el mundo laboral, están de por sí inmersas en una atmósfera de juridicidad que impregna a la sociedad en su conjunto. Expresiones como “*tengo derecho a...*”, “*no hay derecho*”, “*es una injusticia*”, etc., se han venido apropiando de las interconexiones relacionales de los sujetos, aunque no haya alrededor elemento alguno formal o legalista propiamente dicho. Y ese lenguaje o idea de lo legal o de la ley como lo de da y quita razones, extendido a ámbitos no normados, a subcódigos de conducta, a éticas o morales grupales más o menos extensos, acontece con independencia de la exactitud o coherencia con respecto a los verdaderos parámetros que rigen la ciencia jurídica, y que son en principio sólo accesibles a los iniciados y prácticos de dicha disciplina. Hacer valer y exigir derechos implica comunicación, una alteridad con el otro, sea en sentido constructivo o positivo, sea en sentido negativo, que puede ser de franco enfrentamiento, de simple desencuentro o de mutua ignorancia. La comunicación interesa pues igualmente en una configuración negativa, como de “*no comunicación*” o ausencia deliberada de proceder a la misma; es una forma de conflicto larvada o implícita (si bien en no pocas ocasiones no hay mayor forma de escenificar el desencuentro que el silencio mismo). Estas componentes, en un entorno complejo y que se construye en formas de comunicación a varias bandas o niveles, cual es el de las relaciones laborales, se ven significativamente impactadas por la entronización de las TIC en la vida actual. Se hace preciso diferenciar hasta dónde llega la legalidad y qué está al margen de la misma. Y en la espera de que el imperio normativo regule el régimen de uso y gobierno en toda su extensión para el marco

⁴ ALONSO OLEA, M.: *Introducción al Derecho del Trabajo, Séptima edición Revisada, renovada y ampliada (al cuidado de M^º Emilia Casas Baamonde y Enrique Alonso García)*, Civitas y Thompson Reuters, Madrid, 2013. Para dicho autor (pág. 158), estas formas de trabajo intelectual “van en aumento, así cuantitativo como cualitativo (administración, supervisión, contabilidad, programación, diseño, control de todo tipo), no sólo en el sector servicios, sino también en el primario y en el industrial, para ofrecer los productos de éstos en mayores cantidades y con mayor grado de refinamiento que, si aplicado a útiles de uso privado, permiten un autoservicio en lugar del servicio prestado por otro u otros; el electrodoméstico vino a ser el símbolo de la sociedad auto-servida, autoservicio fabulosamente incrementado por el ordenador electrónico-digital, símbolo de la sociedad tecnológica auto-informada y auto-comunicada de la sociedad virtual”.

de estudio elegido, deberemos ir dando propuestas al respecto a lo largo de la presente tesis doctoral, las cuales tendrán un seguro carácter “*de lege ferenda*”.

Al menos en lo que es el ordenamiento legal en sentido estricto, la producción y administración de aquél compete a ese componente fundamental que conocemos bajo diversos apelativos, tales como Estado, Administración, o poder público. Es éste por su parte un sujeto colectivo humano comúnmente aceptado desde parámetros de legitimidad y representación. Este poder público aparece subdividido, a partir de la forma Estado en otras unidades de diversa denominación y ámbito (Comunidades Autónomas, Regiones, Entidades locales, etc.). Hoy por hoy resulta evidente que el Estado como comunidad política en sentido amplio, en su carácter de elaborador, revisor, aplicador y ejecutor del Derecho, también se encuentra en un apreciable proceso de revisión, cuando no en franca contestación. La globalización transcurre por derroteros en los que los Estados de base nacional se quedan cada vez con un papel más impotente e irrelevante. La cuestión de la legitimidad del mandato representativo de los cargos públicos, la creciente reivindicación de formas de democracia directa o continua desde la masiva aparición de las TIC, o la conocida por “*Gobernanza electrónica*” (*e-governance*), propician una cierta paradoja; que cuanto más se asume el Derecho como componente en las relaciones humanas, menos claro tenemos quién haya de ser el sujeto destinado a producirlo o aplicarlo (el Estado, entendido éste en un sentido no ya literal o estricto, sino como poder público en noción amplia)⁵.

Confesando nuestro interés, aparte de creciente perplejidad, por el cúmulo de ideas, o más bien sensaciones acabadas de expresar, queríamos inicialmente, como ámbito de investigación, poner sobre el tapete todas las cartas que integran tan complejo juego, una parte sustancial, que no la única, en el de por sí inextricable enigma del ser humano en su alteridad o interacción con sus semejantes. Asumido lo dicho, necesitábamos coger, a modo de campo de muestra o de observación experimental, un ámbito que suministrase unas ciertas bases más firmes, o siquiera, menos movedizas.

⁵ En efecto, el impacto de las TIC interesa de modo creciente a la doctrina, por cuanto implican verdaderos replanteamientos de la idea de poder político. En este sentido se ve que las TIC contribuyen especialmente a dos facetas, tenidas por capitales en los nuevos modos de gobernar, cuales son el desarrollo de la descentralización y la tecnificación de la gestión. Véase FERNANDEZ RIQUELME, S.: “Trabajo social y desarrollo humano. Reflexiones sobre la sostenibilidad del bienestar social”, *Revista de Fomento Social*, Núm. 67, Córdoba, 2012, págs. 251-275, en especial pág. 269.

1.1.- Las relaciones laborales como entorno negociador y conflictivo

El marco de observación investigadora sobre el que se incidiese en un estudio jurídico alentado en el trinomio TIC/Comunicaciones/Derecho con fines de una tesis doctoral como la ahora presentada habría en consecuencia de ser, como primer requisito imprescindible, esencialmente conflictivo; que pese a que los sujetos en la misma no estuviesen permanentemente en la discordia o el enfrentamiento, sí que existiese permanentemente un cierto conjunto de factores insuperables, que les impiden o vedan la armonía o entendimiento como pauta cotidiana en su coexistir, un factor de latente controversia insuperable por su propia naturaleza, y que, aun cuando cooperasen, lo hiciesen siempre por una teórica *maldición de estar condenados a entenderse*. En su existir, al igual que en la práctica totalidad de entornos de convivencia, los agentes sociales cooperan, se aprecian, o por el contrario se son indiferentes, se odian, se reconcilian, etc. En ese entorno elegido el criterio de observación habrá ser esencialmente conflictiva, o dicho en otros términos; que la divergencia siempre influirá aun en los momentos teóricamente más constructivos o *dulces*, si es que efectivamente los hay.

Como siguiente requisito o elemento de nuestro campo relacional humano, el ámbito elegido habría de adolecer de una más que indudable tradición u aceptación en el ideario colectivo, que fuese claramente jurídico, pero no exclusivamente del patrimonio de los iniciados en las ciencias jurídicas; que, en efecto, fuese vivido por la sociedad con un cierto grado de identidad o corrección con respecto a su verdadera configuración ya sobre el plano más técnico, y que el protagonismo de la norma legal en sentido estricto, sea indiscutido. En otras actividades humanas el recurso a la norma es sólo para cuestiones puntuales; cuando una pareja se casa, en lo que menos piensan es que contraen una figura o institución legal, y aun muchas de sus diferencias se resuelven al margen de tribunales y procedimientos; sólo en contextos de especial enrarecimiento o imposibilidad de la convivencia es cuando el recurso al aparato legal o normativo se vuelve ineludible.

El entorno elegido ha de tener por lo tanto unas bases más o menos firmes en cuanto al elemento Estado o poder político, como ese factor tanto de producción de la norma o pauta con la que resolver controversias, como de arbitraje y ejecutor de la solución. Pero tampoco deben desdeñarse otros entornos, válganos como ejemplo el del célebre Tribunal de las Aguas de Valencia, que son expresión de una justicia popular y autogestionada. Estos ejemplos, aunque tengan reconocimiento

por parte de la autoridad pública, responden a formas justicia hecha por y para sus partícipes. Por otro lado, las actividades de esta índole sólo interesan, al menos de modo directo o inmediato, a los miembros de tal comunidad, la de regantes de la Vega de Valencia, muy concreta y delimitada. No es que dicha comunidad sea cerrada o exclusiva, o dotada de privilegios aparte; sino que simplemente, no es conocida o participada del común de las personas, a no ser desde la superficial vivencia del curioso. Con todo, esa idea de que los sujetos en conflictos puedan, a su vez, ser sujetos elaboradores de la norma, o al menos de una parte de ellas, compaginando esta función con la característicamente atribuida al poder público, resultaba particularmente sugerente.

Los puntos o requerimientos justo acabados de exponer deberán ser considerados del ámbito de relaciones entre trabajadores y empresarios, tanto en sus procesos negociadores como de gestión del conflicto, y habrán de enmarcar la propuesta de investigación ahora sometida. El mundo de las relaciones entre interlocutores sociales está generalmente extendido y conocido en una necesaria base, tanto conflictivo como de necesaria juridicidad. La contraposición de intereses entre trabajadores y empresarios hace que la controversia esté latente, aun en los momentos de mayor cooperación.

Por añadidura, en ese contexto propio de las relaciones laborales o entre interlocutores sociales, junto al Derecho o norma elaborada por ese tercero imparcial o sujeto colectivo que es el Estado, autoridad o Administración pública, se reconoce un principio de autonomía, esto es, de auto-regulación, para que los propios sujetos se doten de las normas aptas para su convivencia, y que llegado el caso, se apliquen con el preciso rigor. Ellos mismos, con la debida legitimidad representativa en organizaciones empresariales y sindicatos, y en condiciones de mejora o perfeccionamiento de ese sustrato de normas mínimas de génesis pública o política, pueden elaborar normas con las que auto-regularse en los diversos sectores, cuales son los convenios colectivos. Tenemos pues esa interesante veta en que unos sujetos en base esencial de conflicto, no sólo tienen que entenderse para sacar adelante unos fines comunes, sino que dicho entendimiento tiene que producirse en un momento previo, esto es, a la hora de determinar las reglas, o una parte sustancial de las mismas, con las que en el futuro, normalizar sus relaciones y resolver sus diferencias. En definitiva, un punto más a favor para considerar el mundo de las relaciones entre los interlocutores sociales como el idóneo sobre el que enfocar nuestra inquietud investigadora.

Por otro lado querríamos también reflejar el universo de la conflictividad humana en ese medio cambiante deparado por la creciente revolución tecnológica y la crisis del Estado como modelo tradicional de comunidad política y de vehículo de organización colectiva de los sujetos, y deparador de los referentes normativos y arbitrales en la resolución de las controversias o litigios que surgen en su convivencia cotidiana. De un tiempo a esta parte, el entorno de las relaciones entre esos dos agentes sociales, empresarios y trabajadores, en continuo proceso de desarrollo tecnológico desde los primeros tiempos de la Revolución Industrial, conoce un vertiginoso y exponencial espectro de nuevas posibilidades, por impacto de las tecnologías novedosas nacidas en el seno de la sociedad de la información. La relación, antes directa e inmediata en lo físico, se ve sustituida cada vez más por el uso de la informática y las redes sociales. El trabajo, antes en la sede física de las empresas y centros de trabajo, se deslocaliza por medio de la compleja, y aun no muy bien definida desde el punto de vista científico, institución del teletrabajo, mientras que todos los procesos negociadores y de diálogo social, en sus fases de desarrollo, como en sus producciones normativas y pactos de todo tipo, se producen de modo creciente, no ya en reuniones cara a cara físicamente, sino asimismo, por la mediación de las tecnologías de la información.

El conflicto, en unión a sus causas y cauces de negociación, constituye por sí mismo una disciplina científica de enorme complejidad. Tal es así que algunas carreras académicas o disciplinas regladas introducen abiertamente una asignatura que, bajo diversas denominaciones en los distintos planes de estudio (siendo la de *“Técnicas de negociación de conflictos”* la más habitualmente utilizada), se presenta necesariamente condicionada por un carácter pluridisciplinario entre el campo de las relaciones económicas, sociológicas, psicosociales, y por supuesto, jurídicas. El estudio de tan vasta área comprende, a modo de fases o pasos sucesivos, dos componentes principales. El primero de ellos viene dado por el aprendizaje de los diversos modelos de negociación, planteados como un conjunto de juegos de estrategia. A los efectos de dicho estudio es intrascendente que la negociación corra a cargo de las mismas partes protagonistas, o bien que su desenlace final quede confiando a un tercero imparcial, esté el mismo dotado (tribunales) o no (árbitros o mediadores), de una obligatoriedad en lo concerniente a sus sentencias, laudos o pronunciamientos.

En el entorno de los juegos de estrategia negociadora se suele hacer abstracción de los contextos o entornos concretos, acudiéndose a ejemplos sencillos, a modo de fábulas o modelos sencillamente cotidianos, que introduzcan las nociones básicas de los diversos elementos implicados. Es ya muy extensa la producción doctrinal dedicada a los juegos de estrategia como modos de encauzar y gestionar el conflicto de intereses, predominando una visión generalista, y por lo tanto extendida a todo el mundo de las organizaciones en su conjunto. Ello en cambio no obsta al empleo de tales aspectos en contextos más particularizados, como el que nos ocupa, constituyendo tal aplicación una creciente y consolidada tendencia en nuestros días⁶. Obviamente resaltaremos que la amplitud y enorme versatilidad de la cuestión negociadora en sí misma considerada sobrepasaría en mucho el marco de la investigación propuesta, dado que, como venimos apuntando, aquélla no versa ni sobre el propio elemento del conflicto en sí, ni en las luchas estratégicas que caracterizan al área propia de actuación de los agentes sociales, sino más bien acerca del modo en que todo este contexto de intereses contrapuestos, y en cuanto a modo relacional humano, se ve alterado o condicionado por el impacto de las TIC. Tan sólo apuntar que, con la base de unos conceptos mínimos básicos que son de empleo recurrente en la dinámica inherente a los procesos de negociación⁷, existen algunos tipos básicos de juegos de estrategia, que después admiten combinaciones susceptibles de alcanzar elevados grados de complejidad⁸.

⁶ Así pueden citarse, a título de simple muestra, las siguientes obras o compendios relativos al mundo de la negociación de intereses: GOMEZ POMAR, J.: *Teoría y técnicas de negociación*, Ariel, Barcelona, 1991; DIXIT, A. K., NALEBUFF, B.: *Pensar estratégicamente*, Bosch, Barcelona, 1992; BAZERMAN, M. H., NEALE, M. A.: *Negociación racional en un mundo irracional*, Paidós, Barcelona, 1993; FONT BARROT, A. *Negociaciones. Entre la cooperación y el conflicto*, Grijalbo, Barcelona, 1997; FISHER, R., URY, W.: *Obtenga el sí. El arte de negociar sin ceder*, Gestión, Barcelona, 2000; OVEJERO, A.: *Técnicas de negociación*, McGraw Hill, Madrid, 2004.

⁷ Así entre estos conceptos figura en primer término el “anclaje”, entendido como aquel cálculo o estimación al cual recurre el negociador en condiciones de incertidumbre o deficiencia informativa, y que es empleado como punto de partida, en la forma de datos o cifras disponibles, y susceptibles de posterior ajuste, una vez avanza la negociación y se conocen datos con mayor exactitud, eminentemente a partir de las informaciones o actitudes remitidas desde la parte contraria. Con denominaciones diversas, entran también las nociones de interdependencia o respeto a un mínimo de bienestar colectivo, como el punto mínimo indisponible por debajo del cual toda negociación deviene por sí misma perjudicial, en mayor o menor medida, para todas las partes implicadas. Otros términos son tomados de acepciones del lenguaje común, tales como el altruismo, egoísmo, compensación, maniobras, punto de partida, valor de reserva, etc.

⁸ Una primera diferenciación distingue entre juegos de turno simultáneo, en donde los pasos negociadores se hacen de manera concurrente, o en todo caso, sin que se hayan podido observar con carácter previo los movimientos del otro jugador o negociador, mientras que son juegos de turno consecutivo en donde primero actúa uno, y sólo con posterioridad, el otro procede a su movimiento. En el contexto de los procesos de relación y negociación laboral ambas modalidades existen, y como tendremos la oportunidad de demostrar, la incidencia de las TIC en la misma componente relacional del juego hacen que ambas modalidades se produzcan de manera indistinta, a veces colisionando sustancialmente entre sí.

Únicamente cuando este paso inicial resulta medianamente asimilado es cuando podemos analizar las raíces propias del conflicto, y distinguir modelos o situaciones de relaciones humanas, en los cuales, aun cuando exista la apariencia de cooperación, o dé la sensación de regir un entendimiento de lo más armónico, en no escasos instantes la esencia relacional de ciertos grupos humanos está transida por una idea de contraposición, de controversia, de verse en definitiva unos respecto de otros como el reflejo contrario del propio rostro ante el espejo. Será lo antagónico no sólo lo habitual, sino además, y muy esencialmente, lo consustancial e intrínseco a tales contextos sociales. Y en pocas facetas de la compleja y diversificada vida humana ello emerge con más palmaria evidencia que en el caso concreto de las relaciones entre los interlocutores o agentes sociales, empresarios y trabajadores, los mismos comprendidos todas sus formas características de expresión o presencia, tanto individuales, como muy en especial, en las de carácter colectivo.

Ello lleva a la segunda fase en el estudio del conflicto y los contextos negociadores, que son los destinados a aprehender su propia esencia u ontología. Aquí, con respecto del mismo, se dan hasta tres prismas o enfoques de estudio, y que corresponden respectivamente con las ciencias psicosociales⁹, las sociológicas, que

Otra distinción frecuente, y desde un punto de vista distinto al anterior, diferencia entre juegos de suma cero (o de puro conflicto) o de no suma cero o de suma positiva (o de pura coordinación). Los primeros son aquellos en los que los intereses de los negociadores están en estricto conflicto, de manera que lo que uno gana es a costa de que el otro pierde y viceversa. En cambio los sujetos de suma positiva o de pura coordinación son aquellos en los que la ganancia de un jugador no necesariamente conlleva la pérdida por el otro. Ello trasladado al contexto de las relaciones laborales depara que haya una convicción, a veces meramente ideológica, de una preponderancia acerca del primer modelo con relación al segundo. Modelos que, por su parte, son figuras tipo o abstractas, siendo sobre el terreno que las nociones de ganancia o pérdida, y la correlatividad entre ambas, se vuelve algo mucho más difuso, y sujeto a la observación casuística.

Es por ello que las técnicas de negociación estudian modelos de negociación competitiva, aquellas que se basan en un entorno ganancia/pérdida, o bien negociación integradora, en donde la idea fundamental es incidir sobre la componente de mutua ganancia, generalmente asociando facetas no comparables y que permiten una acumulación o superposición conjunta.

Los aspectos vistos revisten una especial riqueza y relevancia en el terreno de las relaciones laborales. Pese a que la idea de antagonismo insalvable que aparentemente reviste el carácter de las interacciones entre los agentes sociales, lo que podría predisponernos a pensar que lo habitual son los entornos de juegos de suma cero o de negociación competitiva, el concepto de pérdida simultánea, es decir, que si no hay acuerdo en realidad todos acaban perdiendo, no es menos cierto que en la práctica las variantes propias de los juegos de coordinación o suma no cero y de negociación integradora acaban teniendo una trascendencia fundamental. Dicha dualidad estará presente en todas y cada una de las materias que expondremos con motivo del desarrollo del presente trabajo.

⁹ Como obras que en perspectiva psicosocial analizan la cuestión de la negociación de conflictos, merecen citarse: ALZATE, R.: *Análisis y resolución de conflictos. Una perspectiva psicológica*, Universidad del País Vasco, Bilbao, 1998; FELIU, J., LAJEUNESSE, S.: *Dinámica y gestión del conflicto; la perspectiva psicosocial*, UOC, Barcelona, 2002; GARCIA, S., DOMINGUEZ, R.: *Aspectos psicosociales del conflicto en las relaciones laborales*, Universidad Rey Juan Carlos, Madrid, 2002.

insisten especialmente en la vertiente social en las organizaciones colectivas que aglutinan a empresarios (organizaciones empresariales) y a trabajadores (sindicatos)¹⁰, y finalmente, las jurídicas, siendo de recalcar una notable preferencia por parte de la doctrina en abordar la cuestión de la resolución legal, aunque extrajudicial, de la conflictividad laboral, por medio de la institución arbitral y del papel desempeñado por los mediadores. Es precisamente desde esta como interesa especialmente la visión del conflicto entendido a modo de una construcción emergente entre discursos o intercambios de ideas que confluyen entre sí, siendo cada discurso una construcción intelectual o del lenguaje fruto de la idiosincrasia o mentalidad propia de cada uno de las partes implicadas. En esta visión, la epistemología del lenguaje adquiere un cariz fundamental. Por lo tanto, ver cómo los modos relacionales en la expresión de ideas, conceptos, posiciones y actitudes, se ven influidos por las TIC en su uso por los agentes sociales, debe ser objeto de una especial consideración en el campo de investigación propuesto.

En esta vertiente psicosocial, el conflicto ha de entenderse más como una oportunidad de innovación y movimiento que como un obstáculo o freno, como una presencia inevitable que se articula por medio del lenguaje y que ha de ser abordado en el marco de la perspectiva compleja en que se produce. La definición de qué se entienda por conflicto desempeñará pues un papel esencial. Así, si entendemos el conflicto como una divergencia de intereses, las vías de su resolución habrán de pasar necesariamente por establecer pautas que coadyuven a cambiar tales percepciones divergentes. Contrariamente, si hacemos abstracción de la faceta de intereses y consideramos al conflicto, en todo caso, como una construcción social, su gestión pasará por superar la rigidez de tales percepciones sociales, mirándose el uno al otro de modo diferente. El modo a que a dicha consecución pueda contribuir el empleo de las TIC en las relaciones laborales habrá de ser elemento de observación prioritario. En consecuencia, no habrá, incluso desde esta primera visión psicosocial del conflicto, una única definición del mismo, ni menos, amarrada a condicionamientos simplistas, mono-causales o inculpadores de unos con respecto

¹⁰ GIDDENS, A. *La estructura de clases en las sociedades avanzadas*, Alianza Universidad, Madrid, 1983; CLEGG, H.: *El sindicalismo en un sistema de negociación colectiva*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1985; DAHRENDORF, R.: *El conflicto social moderno*, Mondadori, Madrid, 1988; WINDMULLER, J. P.: *Nueva consideración de la negociación colectiva en los países industrializados*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1989; LANGE, P. ROSS, G. VANNICELLI, M.: *Sindicatos, cambio y crisis*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1991; POOLE, M.: *Relaciones industriales*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1993; WATSON, T.: *Trabajo y sociedad, Hacer, Barcelona*, 1995; RIGBY, M., SERRANO, R.: *Estrategias sindicales en Europa: convergencia o divergencias*, CES, Madrid, 1997; SISSON, K., MARTIN ARTILES, A.: *Pactos para el empleo y la competitividad*, CES, Madrid, 2001.

de los otros. Asumido esto, la doctrina ha venido distinguiendo, con el paso del tiempo, hasta tres subcampos dentro de la visión psicosocial del conflicto, cuales son la teoría realista, la de la identidad social y la de la construcción social.

Desde la teoría realista del conflicto, el mismo se explica por la presencia de intereses divergentes entre las partes, de manera que la solución al conflicto pasa por el hallazgo de objetivos que las partes puedan compartir y superar así las situaciones incompatibles iniciales. En el campo propio de nuestra investigación esto es descartable dada la completa oponibilidad de intereses imperante entre los interlocutores sociales. Así las cosas, resulta de poca ayuda el que una parte en conflicto esté meramente informado de las cualidades de las personas o grupos frente a las que existe la divergencia. Ello puede ser incluso contraproducente, pues el mero contacto no necesariamente produce por sí mismo nuevas relaciones, sino que, bien al contrario, puede intensificar las situaciones de rechazo hacia los otros y la reafirmación en las propias posiciones o actitudes. Con todo, cuando se hacen necesarias las relaciones de coexistencia o cooperación entre dos grupos tan enfrentados, el camino pasa por superar esa distinción, por demás sectaria, entre “*el ellos y el nosotros*”, mediante la búsqueda racional de objetivos o metas supra-ordenadas.

Una segunda variante de la teoría psicosocial del conflicto es la construida desde los parámetros de la identidad social, en virtud de la cual, el conflicto se produce por la categorización de las personas en diferentes grupos, vistas las mismas reconociéndolas en función de diversas categorías en juego y los valores asociados a éstas. En un entorno esencialmente complejo y en estado de continuo cambio (y el entorno laboral es por sí mutable, y más aun por el impacto de las TIC), tendemos a simplificar la sociedad mediante etiquetas o categorías sociales. Éstas son, por una parte, todos aquellos grupos a los que pertenecemos sin que haya necesidad de interacción presencial, mientras que los grupos a los que entendemos no pertenecer nos sirven como mecanismo de identidad *a contrario*. La diferencia se pone pues, no en los intereses, que sí que la hay, sino en las personas que encarnan a aquéllos. Siempre se tiende a categorizar, a ser en cierto modo prejuicioso con los estratos sociales ajenos en las interacciones con los demás. La gestión del conflicto ha de verse aquí pues como una oportunidad para cambiar el sentido de las categorías sociales, o en otras palabras, para invalidar su función en el contexto de las relaciones, o si se quiere, para modificar el valor (o menos valor más bien), de las

categorías que presentan los sujetos que consideramos distintos, y que por ende, nos lastran irremisiblemente hacia políticas constructivas o de franca cooperación. Y en tercer lugar, la última perspectiva en abordar la teoría psicosocial del conflicto es la propia de la construcción social del conflicto. Vuelve el valor del lenguaje como instrumento de análisis, pero esta vez en el papel jugado por el mismo en la definición colectiva del conflicto. Consiguientemente, el lenguaje es considerado el elemento que vehicula las diferentes construcciones en juego y las relaciones de poder y contrapoder existentes en un cierto contexto. El conflicto no es una realidad estática, sino más bien un proceso, susceptible de posibilitar un cambio hacia nuevas direcciones. El conflicto es un factor esencial de construcción de nuevas realidades sociales, y hace de los sujetos, en su vertiente de partícipes en el conflicto, agentes constructores de relaciones sociales esencialmente mutables y en permanente estado de revisión o re-pensamiento. La pluralidad de realidades en la visión de los sujetos hace que no haya una versión única, sino una pluralidad de versiones, de relatos, de modos de narrarla y comprenderla. Teniendo pues el conflicto esa visión de narraciones o de versiones diversas, la finalidad primordial consistirá en analizar lo que las partes explican y se explican entre sí. Han de considerarse especialmente los elementos más sustanciales de las narraciones, tales como los aspectos espaciales o temporales, la relación con el mundo físico o sensorial, los elementos característicos de los personajes, y por lo tanto, el planteamiento, contenido, desarrollo y desenlace del proceso de narración. Bien es cierto que ello recuerda enormemente al mundo literario o de ficción, y en el contexto ocupado, la abundante literatura o doctrina del entorno laboral conoce un peso esencial. Asimismo, no deberemos descuidar el factor des-localizador que, para las tradicionales variables espacio-temporales del mundo físico, han venido propiciadas por las TIC. Éste habrá de ser un elemento de privilegiado contraste en nuestra propuesta investigadora, en donde mucho de categoría social, narración y percepción mutua se encuentra de modo tan marcado, y en consecuencia, susceptible de generar tantos prejuicios y distorsiones de la realidad.

El segundo grupo de teorías que abordan la aproximación teórica al conflicto en el marco laboral es el relativo a la perspectiva sociológica del mismo. Tal visión científica considera que todo conflicto está enmarcado en un determinado contexto histórico que necesariamente lo perfila y configura. Las teorías sociológicas se subdividen en dos corrientes antagónicas y contrapuestas, siendo la primera la del funcionalismo, y la segunda, la de la discordia social.

La visión funcionalista, con sus orígenes más remotos en la concepción *rousseauiana* del contrato social, contempla a la sociedad como una entidad plural estable o que siempre tiende a dicha estabilidad, de manera que las crisis que ponen en cuestión la estabilidad social no dejan de ser episodios pasajeros. La idea de consenso sería el modo lógico de estar y de resolver diferencias, lo cual, trasladado a las interacciones en las relaciones laborales, implica que la negociación colectiva en una base cooperativa responde a esa idiosincrasia, en cuya virtud, lo esencialmente perseguido es la búsqueda del equilibrio entre las partes. Contrariamente, la idea de conflictividad social, y cuyos más remotos antecedentes quieren ver algunos en la filosofía de Hobbes, sustenta las ideas marxistas del conflicto como algo esencialmente estructural y perenne, la tan famosa lucha de clases. La idea de que la clase trabajadora es la esencialmente sometida en la alienación de medios productivos conduce a un horizonte en el cual, si hay equilibrio o estabilidad, éste es siempre precario y provisional, de manera que sólo la mencionada uniformización social traerá la estabilidad al medio laboral, no ya dividido en empresarios y trabajadores, sino identificado un conjunto productivo en el cual la propiedad privada de los medios de producción queda abolida por el proceso revolucionario.

Por su parte, con base en ambos posicionamientos, pero con una cierta preponderancia en la visión de la conflictividad laboral propia de la dialéctica marxista (y ello aunque incluso expresamente se renuncie a la misma), otros estudiosos han propuesto, también desde la perspectiva sociológica del conflicto, una serie de teorías intermedias o de reelaboración conceptual. Algunos autores ven una influencia de los mecanismos burocráticos y organizativos de los Estados y organizaciones administrativas trasladada a la gestión del conflicto laboral, lo que reporta la consecución de una herramienta esencial cual es la institucionalización del conflicto en estructuras preestablecidas. A su luz el conflicto es medido en su grado de intensidad, y hasta de violencia, y la desorganización del conflicto es actualmente ponderada con relación al papel de grupos y organizaciones, tanto del poder público, como de representación de trabajadores y empresarios. Se constata pues la importancia de las organizaciones preestablecidas para garantizar los procesos de negociación y estabilidad en los acuerdos que se alcanzan. La variante TIC en la vertebración e inter-actuación entre estas organizaciones es quizás el punto más novedoso y poco tratado, y deberá ser, con los fundamentos acabados de expresar, unos de los ejes principales del presente trabajo de investigación. Correlativamente

a las afirmaciones precedentes, la vertiente sociológica tiene asimismo una componente que podríamos calificar como de historiografía económica.

El postulado esencial partiría de la siguiente premisa; el modo en que cambian las estructuras productivas, al pasar del sector primario a los sectores secundario y terciario (éste último en propio de las sociedades más desarrolladas, fundamentadas en economías de servicios y vertebradas con arreglo a las TIC), tendría una directa correlación a que clase de temática o tipología de conflicto laboral encontramos en cada momento y cada territorio. Y con respecto a lo anterior, todas y cada una de estas formas tienen modalidades de aproximación a la conflictividad laboral, que la doctrina define respectivamente entre unitaristas, pluralistas y radicales. En el patrón unitarista destaca una preferencia de cooperación y búsqueda del equilibrio, una aversión contra la conflictividad misma. En el pluralista se asume que tal conflictividad existe, pero que siempre es resoluble desde las posiciones de los propios agentes, siendo el convenio, la concertación social y el arreglo extrajudicial de diferencia sus modos característicos. En tercer término, la visión radical autoasume el conflicto en sí mismo como único verdadero agente de cambio social. Todo ello reporta la resultante, en función de la cual, la visión sociológica del conflicto, con independencia de sus visiones contrapuestas, o más bien por directa causa de las mismas, se vuelca sobre dos campos principales de estudio, cuales son el de la conflictividad y el de la concertación.

La idea radical, aquella que entiende el conflicto como el sino ineludible de las relaciones laborales, tiene su máxima expresión en la institución o figura legal de la huelga, y en su correlato empresarial, prácticamente desterrado de nuestro sistema de relaciones laborales, cual es el cierre patronal, para cuyas formas y manifestaciones influyen los contextos culturales e ideológicos, tradición y costumbre, situación económica, y poder relativo o relaciones de fuerza entre los agentes sociales. Aquí el punto de estudio pivota esencialmente alrededor de la recopilación empírica o casuística, tratándose de explicar las diferencias que surgen en función a parámetros tales como frecuencia, extensión, duración e impacto económico de las huelgas, y en su caso, de los cierres empresariales. A ello habrá que introducir la componente de las TIC, y analizar si la misma tiene un efecto positivo o negativo, o simplemente, si aporta algún tipo de efecto apreciable, en la conflictividad laboral¹¹.

¹¹ Apúntese aquí que en los últimos años, con el desarrollo de las economías de servicios y de la sociedad de la información, se ha venido prestando mucha atención al aumento de la conflictividad

Pero pese al peso, a veces interesado, de la idea fatalista en lo conflictivo dentro de las relaciones laborales, tampoco resulta menos cierto el incremento de una inquietud desde bases, si no del todo unitarias, sí pluralistas. En ella se entiende el conflicto como algo inmanente, pero no irresoluble, y menos aun, desde postulados de fuerza o coacción dirigidos al otro interlocutor social. El peso de figuras tales como la negociación colectiva y la concertación social, como formas de regulación plurales en las relaciones laborales, conoce asimismo un creciente interés por parte de la doctrina. Con una creciente evolución en el tiempo, y con indudables desarrollos debido al impacto de las TIC, el peso de la negociación entre sujetos ha ido pasando desde una base individual entre un empresario y un trabajador concreto, a formas de negociación protagonizada por agentes colectivos, formas que cuando conocen la mediación institucionalizada de los poderes públicos responsables adquieren la denominación de concertación social. En dicha concertación, la administración pública interviene, sea directa o más indirectamente, no como empleador, sino como expresión del poder público. Dicha concertación, la cual tiene como objetivo la regulación plural de las condiciones de empleo y procedimientos para su determinación, requiere a menudo una implantación bifásica: sólo tras la elaboración de un acuerdo-marco y no en todos los casos, se traslada a instrumentos legislativos propiamente dichos. En el caso concreto de España, la pertenencia a la experiencia integradora europea da una nueva vertiente, de la cual también debemos hacernos eco en el transcurso de nuestro análisis científico.

en el sector servicios, corriendo parejo ello mismo a distinta percepción de conflictividad en el sector económico tradicionalmente más conflictivo y radical, cual sería el de la industria tradicional (afectada de otros problemas bien diferentes, cuales son los de la deslocalización auspiciada por una economía ultra-liberalizada en un mundo globalizado). Se apunta como dato significativo que la consecuencia de la conflictividad en los servicios conlleva su repercusión a los restantes sistemas productivos, con amplia extensión al conjunto de usuarios y ciudadanos en general, mientras que, por comparación, el conflicto en lo industrial tenía una incidencia mucho menos acusada sobre ciudadanos y sectores económicos de conjunto.

Tampoco es homogéneo el conflicto en el sector terciario porque depende de la naturaleza de cada servicio afectado, siendo éstos cada vez más diversificados en el desarrollo acelerado de la sociedad, y para lo cual la variable de las TIC desempeña una relación causa/efecto innegable. Resulta ser no tan trascendente el conflicto laboral en servicios estratégicos o de uso masivo, sean públicos, privados o mixtos, que en sectores que afectan a sectores muy concretos, o a centros de trabajo individualizados, con escasa o menor efecto o capacidad de contagio o extensión a otros diversos.

Otras limitaciones inherentes al estudio sociológico conflictivo en el marco de las relaciones laborales son las que constatan las carencias de los análisis tradicionales operados en una base meramente cuantitativa, dado que resultan incapaces de explicar el impacto, sobre el conjunto de la sociedad, de conflictos que a lo mejor tienen poca extensión desde un punto de vista estadístico, pero que envuelven extensas y negativas consecuencias muy lejos aparentemente de un epicentro tan pequeño.

En tales entornos, de negociación colectiva o de concertación, los interlocutores parten de intereses con diversos grados de divergencia y contraposición, teniendo los componentes de radicalidad antes mencionados un peso comparativamente más acusado. Cuestiones controvertidas, como la legitimidad de los representantes de ambas partes sociales, requisitos formales de convocatoria y desarrollo de las diversas reuniones, forma de publicación de los acuerdos para general conocimiento y exigencia, o la extensión de la resultante emanada de su actividad negociadora a agentes no necesariamente afiliados sindicados y asociaciones empresariales registradas, están en viva actualidad en el momento presente. Además aparece la idea de legitimidad y gobernanza electrónica¹².

Cierran el conjunto de metodologías de estudio y aproximación a las teorías del conflicto las de matiz meramente jurídico. En ellas la componente de regulación y obligatoriedad es lo característico, por cuanto las mismas pretenden evitar los puntos de fricción más recurrentes a través de la legislación y de los órganos jurisdiccionales. Este mundo conoce una creciente corriente alternativa por medio de los mecanismos arbitrales y extrajudiciales del conflicto, los cuales no sólo sirven para resolver litigios, sino que tiene una finalidad de que los mismos lleguen a producirse. El Derecho tiene pues ese efecto inicialmente desmotivador o desincentivador del conflicto; sólo en una segunda fase, trata de aportar mecanismos de solución, una vez planteado el conflicto.

Desde la perspectiva jurídica veremos cómo en el entorno laboral hay una predisposición a equiparar fuerzas, protegiendo a la considerada más débil (la parte trabajadora), con respecto a la tradicionalmente tenida como más poderosa, y por extensión, no exenta del peligro de abusar de su poder (la parte empresarial). El

¹² Llegados a este término, emergen preguntas acerca de las líneas de posible evolución en el terreno sociológico de las relaciones laborales en su vertiente de la negociación colectiva y de concertación social. La respuesta a las mismas apunta hacia la existencia de un debate entre dos tipos de teorías, las de la convergencia y sus contrarias, las de la divergencia. En las primeras predominan factores externos al sistema de relaciones laborales, como son el impacto de las TIC, o la globalización o integración, que teóricamente impulsan hacia un modelo único o unificado de negociación o concertación (he aquí pues, unidos, los dos principales ejes dinamizadores en nuestra presente inquietud investigadora). En una visión simétricamente contrapuesta, las teorías de la divergencia resaltan condicionamientos más locales, de idiosincrasia o de disparidad de contextos socioculturales, que hacen crear sombras de duda, cuando no claros elementos de tensión, respecto de la línea convergente antes expresada. En definitiva, convergencia y divergencia plantean importantes interrogantes en el marco (normativo y de más amplio espectro), que delimita el terreno por donde discurren dichas formas de negociación y concertación laborales, llegando a surgir formas muy críticas que cuestionan, incluso la vigencia de las mismas, tal como la hemos venido conociendo. TIC, integración, globalización, y por ende, el presente contexto de crisis económica, deparan un horizonte que puede parecer turbador, pero que asimismo es apasionante para cualquier mente inquieta que se plantee interrogantes sobre tan dinámico aspecto, dentro del contexto social, y vital en suma, que le ha tocado experimentar.

ordenamiento jurídico es, ante todo, un conjunto de reglas de convivencia, que las sociedades se dotan con la finalidad de dar respuestas a los conflictos que se generan en su seno. Pero como todas las controversias producidas en la sociedad, existen hasta dos formas básicas de respuesta o tratamiento del conflicto por parte del Derecho; el Derecho imperativo y el Derecho dispositivo.

Tenemos pues como primer modelo el del Derecho imperativo, caracterizado porque las soluciones se dan de modo exclusivo y excluyente por el ordenamiento, sin que las partes puedan disponer, negociar o transigir de modo alguno. Confiada su aplicación en exclusiva a los órganos jurisdiccionales, se circunscribe a ámbitos especialmente valiosos y sensibles, correspondientes al llamado Derecho público, el cual comprende facetas tales como el Derecho penal, administrativo o fiscal.

El Derecho dispositivo, a diferencia del anterior, es el que tiene un margen de autonomía o discrecionalidad confiado a los propios sujetos, distinguiéndose con respecto al mismo dos modalidades esenciales, el no tutelar y el tutelar. El Derecho dispositivo no tutelar corresponde a los ámbitos de un Derecho privado, generalmente de contenido patrimonial o económico, y entre iguales. Aunque no desaparezca el papel de los Tribunales en última instancia, su recurso es optativo o subsidiario a los acuerdos entre partes, que se entienden libre, en cuanto los mismos se consideran intrascendentes con relación a los intereses públicos o colectivos. En cambio es Derecho dispositivo tutelar el cual, sea ante tribunales, o con otros mecanismos alternativos de resolución de controversias (arbitraje, mediación), alguna de las partes o intereses en juego conocen cierta protección suplementaria por parte del poder público, pues se considera que existe una situación de desigualdad o disparidad de fuerzas, susceptible de provocar el abuso o la imposición de condiciones no equitativas del más poderoso al más débil. Es el ámbito característico, como veremos, del Derecho del Trabajo y de otros ordenamientos aún más modernos y especializados, como el de protección a los consumidores. En resumidas cuentas será, desde la perspectiva jurídica del entorno investigado, como habremos de movernos dentro de este terreno del Derecho dispositivo tutelar, configurado a base de limitaciones a la autonomía personal de los sujetos, es decir, de elementos de Derecho imperativo, con el fin de evitar situaciones de perjuicio o abuso emanadas de la disparidad de las fuerzas en litigio.

Todo lo anteriormente explicitado permite entender el conflicto de intereses, y máxime en su dimensión laboral, como un entorno en proceso de continuo cambio y

multiplicidad de enfoques o puntos de vista, que no necesariamente ha de ser negativo, y que ha de ser abordado desde las diversas aportaciones remitidas desde los tres campos o de observación científica acabadas de citar. En el presente trabajo de investigación, a dicha pluralidad de enfoque habrán de unírsele, como elemento consustancial a la misma, las TIC y la integración supranacional, concretamente en el ámbito de la Unión Europea.

1.2.- Lo laboral como marco comunicativo tecnológicamente afectado

Vemos pues que el mundo de la relaciones de trabajo, como fenómeno social y humano observado desde lo jurídico, es uno de los tres enfoques principales con arreglo a los cuales aquél puede abordarse, en unión de las aproximaciones psicosocial y sociológica, y lógicamente sin tampoco descuidar, como recalcan autores como ALONSO OLEA, la perspectiva más ortodoxa propia de los parámetros de la economía del trabajo¹³. Desde lo legal pues, el universo laboral se halla configurado por un Derecho dispositivo tutelado. No obstante, existen no pocos elementos de Derecho imperativo indisponibles, como los de matiz fiscal y de cotización a la Seguridad Social, o los propios de los delitos contra el medio de trabajo en caso de explotación de personas o de insalubridad de centros de trabajo, del incumplimiento de las normativas sobre riesgos laborales, jornadas o prohibición del trabajo infantil o del concerniente a las mujeres en situaciones de maternidad inicial, por citar las más relevantes.

Si decíamos que, en lo que a Derecho en sentido estricto se refiere, lo imperativo y lo tutelar son ordenamiento jurídico público, mientras que lo dispositivo no tutelar es terreno propio del Derecho privado, ello determina al entorno laboral, en su

¹³ ALONSO OLEA *Introducción...*, Op. cit, págs 150-151, a la hora de ver el impacto de las TIC desde el sector informático, como fuente de empleo en sí misma, y enmarcada en la una cierta forma de "terciarización reconstruida" de la economía, no deja de poner el acento en trascendentales cuestiones, que no tenemos que pasar por alto en el curso de nuestra labor investigadora. Para dicho autor, "el sector dedicado a la programación de todo género de producciones y de los sistemas de producción y a la organización de éstos, que exige el manejo de técnicas y máquinas –ayer sumamente especializadas, hoy casi infantiles- de masas ingentes de información y de datos de todo tipo. Nos hallamos ante un sector emergente y creciente; se ha llegado a decir que la 'sociedad programada' es la sucesora de la industrial y que su centro está en el 'sistema de producción'- que aparece doquiera no tanto como un sector punta, sino como punta de todos los sectores, un sector cuaternario de la economía centrado sobre la tecnología digital de la información y de las telecomunicaciones, y aun así si se quiere sobre el conocimiento: sobre ' el conocimiento de los procesos de producción y consumo'; gráficamente ha emergido como una mercancía".

dimensión jurídica, como un entorno donde conviven, de manera mixta, y casi como en ninguna otra rama del Derecho, lo público y privado. Hará de ser éste un factor de especial atención, puesto que ambos elementos, el público y el privado, entran en un marcado proceso de revisión y de cambio. Lo público, porque los Estados se diluyen en los procesos de integración supranacional, mientras que en lo privado, el mundo de los sujetos, se interrelacionan cada vez de modos más novedosos y complejos por la variante de las TIC, la cual incide particularmente en los modos de comunicación entre los diversos agentes sociales. Todo ello condiciona la metodología científica que habremos de desarrollar en el ámbito de investigación seleccionado para la presente tesis doctoral.

2.- Desarrollo metodológico de la propuesta investigadora

Por razones requeridas en un trabajo de las características del ahora presentado, consideramos que procede hacer un detenimiento pormenorizado de hasta tres facetas, a modo de exposición inicial, acerca de las tres inquietudes de metodología investigadora que han de configurar cada uno de los sucesivos capítulos y apartados. En primer término, sería preciso tratar la cuestión de las convivencias del ordenamiento legal con disciplinas afines en el campo de las ciencias sociales, y más aun cuando en el terreno de las relaciones entre los agentes sociales, dicho factor o elemento humano desempeña un valor tan esencial. Acto seguido, y como contrapunto a los posibles excesos de teorización en los que puede caer un análisis como el aquí propuesto, es necesario descender al ámbito fáctico, de los hechos concretos, operado en base no probabilística con relación a los sectores empresariales o económicos. Dicha observación habrá de mesurar la incidencia de las TIC en aquellos sectores empresariales más expuestos o con mayor índice de afectación a la misma, apuntando correlativamente algunas proyecciones de futuro sobre las posibles repercusiones que la mencionada variante pudiera en un futuro revestir para otras facetas de la vida económica, las cuales permanecen aún pendientes o en la espera de dicha inmisión acusada o masiva por parte de las TIC en su quehacer y modos de desempeño. Y en tercer término, aportaremos indicaciones acerca de las principales fuentes de investigación consultadas y modos de utilización operados sobre aquéllas.

2.1.- Aplicación de la metodología propuesta al campo de estudio

Constituye una necesidad primordial, en un trabajo investigador de las características del ahora presentado, que dentro del mismo y en su despliegue, el indudable peso que tiene lo jurídico en la cuestión abordada, no lo haga caer de modo excesivo o irremisible del lado de un legalismo exclusivista o excluyente. Lo jurídico-normativo habrá de encuadrarse o modularse, siempre que sea posible, en conexión o convivencia con las demás ciencias sociales. Y es con tal propósito como ahora, en el transcurso del presente capítulo inicial hacemos una síntesis, si quiera a modo de breve declaración de intenciones, sobre la relación, compleja y difícil, del mundo del Derecho con el conjunto del saber propio del conocimiento de las ciencias sociales.

A este respecto, los puntos de fricción conceptual de más difícil encauzamiento son principalmente dos; por un lado, la relación complicada del Derecho con las ciencias humanas y sociales, y por otro, la delimitación entre las siempre difusas fronteras entre lo propiamente normativo o legal, y lo que le es propio al terreno de la ética y la moral extrajurídica. Partimos de la base de que en el lenguaje común, la idea de lo legal o de la ley como lo de da y quita razones, extendido a ámbitos no normados, a subcódigos de conducta, a éticas o morales grupales más o menos extensos, acontece, claro está con independencia de su exactitud o coherencia con respecto a los verdaderos parámetros de la ciencia jurídica (si es que tal término puede ser utilizable sin sombra de duda). La jurisprudencia, enmarcada de las ciencias sociales con su idiosincrasia propia, tiene por su parte, en la actualidad, varios factores de activo cambio. El Estado, como fuente productora del Derecho está cuestionado tanto desde procesos localistas como de integración supranacional, con la aportación novedosa de la globalización, la cual transcurre por derroteros en los que los Estados de base nacional se quedan cada vez con un papel más impotente e irrelevante¹⁴.

No abundan especialmente aquellos trabajos que tratan de indagar acerca de las múltiples aristas que envuelven la convivencia, relaciones o encuadres del Derecho (sea el mismo como parte integrante, o bien ciencia diferenciada), con relación al

¹⁴ Desarrollo humano y TIC se confirman en la época contemporánea como un tándem inseparable, siendo abundante la doctrina que se reafirma en semejante línea. Véase así MORALES GUTIERREZ, A. C.: "Innovación social: una realidad emergente en los procesos de desarrollo", en *Revista de Fomento Social*, Núm. 63, Córdoba, 2008, págs. 411- 444.

conjunto de las ciencias sociales y sus áreas de conocimiento, pues no olvidemos que lo comunicativo, aunque se estudie desde una perspectiva de Derecho laboral, es antes de cualquier otra consideración, un fenómeno característicamente humano¹⁵. Ello plantea ver si es lícito o no acudir, desde el punto de vista científico, a disciplinas extrajurídicas en un estudio jurídico como el presente, y en el que sin embargo la vertiente de comunicación, como fenómeno esencial y mediatizado por las TIC, planea a lo largo de toda su extensión. A tal respecto, las escasas aportaciones doctrinales sobre el tema operan una diferenciación o delimitación conceptual entre dos términos o nociones, cuales son las de internalismo y externalismo, las cuales pueden manejarse, respectivamente, desde dos puntos de vista.

Sería el externalismo la visión, con respecto a la cual, el Derecho para ser conocido y estudiado, a la par que practicado, precisaría de compartir una necesaria comunión con el resto de las disciplinas sociales. Contrariamente, el internalismo entendería dicho recurso ajeno o extraño como un factor de perturbación, o si se quiere, de impureza, con referencia al exacto o tenor debido a una ciencia que habría siempre de mantenerse independiente o autónoma, jamás interferida, con relación a las demás. La verdadera ciencia legal consistiría para estos últimos, frente a la pluralidad de fuentes en manejo libre en la visión externalista, en el arte de leer, manejar e interpretar un conjunto cerrado de materiales, integrado por revistas y estudios sobre las diversas ramas del Derecho más recurrentes, así como los pronunciamientos de las diversas jurisdicciones y elementos de doctrina legal y jurisprudencial.

Amén lo acabado de definir, externalismo e internalismo tendrían asimismo una segunda acepción o registro; serían externalistas los que verían al Derecho desde fuera, tal vez con escepticismo o imparcialidad respecto a sus finalidades, como un producto más del espíritu humano, si se quiere, importante en su misión de dirimir la conflictividad social, pero no por ello ni único, ni mucho menos, infalible o exclusivo. Por su parte los internalistas serían los titulares de una cierta dogmática del Derecho, tenido como el único y verdadero instrumento con el que encauzar las

¹⁵ Sobre este particular, destacamos el muy interesante artículo de BALKIN, J. M. y LEVINSON, S.: "El derecho y las humanidades, una relación incómoda", en *Revista Jurídica de la Facultad de Derecho*, Universidad de Palermo, 2009, Núm. 9, págs. 197-228. Véanse asimismo las obras siguientes: AGUDELO MARTINEZ, M.: "El derecho desde una actitud humanista", en *Revista de Derecho: División de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Norte*, Barranquilla, 2002, Núm. 17, págs. 96-127; FIGUERUELO BURRIEZA, A., ENRIQUEZ FUENTES, G. J., NUÑEZ TORRES, M.: *Derecho, ciencias y Humanidades*, Comares, Granada 2010.

controversias que surgen del mismo hecho social. Así las cosas, mientras que el internalista sería un creyente dogmático del Derecho, y propenso a la utilidad practicante del mismo (como sería en jueces, abogados, fiscales o demás personas que hacen del ejercicio de lo forense su medio de vida), el externalista sería un inquieto, un curioso, alguien que se aproxima al Derecho desde fuera, y no con la necesidad de practicarlo, ni menos, de hacer de él un medio exclusivo de dirimir la conflictividad social, ni de practicarlo utilitarista o profesionalmente (siendo este el matiz propio de académicos del Derecho no ejercientes, filósofos o historiadores del Derecho, como los más característicos ejemplos).

Externalismo e internalismo habrían venido colisionando en múltiples ámbitos, tanto docentes como vinculados al ejercicio en sí del Derecho. Tales componentes se entienden más aun, con su incidencia capital, con relación a un ámbito tan transido de componentes personales, y en definitiva, humanos, como el del ordenamiento laboral, núcleo medular de observación del trabajo de investigación ahora propuesto. Aparte, ambas miras o facetas estarían asimismo sometidas a otros elementos de consideración, que es preciso apuntar, siquiera con cierta brevedad.

Los mismos externalistas parecen responder a dos grandes concepciones, o si se quiere, a entornos, quiérase, estratos sociales o generacionales distintos. Los más antiguos en el tiempo son claramente tributarios de las ciencias humanas en el sentido más amplio del término. Se hace recurso sin traba ni cortapisa ninguna a fuentes literarias, a la filosofía, a las artes, a la historia, o a los clásicos latinos y griegos, llegando a afirmarse que ninguna solución en Derecho puede ser ajustada al verdadero fin de servir al hombre al margen de ese recurso extenso y libre a la cultura propia de las ciencias sociales. Los adscritos a esta variante externalista procedían de entornos más aristocráticos o de clases privilegiadas, en donde la vivencia de lo jurídico permanecía circunscrita a círculos sociales muy restringidos o elitistas. Con el paso del tiempo, nuevos factores económicos y sociales posibilitan la introducción de un nuevo externalismo. La popularización del Derecho extendido como patrimonio de clases populares gracias a las conquistas de la clase obrera, el utilitarismo económico entronizado con el desarrollo de la Revolución industrial, y posteriormente, la emergencia como factores decisivos en el devenir de las sociedades de entornos considerados marginales minoritarios (como los procedentes del activismo feminista, racial, de minorías culturales, etc.), provocan una puesta al día del externalismo, y hasta cierto punto, un patrón de paulatina

aproximación de aquél, siempre difícil de medir, con los postulados más colindantes con las tesis internalistas.

Dicho en otros términos, la preferencia por entornos ajenos al Derecho lo es con relación a ciencias humanas, pero prácticas, contemporáneas, y cercanas a las ciencias sociales. El maridaje con la economía se vuelve una obsesión casi acuciante, puesto que la economía se tiene por la más científica o exacta de las ciencias sociales, mientras que el recurso a las aportaciones de los nuevos sectores emergentes, antes discriminados en su protagonismo efectivo en los centros de poder, primero el laboral u obrerista (inicialmente grande en la masa de sus integrantes, pero discriminado en términos de poder), seguido de los anteriormente citados de la mujer, o minorías étnicas o culturales (los cuales, sin perder su matiz minoritario alcanzan altas cotas de influencia y poder, proceso éste por cierto no exento de polémica y contestación).

Así las cosas, se advierte que, desde el primer punto de observación (recurso a materiales o fuentes extrajurídicas propias de sectores de investigación humanos o sociales), las polémicas se han trasladado entre externalistas a la moderna e internalistas, perdiendo peso los externalistas de viejo cuño. Es decir que los externalistas se adaptan a nuevos enfoques, mientras que los internalistas parecen inamovibles, por cuanto siguen considerando al Derecho como la única fuente apta y exclusiva en sí misma capaz de resolver la conflictividad humana. Se apunta que el nuevo externalismo procede en cierta medida de tal convicción. Por lo tanto se entima en la actualidad que, se sea externalista en cuanto a fuentes y recursos, siempre se es internalista en cuanto al valor y utilidad dados al Derecho por aquellos inmersos en su mundo y modos propios. Esto provoca la paradoja, en función de la cual, aun cuando se tomen prestados elementos procedentes de otras fuentes, los mismos habrán obligatoriamente de ser, primero, lo más exactos y científicamente útiles (economía), y segundo, los que respondan a una realidad social o humana más próxima y latente con su pulso contemporáneo. Todas las demás artes del saber en las diversas ramas de las ciencias sociales, como filosofía, historia e incluso retórica y habilidades lingüísticas, están supeditadas a este utilitarismo practicista, para convencer y apoyar los propios argumentos y rebatir los de las partes contrarias, procediéndose a una clasificación o reelaboración selectiva, la cual, para muchos puristas de las ciencias humanas concretas, revisten el cariz de inaceptables modelos de no academicismo o manipulación interesada. Por ejemplo, el uso retórico se vuelve a veces tan reivindicativamente internalista en la práctica

(jerga legal), que una gran parte del cuerpo social lo percibe como una componente de auto-aislacionismo, cuando no expresión de veleidades corporativistas. Por añadidura, también resulta destacable descubrir cómo los filósofos o historiadores del Derecho, sometidos a semejante cúmulo de contradicciones y tensiones, viven en una zona de difícil equilibrio, denostados por los demás colegas que, o bien ejercen de sólo juristas, o bien de historiadores o filósofos, mas sin dicha etiqueta o añadido de lo jurídico.

Estas consideraciones habrán de tenerse pues en cuenta para cualquier aproximación no exclusivamente jurídica, sino con concurso de las ciencias sociales, a la hora de abordar cualquier ámbito tocante a la problemática de las relaciones entre los agentes sociales. El mundo laboral participa pues de ese externalismo de nuevo cuño, que incide con marcado acento en las componentes más economicistas y pragmáticas; aun así, siempre habrán de tenerse en cuenta los factores más internalistas, y que como vimos, abocan a una no oculta intención de apropiación o modulación de tales aportaciones procedentes de otros entornos ajenos al Derecho a las peculiaridades e idiosincrasias del mismo. Y como ya se apuntó, dicho cripticismo de lo jurídico siempre existe, como algo vedado a los teóricamente no partícipes ni iniciados en la ciencia jurídica. En resumen, el recurso pues a variables históricas, socioeconómicas, o de configuración de las relaciones entre los sujetos implicados por la incidencia del factor de las TIC deberá en todo caso contemplarse a la luz de las variantes arriba extractadas. Habremos de ser pues ecuanímente externalistas en las relaciones entre ambas esferas, sin subestimar las presiones o idiosincrasias que la componente internalista pueda imprimir en nuestro carácter, o si se quiere, abordaje o cosmovisión del problema planteado y analizado.

A diferencia de la escasa producción doctrinal que caracteriza el apartado acabado de exponer, las cuestiones relativas a la delimitación de los difusos perfiles entre lo moral y lo jurídico han integrado uno de los campos de observación y elaboración reflexiva más fecundos a lo largo de la historia del pensamiento humano¹⁶.

¹⁶ La inquietud doctrinal sobre las conexiones entre ambas esferas, la jurídica y la de la moral o ética, ha sido uno de los aspectos más fecundos de la producción científico-filosófica. A título de simple muestra resaltaremos: DE PARAMO, J. R.: "Hart y la teoría analítica del derecho", *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Madrid 1984, págs. 341 y sigs; VAZQUEZ R.: *Derecho y moral; ensayos sobre un debate contemporáneo*, Gedisa, Barcelona, 1998; DE LA TORRE DIAZ, F. J.: *Ética y deontología jurídica*, Dykinson, Madrid, 2000; BOBBIO, N.: *El problema del positivismo jurídico*, Fontamara, México, 2006; RAMOS PASCUAL, J.: *La ética interna del derecho*, Desclee de Brouwer, Bilbao, 2007; BARBERIS, M.: *Ética para juristas*. Trotta, Madrid, 2008; KELSEN, H.: *Teoría pura del derecho*, 16ª Ed. Porrúa, México, 2009.

Efectivamente, dibuja la relación entre las esferas de la ética y el Derecho un remoto y vívido tema compartido indistintamente entre filósofos y juristas, que lo abordan indistintamente desde sus postulados iniciales. Es una controversia siempre viva, y tiende a desvelar el verdadero sentido y misión que la normatividad, sin especificar su naturaleza en uno u otro campo, desempeña en el desarrollo de los hombres, tanto en sí como en la convivencia con sus semejantes. Se tiene por asumido que el Derecho ha de reflejar lo moral, o una parte sustancial de la misma, y sucede que los procesos que se suscitan para la reforma o replanteamiento de los sistemas legales existentes en una sociedad subyace una mutación de las convicciones éticas imperantes en aquélla. Entendida la evolución hacia algo que se tiene por mejor, aunque cuando entramos en el terreno de lo axiológico o del campo de valores, las polémicas están de antemano servidas. Ello ha de estar presente en un trabajo investigador como el ahora presentado, dado que muchos de sus parámetros se mueven en un terreno, que no se sabe si calificar de justicia, o bien de ética en lo socialmente justo (ecuanimidad en las relaciones laborales).

Hay quien ve una preexistencia de la ética al Derecho, para posteriormente ver cómo uno y otra se retroalimentan en un proceso en el que se entrevén hasta tres fases diferentes. Así, en un primer momento, las sociedades, al hacerse cada vez más diversificadas y complejas desarrollan sus primeras instituciones jurídicas (en sentido amplio, esto es, leyes y órganos encargados de interpretar y aplicar aquéllas). En un segundo estadio surgen procesos de crisis, por las divergencias y desfases que comienzan a emerger entre el Derecho y la moral coincidentes con momentos históricos más o menos concretos (en el caso concreto de nuestra materia, tal sería la incapacidad de la moral privatista liberal de hacerse eco de las crecientes demandas de justicia social formuladas por una masa obrera en progresión creciente, debido al desarrollo exponencial de la economía industrial). Y tales procesos de crisis se resuelven, no a contento de todos obviamente, a través de la reforma legal, ésta a su vez propiciada por la innovación tecnológica, las ansias de reforma, y la asunción por una mayoría de individuos ciudadanos de las ilusiones y aspiraciones de colectivos capaces de transmitirlos al conjunto de la masa social.

Si en las sociedades primitivas, lo ético o lo moral, ligado a creencias o preceptos religiosos, es el único referente normativo, y el Derecho o norma es un mero apéndice de dicho entorno, en las sociedades evolucionadas parece que tenemos muy clara la distinción entre ambos ámbitos. Y con todo, siempre estamos más

tranquilos cuando el Derecho tiene un correlato claro con lo moral, y por el contrario, normas y actos legales que se sienten como injustos (excarcelación de un peligroso delincuente por un defecto procesal difícilmente comprensible para los no iniciados en leyes), causan honda consternación. Derecho y moral han de cumplir un mismo ideal, encaminar hacia la perfección humana y desterrar de la sociedad cuanto en ella exista de inicuo o dañino. La validez del Derecho ha de basarse en la moral, puesto que la finalidad del Derecho ha de encaminarse a una sensación de lo justo percibida anímicamente. Recapitulando, el Derecho y moral estarían unidos por un doble vínculo; primero, porque la moral construiría los cimientos sobre los que se justifica la validez del Derecho, y segundo, porque la finalidad del Derecho, su meta, es contribuir al florecimiento de los valores tenidos como morales o éticamente aceptables en la sociedad. Cuando dicha vinculación falla desde un lado u otro (a veces, desde ambos), la sensación de desasosiego o protesta en el cuerpo social emerge más o menos abruptamente.

De acuerdo a lo anteriormente visto, hay quien define el Derecho como una expresión de la moral social acompañada de sanciones coercitivamente impuestas. El inventor o creador de la moral sería la tradición, el consenso social, la tradición, mientras que el del Derecho ha de ser el legislador, el cual, en nuestros sistemas, ha de venir revestido por la legitimidad representativa o democrática. Desde este punto de vista, no son escasos los ejemplos en la historia donde rémoras o inercias de cariz moral impiden la aplicación efectiva de las normas, o es a golpe de decreto o texto articulado como se quieren cambiar actitudes o morales atávicas de una cierta sociedad. Así las cosas, la tensión y una amplia posibilidad de fracaso se encuentran en alto grado de producirse. En el sector concreto que nos ocupa, el mundo laboral, asistimos a un ejemplo interesante, por cuanto gran parte del ordenamiento que rigen entre las partes es auto-normado por ellas mismas, eso sí, con ciertos requisitos y procedimientos avalados por el poder público (caso de los convenios colectivos, concertación social o mecanismos extrajudiciales de resolución de controversias, citados en apartados precedentes). Ello da, desde el punto de vista sociológico y humano a la cuestión planteada unas aristas muy propicias a la inquietud investigadora, y máxime en un contexto como el actual, dominado por el desarrollo exponencial de las TIC, y la globalización e integración, en cuanto a factores modificadores de la tradicional base política, centrado en el Estado, e incluso, en formas de poder más pequeñas o localistas.

Siguiendo con el propósito de ver la relación entre Derecho y moral, más entendiéndolos como cosas o modos de normar diferentemente a las colectividades humanas, a la idea distintiva, anteriormente expuesta, de la autoría de uno y otro ámbito, de Derecho y moral, surgen otros más. Podríamos aventurarnos en apuntar que lo ético se queda en el terreno de lo personal, de la conciencia, mientras que el Derecho es colectivo. Que la moral conoce una sanción de tipo afectivo, del sentido o ánimo si se quiere, mientras que el Derecho establece sanciones concretas y prefijadas, con un sentido disuasorio, pues incide sobre aspectos irrenunciables del propio físico de la persona, su propio cuerpo en la privación de libertad, o en su patrimonio material o propia fortuna.

Sin dejar de ser cierto lo anterior, cualquier análisis sobre el terreno desvela el simplismo que subyace en las anteriores afirmaciones. Parecería que desde el Derecho se intensase la consecución de mínimos éticos exigibles y esenciales para el desarrollo humano, mientras que lo ético sería, sí se quiere, más amplio. Y como ya apuntaban los antiguos jurisconsultos del Derecho romano, mientras que no todo lo legalmente tolerado es éticamente admisible, en nuestro sistema de libertades queda legalmente permitida cualquier cosa que no esté expresamente prohibida. Estas colisiones entre lo ético y lo normativamente idóneo tienden a colisionar, debido al impacto deparado por el fenómeno de la globalización. Además, mientras que lo ético siempre se entendió como algo generalmente comprensible sin formación especializada, lo jurídico es tenido por la sociedad como algo, y más aun, como una realidad incomprensible de su lógica y funcionamiento propio, vedado en sus más tecnificados términos, a los no iniciados en la ciencia forense. Como se puede deducir, todas estas complejidades en forma de paradoja no reportan el marco más fácil para asentar unas bases investigadoras firmes.

Por extensión, la variable espacio temporal juega un importante papel (variable ésta condicionada sustancialmente a partir del impacto de las TIC). Consiguientemente, en el desarrollo del Derecho, en todo tiempo y lugar, la norma se ve informada, tanto por la moral convencional como por los ideales de grupos particularmente activos en transmitir su sentir al conjunto de la masa social. Tales influencias penetran o empapan la legalidad, sea abrupta o silenciosamente, tanto por el dictado de leyes por el poder público, como por los pronunciamientos de las instancias arbitrales o jurisdiccionales. De cualquier forma, un sistema jurídico debe ser capaz de exhibir unos mínimos tolerables de concordancia o coherencia con las convicciones éticas de la sociedad, y de ahí surge el fundamento, no ya legal, sino ético, de cumplir el

Derecho mismo. Así las cosas, el Derecho sería un medio, no un fin, de alcanzar una cierta ética social, que es donde residiría, en definitiva, la utilidad finalista de la norma o pauta prescrita de comportamiento. Otro argumento sería que la ética es eminentemente espiritual u oral (aunque existan escritos religiosos o revelados y teóricos que escriban sobre ética), mientras el Derecho (asimismo con la excepción del Derecho consuetudinario, cuyas fronteras con la moral son asimismo confusas) registra una preponderancia por lo escrito. Como ejemplo ilustrativo que clarifique estas aseveraciones, el mandato de no matar se expresa verbalmente como “no matarás” o “es malo matar”, mientras que en lo legal, la precitada prohibición remite al Código Penal, a las leyes de enjuiciamiento, a la exigencia de un proceso, práctica de pruebas, presunción de inocencia, régimen penitenciario, cuando no a la diferenciación, netamente jurídica, entre el homicidio y el asesinato.

Constituye pues la problemática que aquí pretendemos sintetizar, siquiera someramente, un verdadero factor de metafísica sobre el conjunto axiológico de una sociedad, entre lo tenido como bueno y malo en claves de comportamiento, las fronteras entre lo jurídico y lo moral. Ello entronca con la tradicional polémica acerca del origen o fundamento de dichos valores, lo sea en una esfera de la naturaleza del hombre, más ajena a él (fundamento divino o natural), o propia de la convención, mutable en cada momento (relativismo o positivismo jurídicos), pero en todo caso fruto del pacto o del consenso social. Por ello no pocos juristas tratan de aplicar el Derecho sea cual fuere, en su modalidad más técnica, sin preguntarse por el origen o sus fundamentos, o sin vinculación necesaria alguna con lo extrajurídico o ético; ejercicio teórico que raro acomodo tiene en la sensibilidad humana, por cuanto la asunción de los deberes de orden jurídico presupone la existencia de otros imperativos o condicionantes, que son los de orden moral, que los apoyan conceptualmente y los fundamentan.

Derecho y ética han pues de coexistir, interrelacionarse e influirse mutuamente sobre una convicción sociológico-normativa, en la que el hombre y su bienestar hayan de ser el eje de la existencia, o razón suprema de cualquier sistema jurídicamente organizado. De tal modo, justicia y bien común en lo temporal han de estar necesariamente ordenados a la consecución del perfeccionamiento en la convivencia social, y al enriquecimiento del ser individual del hombre en cuanto a parte integrante de ese mismo conjunto o masa de convivencia. Este ha de ser en definitiva el punto de equilibrio. A veces, la reivindicación emotiva e inducida a la masa social de sentimientos superficiales, precipitados o manipulados, y que

pretenden encarnar el amanecer repentino de una nueva ética al margen del Derecho hasta entonces imperante, provoca procesos totalitarios de funestas consecuencias. Igualmente cuando el aparato legislador o jurisdiccional sirve a intereses de grupos, que si bien poderosos, están aislados y ajenos de la vivencia del común de los individuos. La clave está en ética y Derecho vividos y mutuamente compartidos; por ello consideramos que, desde una perspectiva sociológico-jurídica, el enorme valor del terreno de las relaciones entre los agentes sociales, como a su vez, productores y seguidores de un Derecho hecho por y para ellos (eso sí, con el necesario protagonismo desempeñado por un poder público competente y comprometido), constituye una cuestión de interés investigador y científico de primer orden; ámbito al que, inicialmente pretendemos servir, aunque sea incipientemente, con el trabajo de investigación a cuya lectura ahora sometemos.

Encontrar una metodología unitaria para tan complejo y multidisciplinario campo de observación científica ha sido una tarea compleja. Partimos en nuestra metodología de las exigencias elementales que resultan de rigor en cualquier trabajo de investigación, y que podríamos sintetizar, a priori, en las siguientes:

- 1.- Unidad y rigor claridad del sujeto tratado.
- 2.-Lógica del método expositivo, como ese factor que proporciona la necesaria flexibilidad al primero, en modo que las diversas partes o componentes en los que se articula la investigación se articulan unas a otras, de acuerdo con una coherencia explícita y evidente.
- 3.- Justificación de las herramientas de observación empleadas.
- 4.- Extracción de generalizaciones e interpretaciones como premisas conclusivas, aportando la opinión ponderada sobre el correcto tenor y más adecuado devenir a la materia en causa.

Es importante tener en cuenta que lo verdaderamente interesante consiste en la evidencia de situaciones tipo o constantes, mientras que aquellos aspectos fugaces o meramente contingentes sólo merecerán ser traídos a título de mera cita. Habrá de incidirse particularmente en aspectos tales como los mecanismos presentes y futuros, así como sus particularidades o disfunciones. En consecuencia, se concibe el método investigador como el conjunto de prácticas que se ponen en estudio para que las tesis o aseveraciones extractadas resulten claras, evidentes e irrefutables, todo ello, eso sí, con la inexactitud o contingencia que siempre caracteriza al terreno de las ciencias humanas. Derecho y ciencias sociales se intentarán maridar pues en el curso del presente trabajo de investigación, mediante un enfoque pluridisciplinario

y mixto, en el cual, asumida tal dificultad, podamos alcanzar un número de metas u objetivos, que serían:

- 1.- Diagnóstico de la situación.
- 2.- Propuesta para la corrección de disfunciones.
- 3.- Expresión en términos de fundamentada axiología la conveniencia, en este caso, de una consolidación organizada de las TIC como factor relacional y de mutuo enriquecimiento entre los agentes sociales.

Constatamos aquí diversos niveles o planos de actuación; el público o institucional, protagonizado por los poderes públicos, y caracterizado por los procesos de la globalización y de la integración europea, líneas ambas de tensión que ponen en riesgo la visión tradicional misma del Estado como polo centralizado de poder. Sea como causa o como consecuencia, estos aspectos, ligados con los nuevos parámetros de las TIC, que a su vez deslocalizan las variables de lugar y tiempo en las relaciones sociales, coexisten con el mismo plano activo de los propios sujetos. Éstos por su parte gozan de una autonomía tutelada en sus relaciones, la cual en mucho trasciende los entornos normativos, escasos y fragmentarios a nivel nacional (cuando no inexistentes). Por otro lado, la respuesta supranacional o integrada, en donde radica realmente el futuro de la cuestión, está asimismo a niveles muy incipientes de mero proyecto, o de simples declaraciones de intenciones a cargo de esas mismas instancias supranacionales, llamadas a desempeñar tal papel en sustitución de los centros de poder nacionales o locales.

En resumidas cuentas, el método habrá de desplegarse de manera proactiva e interrelacionada (tanto en sus ámbitos de observación como en fuentes, sean las mismas doctrinales como legales), entre los siguientes registros:

- 1.- El registro de los propios sujetos sociales, en sus iniciativas tanto unilaterales como fruto del encuentro, sea el mismo dialogado o en parámetros de conflicto.
- 2.- El plano de interés de los mismos poderes públicos, en su dicotomía nacional e integrada.
- 3.- Papel de otros organismos o plataformas que emiten juicios de valor sin estar necesariamente adscritos a los agentes sociales en juego.
- 4.- Doctrina científica que aborde la cuestión, identificando que su enfoque sea operado desde el Derecho, o bien desde las ciencias sociales o humanas, y siempre distinguiendo sobre el grado de proximidad, del más remoto, al más ajustado, al objeto de observación elegido para la propuesta investigadora.

2.2.- Metodología empírica sobre TIC en el ámbito laboral

Recalcando, a título inicial, que existe una cierta familiarización con los estudios teóricos que tienen de por sí un enfoque de análisis estadístico en materia de relaciones de conflictividad laboral¹⁷, en el momento adecuado a lo largo del transcurso del presente trabajo de investigación deberemos analizar los datos estadísticos disponibles que, dentro del perfil investigador del presente trabajado reflejen hasta tres facetas o fases diferenciadas: en primer término, dónde se sitúa, en términos de porcentaje y ámbitos operativos, la consideración de una empresa como encuadrada dentro de las TIC; segundo, la proporción de empresas, en conjunto o por sectores, que hacen de aquéllas una parte sustancial de su existencia; y en tercer lugar, mesurar asimismo el porcentaje que la vertiente de las TIC reporta, en los modos o aspectos relacionales entre sus agentes y actores, para cada una de las fases o estadios que componen sus tratos relacionales. Para ello recurriremos a las fuentes estadísticas más especializadas o acreditadas, como las recopiladas por la oficina de la Unión Europea EUROSTAT, o los mismos datos estadísticos remitidos por el Ministerio de Empleo y Seguridad Social, dos de las fuentes más recurrentes.

Aquí nos limitaremos a anticipar que las estadísticas sobre relaciones laborales son el resultado del recuento de los hechos derivados de las interrelaciones y formas de colaboración que se dan dentro del marco de la negociación laboral entre trabajadores y empresarios en el momento de la determinación de las condiciones para la prestación de un servicio de trabajo, así como durante la modificación o terminación de la relación laboral, la cual puede ser individual o colectiva, según se establezca entre un trabajador y un empresario o entre uno o más grupos de trabajadores constituidos en algún tipo de sindicato y uno o varios empresarios. A ello deben acumularse, muy especialmente en un marco investigador como el aquí propuesto, las estadísticas que hagan al número de procesos negociadores, con independencia de sus logros o resultados, y dentro de ellos, aquellos que puedan conocer un uso, en variada extensión, de los diversos instrumentos propios de las TIC.

¹⁷ AA VV. (MIGUELEZ, LOBO, F. Coord.): *Las relaciones de empleo en España*, S. XXI, Madrid, 1999.

Las estadísticas sobre relaciones laborales tienen pues el objetivo esencial de generar información que muestre las características de los conflictos de trabajo derivados de la negociación laboral y de los sujetos que participan en estos hechos mediante las distintas formas de agrupación organizada, con el fin de ofrecer una base informativa para la planificación y evaluación de políticas públicas, así como para la investigación y la prestación del servicio público de información a la sociedad en general. En este sentido, conocer las características de los conflictos que se derivan de la negociación trabajadores-patronal, viendo el grado de tecnificación operado en la construcción de las mismas, ayuda a la toma de decisiones por parte de los poderes públicos competentes, de modo que permite obtener mayores elementos de análisis al respecto, para elaborar mejores instrumentos, y poder así afrontar las situaciones que van surgiendo en lo concerniente al desarrollo productivo.

La generación de información sobre relaciones laborales constituye la base para conocer y cuantificar el comportamiento del fenómeno laboral. Las meras expresiones numéricas o de recuento, unidas a otras categorías de análisis mediante un conjunto de variables, proporcionan un vasto conocimiento sobre las repercusiones que estos hechos tienen dentro de la situación socioeconómica. En este sentido, con una información estadística lo más diversificada posible, resulta factible conocer el grado de conflictividad, como elemento de conocimiento básico para mitigar la misma a favor de modalidades más pactadas y dialogadas. El canal jurídico que con mayor frecuencia se utiliza para dirimir las relaciones y conflictos entre el capital y el trabajo es el operado a través de los convenios colectivos, y los conflictos individualizados, que suelen revestir la forma de huelgas. Esta información se obtiene de registros administrativos, donde la transcripción de los datos a los formatos de captación o formatos electrónicos es realizada por personal de los diversos organismos estadísticos competentes, con arreglo a una pauta tanto competencial como territorial.

En consideración a la importancia que el elemento estadístico reviste para el adecuado conocimiento de la realidad laboral, debe recalcarse que diversas organizaciones supranacionales, entre ellas OIT y la propia Unión Europea han elaborado recomendaciones técnicas de diseño y metodología para la generación de las estadísticas sobre relaciones laborales. Por ejemplo, en lo que concierne a la OIT, esta oficina especializada ha venido retomando las conclusiones emitidas en

diversas conferencias internacionales en el ámbito que se han venido produciendo a lo largo del tiempo¹⁸.

El reflejo de la descrita normatividad de las estadísticas en materia laboral hace que un elevado número de países del mundo se hayan adoptado a una especie de plantilla o esquema unitario, tanto de recopilación de una misma serie de variables propias del mundo de las relaciones laborales, como de organismos competentes especializados para la recepción primero, y clasificación de los datos después. Sobre el primer aspecto, esto es, el de las categorías fenomenológicas básicas en materia laboral, el mismo se integra en ocho materias básicas que representan, en términos generales, las dimensiones más relevantes del universo laboral:

- 1.- Población y fuerza de trabajo
- 2.- Unidades generadoras de trabajo.
- 3.- Relaciones laborales.
- 4.- Ingreso del factor trabajo y costes de mano de obra.
- 5.- Riesgo de trabajo.
- 6.- Tiempo de trabajo.
- 7.- Servicios de intermediación.
- 8.- Servicios de entrenamiento y capacitación.

A la vista de los puntos acabados de exponer, vemos que una parte de las estadísticas hacen más a factores económicos o de cifras en la vida de los sectores económicos, mientras que otras se refieren más propiamente a los aspectos relacionales entre los mismos agentes sociales implicados. Por consiguiente, la práctica ha extendido la consideración a otro subgrupo de categorías de este género, los cuales se subdividen a su vez en modalidades más cooperativas o de negociación (convenios colectivos), y otras de matiz claramente conflictivo (entre las

¹⁸ Particularmente interesantes resultan sus líneas orientadoras publicadas en el año 1993, en las que la propia OIT sintetiza sus líneas programáticas basadas en su dilatada experiencia. Con arreglo a tales orientaciones, la información estadística en materia laboral habrá de ajustarse a los siguientes parámetros, de cumplimiento obligado para todos los Estados miembros de la organización:

- 1.- Cada país deberá recolectar, integrar y publicar de manera periódica estadísticas sobre conflictos laborales, en particular sobre huelgas estalladas, al menos una vez al año.
- 2.- Las estadísticas se integrarán de modo que sean representativas del país en su conjunto.
- 3.- Las estadísticas laborales deberán cubrir, en la medida de lo posible, todas las ramas de actividad económica.
- 4.- Las estadísticas deberán medirse determinando el número de trabajadores implicados, la duración de las huelgas y conflictos, el total de días de trabajo perdidos y los establecimientos implicados, entre otros.
- 5.- Deberán publicarse descripciones detalladas relativas a las fuentes, conceptos, ámbitos, definiciones, alcance y metodología utilizada para generar las estadísticas.

que las estadísticas propias de los procesos de huelga ocupan una posición preeminente). Tendríamos así como las referidas subcategorías de campos estadísticos de aplicación de cariz relacional los asimismo ocho que siguen a continuación:

- 1.- Convenios de trabajo aplicados sin conflictividad.
- 2.- Conflictos individuales de trabajo.
- 3.- Conflictos colectivos de trabajo.
- 4.- Conflictos de trabajo solucionados.
- 5.- Huelgas convocadas.
- 6.- Huelgas desconvocadas.
- 7.- Huelgas efectuadas.
- 8.- Huelgas concluidas tras acuerdo de las partes en conflicto.

Cada autoridad competente en materia laboral deberá arbitrar la correspondiente estructura operativa para la captación de los datos de estas estadísticas, aprovechando generalmente la propia estructura desconcentrada de los Ministerios de Trabajo o entidades equivalentes. A dicha estructura operativa se la dota con instrucciones específicas para un adecuado y uniforme procedimiento de captación de datos, que habrán de ser como se alimenten las estadísticas sobre relaciones laborales propiamente dichas. El proceso se inicia con la actualización permanente del directorio de fuentes de información (institutos de conciliación, arbitraje o mediación, representaciones sindicales o empresariales) a las cuales se dota de plantillas o formularios en blanco para la transcripción de los datos requeridos. Una vez que dichas fuentes informantes transcriben los datos de sus registros administrativos a los referidos expedientes, éstos son enviados a la central estadística competente, siendo el correo electrónico el medio cada vez más utilizado. En cada envío se articulan una serie de claves donde se indica el tipo de estadística, número de formatos y casos que contiene cada envío. La previa remisión electrónica por parte de las fuentes, amén de la celeridad conseguida, facilita el posterior tratamiento electrónico por las propias instancias encargadas de la recopilación estadística.

Una vez recibidos los grupos de formularios respectivos, se organiza la información por estadística, número de casos y trabajadores involucrados por sexo. Estos datos se capturan en razón a cada fuente informante, estadística, mes y año a los que corresponde la información. Los controles para asegurar la integridad, cobertura y calidad de la información se verifica a través de diferentes formas, cuidando varios

aspectos necesarios para la organización que el procesamiento de datos requiere. Las técnicas o métodos más habitualmente empleados podrían glosarse en los a continuación expresados:

- 1.- Asignar códigos o claves a las respuestas hechas a los formatos por las diversas fuentes informantes, con base a diversos manuales de codificación de estadísticas sobre relaciones laborales usados a tal efecto.
- 2.- Detectar registros incorrectos y/u omisiones de la información.
- 3.- Revisar que la información registrada reúna los requisitos de congruencia y fiabilidad.

Si como resultado de esta actividad se detectan registros incorrectos u omisiones, se acude a la fuente de información afectada para las aclaraciones o correcciones pertinentes, tomando en cuenta las instrucciones específicas para cada formulario de captación. Concluida la recuperación de la información y el proceso de crítica y codificación, las correcciones se ajustan con la ordenación previamente efectuada a la que hacíamos mención, ubicándola igualmente desde parámetros de grupo estadístico, mes y año a los que corresponde la información.

En los contextos supranacionales el proceso resulta ser idéntico, sólo que aquí las fuentes que remiten información son las propias dependencias nacionales, afectadas en las actividades descritas más arriba. Con todo, hay un aspecto que llama poderosamente nuestra atención; que la preocupación estadística y los modos de proceder a su elaboración, cuando tocan a su faceta relacional, lo hacen en sus manifestaciones, sea de negociación o acuerdo, y no de conflicto, siendo en principio no importantes, al menos para la gran estadística en el entorno laboral, aspectos tales como el uso de las componente TIC por los mismos agentes sociales en el desarrollo de los mencionados procesos. Sin desdeñar toda la realidad acabada de describir, deberemos conseguir cualesquiera datos, no importa su fuente, que nos permitan averiguar la dimensión, desde el punto de vista estadístico, de la problemática aquí tratada, aunque sea mediante la reelaboración, o más bien reconsideración, de las fuentes estadísticas que estén realmente disponibles. Optaremos pues en nuestro propósito investigador, con operar con las estadísticas disponibles deparadas por los organismos nacionales y supranacionales más acreditados y fiables, sometiéndolas, siempre con la debida medida, a la precalculada adaptación a los elementos elegidos para nuestra observación metodológica.

3.- Tecnologías de comunicación en los procesos entre partes sociales

El análisis doctrinal operado sobre el trabajo humano y las relaciones que, con motivo del mismo, se establecen entre los empresarios, en cuanto a propietarios o gestores de los medios de producción y los que aportan la capacidad productiva o fuerza de trabajo, los trabajadores, es obvio no se trata de un fenómeno nuevo ni de una disciplina nueva. Lo que sí es quizás más novedoso es que en los últimos tiempos, y el presente trabajo pretende ser muestra de ello, se intente superar el trabajo mono-doctrinal basado en lo político, lo jurídico o lo social, para pasar a visiones auténticamente pluridisciplinarias. Son efectivamente muchos los elementos que subyacen a la compleja realidad laboral, más actual que nunca en el presente contexto de crisis (efectivamente, aquéllas abarcan el ámbito político, social y económico además del meramente laboral).

Considerando pues lo anteriormente dicho, ni menos lugar relevante que ocupan en nuestra sociedad las relaciones laborales, el propio concepto de aquéllas, en cuanto regula el trabajo humano, se encuentra subsumido en un marco económico, social y político del que forma parte como engranaje la relación económico-social de todo proceso, siendo la finalidad económico y productiva constituye, sin lugar a dudas, el origen de la naturaleza conflictiva de este tipo de relaciones. Desde los primeros inicios de la cuestión relacional laboral como disciplina jurídica especializada imperó la idea de sistema, concebido como el conjunto de factores y condiciones ambientales de todo tipo. El sistema de relaciones laborales tendría que tomar en consideración varios componentes, entre los que destacan la estructura de poder sociopolítico, el mercado de los productos en causa y la tecnología de la producción. Avanzando en el tiempo, el concepto de relaciones laborales, de origen económico y social, fue poco a poco adquiriendo una nueva magnitud que se vinculaba también a la reglamentación administrativa y legislativa del fenómeno.

3.1.- Poder público, tutela normativa laboral y factor tecnológico

Pese a que exista el indudable impacto de las TIC, tal factor no debe en modo alguno apartarnos de ciertas ideas de base, adquiridas a lo largo de un dilatado proceso histórico, y jalonado, desgraciadamente, por no pocos elementos de violencia y sufrimiento humanos. Las conquistas sociales, tenidas como un patrimonio común de la humanidad, modulan y equiparan unas relaciones entre agentes sociales que nunca estuvieron exentas de tensión, y en las cuales siempre imperó la idea de sobrepeso o mayor capacidad de influencia de una (el empresariado), en detrimento o perjuicio de la otra (los trabajadores). Con la sensación para muchos de lo caduco de estos postulados hoy en día, o que los mismos no se puedan ya generalizar burdamente (en efecto hay pequeños empresarios casi tan poco poderosos al igual que, muchos trabajadores, mientras ciertos trabajadores gozan de prebendas y blindajes de contratos que los hacen mucho más fuertes que esos mismos pequeños empresarios), se parte de una cierta premisa histórica, tenida por verdad difícil de rebatir; que si bien siempre han sido partes privadas, y que entre ellas ha debido siempre de primar una libertad o autonomía para contratar u obligarse, tal aserto se demostró una ficción, debido al claro desequilibrio entre los poderes negociadores o relacionales enfrentados. Así las cosas, cuando la sociedad se hizo consciente de la dificultad que ello implicaba, reconoció la existencia de derechos o intereses de protección dirigidos a la parte más débil. Se limitaba pues la autonomía personal, se introducía una idea de indisponibilidad de ciertos parámetros mínimos bajo la creencia de que, cuando el trabajador aquiescía con ellos, lo era porque no tenía más remedio o forzado por las circunstancias. Fruto de dicha legislación, que introduce tales disposiciones imperativas en el marco de las relaciones entre las partes sociales, surge el ordenamiento laboral. Y tal tutela no lo es sólo con referencia a la manera en que se efectúan los contratos y relaciones entre partes; aun cuando éstas tienden a negociar o a transaccionar en modos alternativos a los Tribunales, dicho elemento de indisponibilidad mínima a favor de los más débiles sigue existiendo, garantizándose muy especialmente, la imparcialidad de ese árbitro, cuando no su sensibilidad a considerar al trabajador como la parte menos poderosa del conflicto. Y con todo, por idénticas razones de imperativo público, tal capacidad de negociación entre partes, mediatizada o no por un árbitro, es directamente sustraída a las partes sociales, y confiada a los propios tribunales de justicia, quedando éstos

como los únicos encargados de proceder a la resolución las controversias que les oponen¹⁹.

Hoy en día, las relaciones laborales, en el contexto de un sistema económico de mercado, son un conglomerado de tensiones y acuerdos, tendentes a regular el desarrollo pacífico del proceso productivo, lo que implica el estudio de numerosas áreas que se vinculan al mismo (desde el reparto de los beneficios, al bienestar de los productores). Ante tal cúmulo de compleja diversidad, el estudio de las relaciones laborales requiere así una metodología multidisciplinar que, partiendo de un marco político (en las democracias parlamentarias, caracterizado por la pluralidad de concepciones sociales, políticas y económicas), y reflejado en las demás estructuras institucionales, permita identificar, comparar y resolver las dificultades que surgen de la existencia de las relaciones de grupo, dentro de un sistema económico determinado. Este complejo y extenso encuadramiento puede, sin embargo, simplificarse determinando cuáles son las áreas donde la naturaleza conflictiva de estas relaciones puede manifestarse, constituyendo desde un primer momento la distribución de los frutos de la producción, y esencialmente su reglamentación y los problemas relativos al bienestar de los trabajadores, la piedra angular de todo sistema de relaciones laborales. Al ser un marco esencialmente conflictivo por sí, se trataron de perfeccionar e institucionalizar los mecanismos de diálogo y de resolución de controversias, desterrando en lo máximo posible el ejercicio de la violencia como forma de perpetuar la dominación de ciertos grupos sociales sobre otros, y compensando, por medidas de protección dirigidas a la parte más débil y propensa a recibir abusos, los trabajadores, bajo la forma de un conjunto de derechos y salvaguardas mínimos e indisponibles. El desarrollo político e institucional determinó el diálogo y la negociación garantizada por ley estatal, como

¹⁹ La literatura jurídico-laboral es, y sólo con referencia al terreno del empleo de la jurisdicción y tribunales para la resolución de las controversias planteadas en las relaciones entre los interlocutores sociales, extensísima, como bien puede intuirse. Hecha pues tal exclusión de la abundante producción jurídico legal de cariz más legalista, procesal o netamente jurisdiccional, y quedándonos pues circunscritos al campo de la mediación y arbitraje, como iniciativa privada o autónoma desempeñada por los propios actores sociales en la superación de sus controversias, merecen citarse, como muestra, los siguientes autores: ALONSO GARCIA, M.: *La solución de los conflictos colectivos de trabajo*, Instituto de Estudios Autonómicos, Madrid, 1979; KOLB, D.: *Los mediadores*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1989; PERDIGUERO BAUTISTA, E.: *Mediación, conciliación y arbitraje en el Derecho Laboral*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1995; SUARÉS, M.: *Mediación. Conducción de disputas, comunicación y técnicas*, Paidós, Barcelona, 1996; SINGER, L.: *Resolución de conflictos. Técnicas de actuación en los ámbitos empresarial, familiar y legal*, Paidós, Barcelona, 1996; MOORE, C.: *El proceso de mediación*, Granica, Barcelona, 1997; VINYAMATA, E.: *Mediación y resolución de conflictos*, UOC, Barcelona, 1999; MUNDUATE, L., MEDINA, F. J.: *Gestión del conflicto, negociación y mediación*, Pirámide, Madrid, 2005.

forma pacífica e idónea de resolver las diversas clases de dificultades que se iban planteando.

El impacto de modos productivos alternativos, la mecanización e incluso la entronización de las TIC introducen nuevos modos operativos y variantes de conflictividad. Pero, ello no obsta al hecho, en función del cual, los gobiernos en la actualidad aceptan unánimemente la importancia de contar con un sistema de relaciones laborales basado en el diálogo. Sin embargo, no existe unanimidad sobre su naturaleza ni sus formas de desarrollo ¿Cómo se articula la toma de decisiones?, es decir, ¿cuáles son los medios de canalizar esa negociación? ¿Quiénes son los grupos legitimados? Garantizar un correcto desenvolvimiento de este proceso es fundamental, especialmente en un mundo en crisis, ya que el caos y la falta de legitimación de las partes involucradas pueden, por ejemplo, llevar a rebelarse a grupos marginales que no se sienten integrados y protegidos por el sistema.

El sistema de relaciones de trabajo representa por tanto un microcosmos en evolución, que cumple no sólo una función en el marco actual (la resolución de conflictos puntuales) sino que lleva consigo una finalidad concreta (la paz social). El interés del estudio pluridisciplinario y de ciencia social sobre la cuestión, aparte del marcado y obligado peso protagonizado por la componente más jurídica, justifica pues, a nuestro modesto entender, una iniciativa investigadora como la que aquí se presenta.

El hecho de evitar el monopolio de lo legal no debe por otro lado hacernos perder la constatación de lo a todas luces evidente, que las relaciones laborales se desenvuelven dentro de un marco normativo fijado por el Estado, que se convierte así en un significado protagonista del sistema, al determinar el modelo de relaciones existente, y al dictar directamente las condiciones sustantivas de trabajo. Estas mismas son, por protagonismo de ese Derecho dispositivo tutelado, y en base a la idea de protección, antes referida, condiciones de política social indiscutibles e imperativas. El poder público, en consecuencia, coadyuva a la acción del resto de los actores a través de sus servicios administrativos y de las instituciones en favor de la solución de conflictos.

Con un nivel equiparable a los más altos y esenciales textos que integran la máxima legalidad a nivel mundial, el organismo especializado de Naciones Unidas en

materia laboral, la Organización Internacional del Trabajo (OIT)²⁰, opta por una configuración de la negociación en un sentido amplio y dependiente de la voluntad de las partes que en ella intervienen. No obstante, son las legislaciones nacionales las que deben establecer cuál debe ser el contenido mínimo, en algunos casos de forma muy amplia, lo que permite a los actores navegar en un enorme abanico de posibilidades. En algunas partes del mundo, como en Europa, el proceso de integración lleva a que existan unas instituciones comunes, cuya preocupación consista en establecer dichos mínimos como una base común y homologable entre todos sus Estados miembros. Pero como en su momento veremos, esta misión da la imagen de un magno edificio siempre a medio construir, siempre con una idea de avance, pero con no pocos episodios de parálisis, cuando no de exclusiones, excepciones y hasta de evidentes retrocesos.

Las relaciones laborales, por ser algo tan vivo y en conexión con lo contemporáneo, está sometida a continuo cambio. Es por ello que nunca habrá de perderse la perspectiva deparada por las nuevas dimensiones del conflicto y la cooperación en las relaciones laborales. La competencia por los mercados y las estrategias de productividad y calidad, que han inducido a toda una serie de transformaciones productivas y de gestión. Esto ha llevado a los protagonistas de las relaciones laborales a la búsqueda de nuevos espacios de negociación, intentando que de alguna manera los objetivos de calidad y productividad sean programados en procesos productivos diversificados. Las mejoras tecnológicas, implantadas en las técnicas de producción, condicionan, también por sí mismas, los aspectos humanos, relacionales y sociales dentro de las empresas. Hoy más que nunca se deja ver la limitación de un modelo de relaciones laborales tradicional, centrado en las preocupaciones económicas de mejor precio de la mano de obra y en el control del puesto de trabajo. Es decir, los nuevos paradigmas exigen que se transformen los motivos del conflicto, de consenso o de acuerdo, así como la operativa para entender de los mismos, y consiguientemente, ponerles solución.

Los nuevos modos tecnológicos, con las posibilidades que abren para el ensayo (hay quien compara tal elemento con los logros conseguidos con los tratamientos

²⁰ Cítese así el Convenio Núm. 154 de la OIT de 1981, sobre negociación colectiva, según cuyo preámbulo, aquélla “comprende todas las negociaciones que tienen lugar entre un empleador, un grupo de empleadores, o una organización o varias organizaciones de empleadores, por una parte, y una organización o varias organizaciones de trabajadores, por otra, con el fin de:

1 Fijar las condiciones de trabajo y empleo.

2 Regular las relaciones entre empleadores y trabajadores.

3. Regular las relaciones entre empleadores o sus organizaciones y una organización o varias organizaciones de trabajadores, o lograr todos estos fines a la vez”.

informáticos de texto, en comparación a cuando todo debía necesariamente confeccionarse en soporte físico papel), apuntan a un horizonte más favorecedor, al menos operativamente de la colaboración entre los agentes sociales. La gestión y organización de la vida interna de las empresas, las tareas de administración y organización con la utilización de las TIC, se modifican y se hacen más complejas. En parte se fusionan y se vuelven indisociables. Se tiende a administrar desde las líneas mismas del proceso productivo, mientras que con la informática se da una extensión de las tareas de programación. La planificación y la puesta en marcha, son absorbidas por el proceso, se administran más de cerca, a menudo en las propias líneas de fabricación, donde incluso se tratan con mayor eficacia. Con tales ganancias en los ámbitos de integración y flexibilidad en la vida productiva de empresas y centros de trabajo, la productividad ya no descansa solamente en los ritmos de trabajo vivo, sino en la tasa de intervención de las herramientas y el rendimiento general de las instalaciones. Se convierte en esencial la capacidad de hacer frente a los imprevistos, de controlarlos, reducirlos y, cada vez que sea posible, anticiparlos.

En este sentido, la implicación de los trabajadores ha adquirido mayor relevancia, y por añadidura, los esfuerzos para incrementar el sentimiento de compromiso de los empleados con la empresa se han hecho más intensos, fortaleciéndose por la vía formal, a través de convenios colectivos, o por vía informal, a partir del entendimiento entre supervisores y trabajadores en el proceso productivo. A lo anterior se suma la aplicación y uso de mecanismos para informar y consultar a los trabajadores en forma directa a través de estructuras participativas, tales como los llamados equipos de trabajo y los círculos de calidad. Los cambios que se presentan en la administración de la empresa están generando la necesidad de ampliar el espacio de participación de los trabajadores en lo individual y en lo colectivo, así como la creciente participación de las organizaciones sindicales. El dilema actual de la participación de los trabajadores en la empresa debe analizarse a partir de la percepción y actitud de las organizaciones sindicales frente a la administración de la empresa, y también a partir de la disposición o interés de la empresa para generar un espacio o ambiente de confianza y comunicación que propicie, en forma constante la participación de los trabajadores y de las organizaciones sindicales, como representación colectiva de aquéllos.

Todo ello reporta todo un horizonte, caracterizado por incipientes y apenas exploradas perspectivas en las nuevas líneas evolutivas de las relaciones laborales.

De tales retos, propios de la más actual modernidad en la que se sumergen los intercambios entre las partes sociales, se desprende la urgencia de impeler a éstas para que sepan definir sus propios términos y conceptos, así como sus bases de estrategia en la etapa actual de relaciones laborales. Entre las definiciones más urgentes de perfilar podríamos señalar las concernientes: primero, a aquellas propias de los nuevos términos y conceptos del mundo laboral (productividad, calidad, capacitación, participación, etc.); segundo, a la defensa del papel de la bilateralidad en la nueva cultura productiva; tercero, al derecho a la información y su importancia para la estrategia y actuación de las partes sociales (en donde el impacto de las TIC, núcleo modular del presente trabajo, ha de revestir una importancia insustituible); y cuarto, la adecuación de la idiosincrasia y modos de las partes sociales a una fluida movilidad de registros, que comprenda los niveles de empresa, regional y nacional e internacional.

En resumen, la definición propia desde las preocupaciones respectivas, diametralmente opuestas aunque simétricas, de ambas partes sociales, y sin descartar la implicación del poder público, interesado siempre en un fluido desenvolvimiento del diálogo social, puede y debe ser plasmada esencialmente en los nuevos cauces de la negociación y de resolución de la conflictividad social, y en los cuales las TIC han de desempeñar un papel crucial. Tales actitudes han de redefinirse en consecuencia en el marco de las TIC y en el proceso de creciente globalización, como la opción verdaderamente válida para dirimir las diferencias. Es la necesidad de hallar la unidad dentro de la diferencia una de las preocupaciones del estudio de las interrelaciones humanas en todos los momentos históricos. En su modesta aportación, tal ha de ser la más clara intención inmanente a cada uno de los apartados que iremos exponiendo en el devenir de la propuesta investigadora ahora desarrollada.

3.2.- Lo tecnológico, negociación y ejercicio de derechos colectivos

Siendo, en sí mismo, el tema del uso de las TIC dentro de los procesos de diálogo entre las partes sociales un campo de creciente interés especializado al que, en los últimos tiempos, viene recurriendo una parte sustancial de la doctrina²¹, apúntese

²¹ A este tenor destaca el grupo de investigadores del Área de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Huelva. Deben citarse pues diversas aportaciones recogidas en torno a la *Revista Derecho y Conocimiento*, editada por la Facultad de Derecho de dicha Universidad desde el año 2001, como son: RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M. y BARBA 55

como idea inicial o introductoria que el sistema de relaciones laborales se ve en la actualidad afectado especialmente por numerosos elementos que cuestionan su planteamiento tradicional. La revolución tecnológica, secundada por una serie de factores económicos, está cambiando radicalmente la manera de producir. Asimismo, las TIC aplicadas a la administración del personal hacen más fáciles las relaciones con los trabajadores, concentrando de forma general en un reducido conjunto de herramientas informáticas operativas los datos de todos los trabajadores de la empresa. Se recalca que, en dicho proceso, el sindicato pierde sustancialmente su papel de mediador en la identificación y en las relaciones con el personal. Su función con respecto a sus bases se modifica, e igualmente en los tratos con la dirección de la empresa.

Las iniciativas más recientes en materia de gestión de recursos humanos tienden a promover una relación unitaria entre la gerencia y los empleados, sin tener en cuenta la divergencia existente entre ellos. Con tal fortalecimiento deparado a las relaciones directas entre la gerencia y los trabajadores se quiebra en cierta medida el concepto tradicional, a veces más espiritual que efectivo, de solidaridad de clase, y se reduce, en la práctica, la eficacia de la intervención del sindicato. Probablemente este fenómeno no sea exclusivamente laboral, sino que refleja una tendencia sociológica hacia la fragmentación de los intereses de los ciudadanos en la sociedad contemporánea. Este proceso se propicia, a la par que se incrementa exponencialmente, por el impacto de las TIC, de manera que los grandes marcos de diálogo entre plataformas sindicales y empresariales pueden verse sustituidos por una visión micro construida a través de los nuevos modos de comunicación operados desde el uso de las tecnologías de la información.

Esta novedosa flexibilidad propiciada desde las TIC enfatiza de un modo no ocultamente agresivo o incisivo la mejora de la producción y la formación, simplificando los procedimientos administrativos. Por añadidura, implica un ahorro de esfuerzo físico y de trabajo, así como una reducción de los riesgos inherentes al

RAMOS, F.: "Alternativas de regulación de los derechos on-line en el ordenamiento laboral español", en Núm. 1, 2001, págs. 70-99, y RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M. y LÁZARO SÁNCHEZ, J. L.: "Los derechos *on-line* en el ordenamiento laboral español: estado de la cuestión", en Núm. 2, 2002, págs. 151-173. También AA. VV. (BORRAJO DACRUZ, E. coord.): *Trabajo y libertades públicas*, La Ley, Madrid, 2000; CARDONA RUBERT, B.: *Informática y contrato de trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999; PEREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: *Nuevas tecnologías y relación de trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1990; SEMPERE NAVARRO, A. V. y SAN MARTÍN MAZZUCONI, C.: *Nuevas tecnologías y relación de Trabajo*, Aranzadi, Pamplona, 2002.

mismo. Pero por otro lado provoca un indudable efecto de mutación sobre el modo en que las relaciones humanas se habían venido operando en el seno de las empresas. Aquí se apunta a que el mencionado proceso pasa por ciertas etapas, aun no bien definidas del todo, y que parten por la recopilación de información y análisis por las partes sociales. Tal proceso se justifica para lograr unas relaciones transparentes y dotadas de una base firme para el diálogo. Se constata entre las partes sociales una cierta pugna por las posibilidades que deparan las TIC. Después los resultados obtenidos son adaptados por parte social con arreglo a sus propias posiciones negociadoras y necesidades, para proceder posteriormente a la clasificación de todos los elementos informativos recabados. Asimismo hay que considerar el impacto de las TIC en sus aportaciones para conseguir una mejor justicia de las relaciones laborales, en el ideal apuntado entre otros por MONTROYA MELGAR²².

Consistente con lo anterior, se constatan cambios sustanciales en los contenidos de la negociación colectiva, de los procesos de negociación y conflicto laboral, así como en la relación laboral, como consecuencia de los cambios tecnológicos. La situación actual de la economía, los procesos de ajuste, la globalización, así como la incorporación de nuevos esquemas económicos a las políticas nacionales generan un cambio profundo en el escenario laboral, especialmente a partir de la década de los 90, punto de arranque de la universalización del empleo de las TIC²³. La tendencia a modificar los parámetros sociales y económicos con el fin de desarrollar la capacidad competitiva nacional ha desembocado en un panorama nuevo, que supone la reforma integral del estado y una tendencia progresiva a la desregulación de los mercados internos de trabajo. En efecto, la flexibilización y la búsqueda desmedida de una adaptabilidad creciente de las empresas al momento económico han provocado reformas de mayor o menor amplitud en las legislaciones nacionales con una escasa participación por lo general de los actores sociales.

²² A este tenor es cierto que autores como MONTROYA MELGAR han indicado que el desarrollo de un proceso en forma rápida y eficaz, constituye uno de los fundamentos esenciales que debe brindar todo órgano jurisdiccional. Este autor también incluye dentro de las manifestaciones de este principio: la rapidez de los actos de comunicación procesal, la no suspensión del curso del proceso, el concepto de instancia única y la irrecorribilidad de ciertas resoluciones judiciales. Vid. MONTROYA MELGAR, A.: "El principio de celeridad en los procesos laborales" en *Memorias del Encuentro Iberoamericano de Justicia del Trabajo realizado en San José de Costa Rica*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid 1999, págs. 3 y sigs.

²³ Proceso del cual un creciente número de autores ve una relación directa con la acuciante cuestión del mantenimiento de los estándares de garantía social a escala mundial, en sus aspectos tanto positivos como en los recodos más oscuros y controvertidos. En tal línea recomendamos en artículo de MÀRIA, J. F.: "La globalización y los Estados del bienestar en Europa", en *Revista de Fomento Social*, Núm. 63, Córdoba, 2008, págs. 207- 231.

Se ve, al menos desde un punto de vista institucional o programático, en el modo en que las TIC impactan en las empresas, un punto de partida esencial para la reactivación de la economía, la democracia y el concepto de participación social. Son estos, sin duda, los conceptos básicos para que las relaciones laborales se impregnen de una nueva idea de participación, que permita elaborar una refundada cultura de diálogo y no de confrontación. Estas transformaciones, con implicación sustancial en la reorganización de los flujos productivos, y por tanto, una correlativa reestructuración de las formas de control y supervisión de los “recursos humanos”, modifican en forma directa las bases, y espacios de negociación (y por ende en las relaciones laborales). Estas nuevas circunstancias demandan una nueva actitud a los interlocutores sociales en sus tratos respectivos y recíprocos.

La cuestión de la normalización de las relaciones laborales en su esencia de cooperación y conflicto tiene su conexión con la cuestión de aun mayor calado representada por la democratización de las relaciones laborales. Con respecto a las mismas, si un autor destaca especialmente en la doctrina nacional como estudioso en esta visión, este es sin duda GARCIA BECEDAS²⁴. Semejante concepción condiciona desde luego el modo en que las partes sociales se interrelacionan. GARCIA BECEDAS distingue al menos entre dos concepciones en la faceta relacional laboral, siendo la primera la de ordenación y jerarquización: integrador del conflicto, mientras que la segunda se corresponde a la forma del acuerdo interconfederal entre sindicatos y organizaciones empresariales como paradigma de relación entre las partes sociales²⁵.

²⁴ Este autor ya es conocido desde obras que consolidaron estos aspectos desde los primeros años de la andadura constitucional. Tal puede apreciarse en GARCIA BECEDAS, G.: *Democracia y relaciones laborales*, Akal Universitaria Núm. 40, Madrid, 1982. También GARCIA BECEDAS, G.: “Apuntes para un análisis de la libertad sindical en la constitución española”, *Revista de Política Social*, Madrid, 1985, págs. 39-61. Para GARCIA BECEDAS, *Democracia...* Op.cit. pág. 54: “La constitución de un modelo democrático de relaciones laborales ha de estructurar en una serie de unas modalidades democráticas cuales serían: la democracia económica (lucha por las reformas y mejora de las condiciones generales de vida de la población asalariada); la democracia industrial externa (participación de los trabajadores en la política de inversiones de la empresa) y la democracia industrial interna (posición de cada trabajador en la empresa)”.

²⁵ GARCIA BECEDAS, G.: “Asambleísmo o representatividad sindical” *Documentación Laboral*, Madrid, 1988, Núm. 25, págs. 7 y sigs. Dicho autor sitúa la concertación social en el marco de un determinado modelo en donde el cambio no es de prestación y contraprestación, sino de cambio de una cosa por otra que no es homogénea, y que se produce en determinadas circunstancias. GARCIA BECEDAS concibe la concertación social como producto del Estado democrático de derecho. Dentro del mismo los sindicatos y las organizaciones empresariales ofertan al Estado una actitud de consenso social, un cambio de su actitud. No van a cuestionar el modelo de producción capitalista y aceptan una política de rentas dirigida a la ordenación del crecimiento económico. Los sindicatos aceptan el consenso, en la medida que controlan el costo de incertidumbres.

Resulta, en consecuencia, evidente que no se puede cambiar la práctica productiva sin adecuar las relaciones laborales, y viceversa, cuando en los análisis de las experiencias productivas se ha concluido que el factor humano es el componente central de las estrategias de productividad. Lo así constatado conduce indefectiblemente a observar que la estrategia laboral puramente centrada en la negociación de la distribución de la riqueza se tiene que transformar en una estrategia que incorpora además la administración del proceso productivo. Este último es el nuevo eje de las estrategias de productividad que las empresas aplican para ser más competitivas y responder así a las exigencias del mercado.

Las consideraciones de esta estrategia, sin embargo, suponen también un cambio en la percepción que tienen de sí mismas los empresarios y las organizaciones sindicales. De hecho estamos siendo testigos de intensos cambios en las características de los actores sociales, que adquieren nuevos papeles al interior del proceso productivo, tal como ocurre con los mandos medios y gerenciales en su papel de nuevos coordinadores, (más que simples supervisores); además, se demandan nuevas características de los trabajadores respecto a niveles de formación y capacitación, nuevas formas participativas y de autocontrol, etc., que implican cambios en los contenidos, amplitud y profundidad de la negociación colectiva. Las transformaciones tecnológicas, en la organización de los procesos de trabajo, en las características de los productos, así como el surgimiento de nuevas formas de gestión y administración de los procesos dentro de la planta, han originado nuevas situaciones en los tradicionales espacios de negociación. No sólo se ha modificado el antiguo papel de los protagonistas de estos espacios, sino que también se ha redimensionado la dinámica misma de algunos contenidos, provocando la mayor atención a ciertos aspectos relacionados con una pluralidad de factores, antes poco considerados, entre ellos: primero, los contenidos del trabajo y capacitación; segundo, la participación de cada trabajador en la mejora del proceso; y tercero, polivalencia o movilidad funcional del trabajador. Todas estas nuevas sensibilidades carecían, en el inicial modelo de producción en masa surgido con el

La concertación social se traduce en un acuerdo por ambos que no excluye la situación de conflicto, ni implica la colaboración de clases, ni tampoco la desaparición del conflicto social. Es un mercado de intercambios políticos, que permite la estabilidad nacional y el crecimiento.

Ante esta situación GARCÍA BECEDAS la concertación democrática pasa por dos bloques de soluciones: a) concertación económica, que exige un proyecto sindical autónomo; participación conflictual; b) democracia industrial en el seno de las empresas; control (inversiones); derecho de información y acción de los sindicatos en la empresa. Este autor ve pues como componente esencial de la democratización de las relaciones laborales que no se cohiban los medios de comunicación e información en el seno de las empresas.

advenimiento de la Revolución Industrial, de una relevancia apreciable, resultando ser, en todo caso, instrumentos administrativos de menor importancia en las negociaciones y en las relaciones laborales.

Aquí la pregunta esencial es si todo lo arriba afirmado, aparte de las buenas intenciones o la mentalidad acerca de la importancia de sus contenidos, conoce una respuesta decidida por los poderes públicos. Ello es esencial, dado el marcado protagonismo que los mismos revisten en un entorno de Derecho dispositivo tutelado que caracteriza a las relaciones laborales. A este respecto, podemos llevarnos una cierta decepción o sorpresa no demasiado agradable. Los pioneros en tales lides han sido algunos comités internacionales extraoficiales, de iniciativa meramente privada, que se han preocupado por la inmisión de la cuestión de las TIC en el entorno de las relaciones laborales. Tal es el caso del Código de Conducta elaborado por la *Union Network International (UNI)*²⁶. Tal iniciativa salió a la luz para servir de soporte a una campaña mundial iniciada en 1998 para promover el reconocimiento y la recepción legislativa de las TIC. Estaba especialmente centrada o canalizada desde la óptica de derechos sociales esenciales de los trabajadores, y no tanto, lo cual constituye nuestra preocupación fundamental, como cauce de comunicación entre éstos y los empresarios. Es quizás la primera iniciativa realmente específica en donde se maridan aspectos laborales con las TIC en una óptica de empleo instrumental de las segunda con relación a las primeras. La referida campaña, con una amplia difusión desde la red, conoció mucho menos impacto en el interés legislativo de la parte de los poderes públicos. Con todo, la iniciativa puso en primera fila de los debates laborales la importancia de la garantía de los derechos de los trabajadores frente a estos cambios tecnológicos. Tales cambios tecnológicos veremos que irán a generar los dos grandes troncos de derechos que competen a los sujetos en cuanto a usuarios de la red, los de acceso

²⁶ Recogido a título de muestra por RODRIGUEZ-PIÑERO ROYO, M.: *El correo electrónico en la empresa: algunos problemas de derecho del trabajo Ciclo de conferencias sobre nuevas tecnologías y derecho*. Servicio de Publicaciones Universidad de Huelva, Huelva, 2004. El mencionado autor refiere (pág. 9) que la iniciativa salió a la luz para servir de soporte a una campaña mundial iniciada en 1998 para promover el reconocimiento y la recepción legislativa de la cuestión de las TIC, mas especialmente centrada o canalizada desde la óptica de derechos sociales esenciales de los trabajadores, y no tanto, como aquí es nuestra preocupación fundamental, como elemento de cauce de comunicación entre éstos y los empleadores. Pese a todo, es quizás la primera iniciativa realmente específica en donde se maridan aspectos laborales con las TIC, en una óptica de empleo instrumental de las segunda con relación a las primeras. La referida campaña, con una amplia difusión desde la red, conoció mucho menos impacto en el interés legislativo de la parte de los poderes públicos.

(*access*) e intimidad (*privacy*)²⁷. Unos derechos que a su vez revestirán una significación muy característica a favor de trabajadores y sindicatos, pero carentes de un adecuado respeto por los empresarios, y desprovistos de una adecuada legislación a cargo de los poderes públicos competentes, tal como en el curso de nuestra investigación podremos demostrar.

Tales grupos de derechos resultan ser muy distintos en configuración, estilo, reconocimiento y protección. Mientras que la intimidad parece que es indiscutida (ello, adviértase, en candente actualidad con la dicotomía intimidad/seguridad por motivos de lucha contra el terrorismo, etc. bien conocida), y se mezcla con aspectos personales que nada tienen que ver con la relación laboral, los derechos de acceso no presentan, ni en su reconocimiento, ni en el espíritu de sus teóricos titulares, los trabajadores, un alcance o dimensión equiparable, revistiendo más bien el carácter de una pretensión o propuesta de las asociaciones de internautas que de los mismos trabajadores y sus asociaciones representativas.

En un contexto semejante, el Código elaborado por la UNI intenta perfilar este derecho de acceso como nuevo terreno a conquistar por los trabajadores, al identificarlo con al menos cuatro aspectos diferenciados:

- 1.- Consideración del uso de las nuevas herramientas informáticas de comunicación como parte esencial para el desarrollo de la comunicación sindical²⁸.
- 2.- Posibilidad de su empleo autónomo por los trabajadores, inclusive para otros fines no estrictamente profesionales²⁹.

²⁷ Sintetizados a modo de muestra, y de acuerdo con el Código de Conducta elaborado por la UNI, los derechos, para los empleados, los sindicatos y los comités de empresa, que debían reconocerse a los trabajadores y a sus organizaciones en el acceso a la red deberían ser los siguientes:

- libre acceso a los sistemas de correo electrónico de las empresas con el fin de recibir información y comunicarse.
- 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.
- prohibición de cualquier forma de vigilancia electrónica secreta de los mensajes de correo electrónico o páginas web visitadas por los empleados.

²⁸ Los cauces por los cuales trabajadores y sindicatos se comunican entre sí adquiriría tendría una nueva dimensión operativa por el impacto de las TIC, de acuerdo con el siguiente tenor, de acuerdo con el Código UNI (Apdo. 3º): “El comité de empresa/el sindicato y sus representantes tienen el derecho de acceder a las herramientas informáticas de la empresa y utilizarlos para sus actividades, tanto de una manera interna como externa. Esto incluye el derecho de enviar información del sindicato/comité de empresa a todos los empleados usando los medios de comunicación electrónica a su disposición. Los empleados tienen derecho a utilizar las herramientas informáticas de la empresa para comunicarse con su sindicato/comité de empresa y sus representantes”.

²⁹ Sigue expresando el mencionado Código UNI (Apdo. 4º): “Los empleados tienen derecho a utilizar las herramientas informáticas de la empresa con fines no profesionales, tanto de una

3.- Consecución, en dicho uso, de un nivel escrupuloso de respeto e intimidad con las facetas tocantes al círculo más personal del trabajador³⁰.

El panorama descrito merece, con todo, un cierto número de críticas. Así, el tratamiento de la UNI resulta adolecer de no pocos defectos técnicos y de presentar una inoperante complejidad. Aparte de que no queda clara la línea divisoria entre lo que son derechos informáticos de los trabajadores propiamente dichos, y de sus organizaciones representativas, los sindicatos, se mezclan en el mismo tratamiento dos realidades informáticas distintas, Internet, que es de acceso libre, y la Intranet de la empresa, que desde luego sí es más propensa a conocer trabas que impidan su uso generalizado o incontrolado.

Todos estos aspectos han llevado a una cierta idea de fracaso o parálisis en la cuestión, de la cual parece arrastrarse toda la problemática que iremos desarrollando en el curso del presente trabajo de investigación. En el caso de los legislativos nacionales, y resáltese como ejemplo, sin ir más lejos, el del legislador español, lo inexistente de los resultados alcanzados por las iniciativas legislativas para adaptar el Derecho vigente a los nuevos problemas provocados por las TIC, unido a la falta de una interpretación evolutiva de éste, que pudiese superar la literalidad precisa de las normas vigentes para permitir acoplarlas a la nueva realidad, ha dejado en manos de la negociación colectiva la responsabilidad de afrontar algunas de estas cuestiones; y éste es el tercero de los niveles al que nos referiremos. Esta vía parece inicialmente prometedora, ante la aceptación por parte de los interlocutores sociales de la necesidad de ofrecer a las empresas un marco

manera interna como externa con la condición de que esto no interfiera en sus responsabilidades profesionales”, pero siempre que dicha actividad “no interfiera en sus responsabilidades profesionales”. Ello lleva directamente a imperativos de equitativo y ponderado uso de las herramientas informáticas puestas a disposición de los trabajadores, indicando expresamente el Código UNI que “los empleados tienen el derecho de usar las herramientas informáticas de la empresa con las siguientes condiciones: a) la comunicación debe ser legal y no debe contener declaraciones ofensivas o difamatorias; b) las herramientas informáticas de la empresa no deben usarse para acosar sexualmente a otros miembros del personal, ni con fines ofensivos relacionados con la sexualidad, la edad, la etnia, los impedimentos o la apariencia de un individuo; y c) el empresario puede pedir que se incluya una cláusula de no responsabilidad cuando los empleados comuniquen de manera interna y externa, especificando que los puntos de vista expresados son aquellos del autor y no los de la empresa”.

³⁰ Respecto de semejante faceta, el Código de la UNI (Apdo. 5º): “El empleador se compromete a lo que el uso de las herramientas informáticas de la empresa por los empleados no sea objeto de un control o una vigilancia sistemática. La comunicación será vigilada y controlada únicamente si el patrón está obligado legalmente a hacerlo o tiene las razones suficientes para creer que un empleado ha cometido una infracción penal o una falta disciplinaria grave. En estos casos, la vigilancia y el control tendrán lugar con la presencia de un representante sindical o de un representante designado por el trabajador”.

adecuado para el uso de las TIC. El proceso de introducción de estos temas en los convenios colectivos españoles ya se habría iniciado desde hace ya cierto tiempo³¹, aunque todavía se encontraría en un momento incipiente.

No todo es imputable a la falta de concreción en iniciativas como la de UNI, pese a su intento de sensibilizar a los agentes sociales, o la falta de compromiso del legislador. Otro significativo conjunto de factores, que lastran la consagración de la implantación de las TIC en el medio laboral, se corresponden directamente con el mismo desconocimiento de la mayoría de los trabajadores sobre la enorme capacidad de control que dichos avances tecnológicos proporcionan a la empresa, en detrimento, precisamente, del ejercicio más efectivo de sus derechos.

En efecto, instrumentos tales como mecanismos de rastreo, filtros, o la posibilidad de recuperar mensajes, aunque poco conocidas o vividas, provocan en los trabajadores, máxime tras algún tipo de experiencia conflictiva o traumática con la dirección, una sensación de no control o de uso indiscriminado por parte de aquélla. Cunde en definitiva la idea de que la dirección de la empresa se mueve en un entorno de impunidad cuando, so capa de la gestión financiera o económica, emergen ejemplos de presunto abuso, y ello coloca a los poderes públicos en la tesitura de evitarlos, cosa consustancial al orden jurídico laboral.

4.- Resumen por capítulos de la tesis doctoral

El segundo capítulo procederá exponer los principales ámbitos o muestras en los que se materializa impacto de las TIC en el ámbito de las relaciones entre interlocutores sociales y en el ejercicio de los derechos colectivos de los trabajadores, tratando de lograr para las mismas una lectura de las mismas en clave laboral, y arrancando con la diferenciación entre internet e intranet y su incidencia

³¹ Cabe destacar como antecedente el Informe de la CEOE sobre la negociación colectiva en España en el año 2001, el cual, pese a lo reducido de las cifras que contempla, sí que refleja una potencial conciencia del lado de los interlocutores sociales alrededor de la cuestión, posible germen para mayores progresos en el futuro, y por efecto contagio, de un mayor compromiso por parte del legislador y de las administraciones públicas competentes. Leemos (pág. 4): "Es, igualmente, el caso de las TIC. Sólo el 4% de los convenios regula algún aspecto vinculado a esta cuestión, y apenas lo hacen el 6% de los convenios de empresa. El uso del correo electrónico, por el que CEOE se interesa particularmente, se regula en el 5% de los convenios en lo que respecta a su uso por los representantes de los trabajadores. Un porcentaje similar (pero que alcanza el 12% de los convenios de empresa) regula como falta el uso inadecuado de aquel instrumento tecnológico por parte de los trabajadores".

para el ejercicio de los derechos laborales. A este respecto se hará una exposición inicial de la situación en España para el ámbito investigado, tanto del alcance de la regulación legal, como de la actividad desarrollada por los tribunales de justicia, con especial dedicación a los pareceres dedicados por más altas jurisdicciones como son las representadas por el Tribunal Constitucional, el Tribunal Supremo o los Tribunales Superiores de las Comunidades Autónomas, más sin olvidar otras de rango inferior, como Audiencias Provinciales e incluso algún pronunciamiento de los Juzgados de lo Social de especial interés.

El tercer capítulo operará una aproximación a la definición y concreción de las materias más propiamente relacionadas con las TIC en su incidencia para las cuestiones laborales, y por ende, más propiamente relacionadas con la reconstrucción de las relaciones sociales y la superación de las variables espacio/temporales con relación a aquellas. Se abordará la noción de TIC en el ámbito del trabajo y su impacto en relaciones entre los interlocutores sociales, muy particularmente en el ejercicio de los derechos colectivos de los trabajadores. A renglón seguido, el capítulo vendrá dedicado a sendos ámbitos, de por sí explicativos de materias en las que la información, y su reinterpretación en clave de las TIC se pone abiertamente de manifiesto, siendo el primero de dichos ámbitos el de la distribución de la información mediante el tablón de anuncios virtual, y el segundo, el del uso del correo electrónico por parte de las organizaciones sindicales, éste factor a su vez condicionado por las componentes de su control empresarial, y el libertad sindical en términos de derecho a recibir información del sindicato.

Dicho tercer capítulo se centrará a continuación sobre otros dos ámbitos diferenciados, aunque necesariamente interrelacionados, cuales son los de la protección de datos de naturaleza sindical, de la vigilancia electrónica y control de la actividad sindical. Se intentará ponderar el frágil equilibrio que pivota alrededor de la dicotomía información/protección de la privacidad, cuestión ésta de candente actualidad, y para la cual la estricta juridicidad no proporciona, ni de lejos, todas las respuestas deseables. Terminará el mismo con el análisis de la incidencia de las nuevas tecnologías en el ejercicio del derecho de huelga, materia esta de particular interés, dado que la huelga es hoy por hoy el modo más abiertamente expositivo de la conflictividad entre los agentes sociales, entra en un marco de cuestionamiento acerca de su verdadera operatividad en el contexto presente, a la par que refleja un marco en el cual las soluciones propiamente jurídicas ceden su paso a la transacción y al diálogo.

El cuarto capítulo se dedicará a delimitar una aproximación al teletrabajo como modelo relacional laboral de futuro en clave de TIC. Prestamos especial interés en el mismo, por cuanto el mismo es el paradigma más avanzado de las TIC con incidencia en el modo mismo de realización de la prestación laboral. Su análisis científico, y a los fines de la investigación propuesta se verificará por medio de la delimitación del mismo como figura jurídica y económica, exponiendo sus principales elementos constitutivos, sus tipologías o modalidades, sus ventajas e inconvenientes, y los derechos colectivos de los teletrabajadores.

El quinto capítulo dilucidará si en el entorno de las TIC trabajadores y empresarios están debidamente a la altura del ejercicio de la capacidad de autonomía o de fabricarse ellos mismos las normas con que regular sus relaciones propias. Consistirá eminentemente en un estudio casuístico acerca de la aplicación de las nuevas tecnologías en el marco del diálogo entre interlocutores sociales y del ejercicio de los derechos colectivos laborales, operado en el marco de los convenios colectivos e iniciativas unilaterales por parte de los propios empresarios, el cual habrá de concluir con una visión valorativa operada sobre el muestreo estadístico verificado con relación los convenios colectivos analizados.

Finalmente, se dedicará el capítulo sexto a analizar la cuestión abordada desde la óptica de la deconstrucción del Estado nacional deparada por la Unión Europea como proceso de integración continental. Se verán las iniciativas de la Unión Europea, y se comparará el grado de armonización alcanzada y lo que está aun por conseguirse. No dejaremos de hacer una comparación a nivel de derecho comparado de las iniciativas más significativas de los países de nuestro entorno más próximo.

CAPÍTULO II

TIC Y RELACIONES LABORALES, TRATAMIENTO NORMATIVO BÁSICO

De lo expuesto en el capítulo introductorio, resalta la idea nodular, según la cual, el principal hilo conductor que alimenta la investigación radica en el análisis de unas relaciones sociales tremendamente ricas, a la par que esencialmente conflictivas, las de matiz laboral, para ponderar hasta qué medida el impacto de las TIC implica un nuevo horizonte en los modos humanos de comunicación e interacción. Hasta la entronización de las TIC, la relación se entendía principalmente como algo en directo y vivido, y los modos de telecomunicación hasta entonces existentes sólo operaban para facilitar propiciar el trato cara a cara entre seres humanos que se asumía como siempre necesaria. La revolución de las TIC ha creado modos de permanente relación a distancia, siendo cada vez más frecuente que tratos o intercambios mantenidos a lo largo de mucho tiempo, rara vez, por no decir nunca, lleguen a materializarse con una presencia cara a cara, compartiendo un mismo espacio físico o espacial. Por añadidura las tradicionales coordenadas espacio/tiempo en los intercambios (o conflictos también), entre personas, se ven igualmente alteradas. He aquí la razón, en virtud de la cual procede ahora calibrar la incidencia deparado por las TIC en el ámbito de las relaciones entre interlocutores sociales. La misma habrá de calibrarse en dos etapas: la primera, la del factor relacional en sí entre los mismos interlocutores sociales, y la segunda cómo la anterior incide en ese aspecto esencial del contexto laboral, que pasa por mecanismos de reajuste de fuerza o equilibrio de poder en la parte que, en ese contexto esencialmente conflictivo, históricamente se ha tenido como la más débil, esto es, la correspondiente a los trabajadores, bajo la clave del ejercicio de los derechos colectivos.

1.- TIC y relaciones entre las partes sociales

Las TIC están cambiando el mundo laboral de nuestros días. Cada vez son más las situaciones donde, en mayor o menor medida, se utilizan instrumentos telemáticos o informáticos. La tendencia de estos medios está en alza, tal como lo ponen de manifiesto los datos suministrados por las máximas instancias a nivel internacional³².

³² Así se puso de manifiesto por ejemplo en la Memoria del Director General OIT presentada con el título: *La globalización de Europa: El trabajo docente en la economía de la información*, Sexta Reunión Regional Europea, Ginebra, diciembre de 2000, pág. 18. En dicho documento se 67

Esta utilización de las TIC, por tantas empresas de tantos países, es consecuencia, fundamentalmente, de la globalización económica, que nos presenta un mundo cada vez más pequeño y transparente, donde las redes informáticas parecen poner todo a nuestro alcance. A esto se añade la necesidad de las empresas de adaptar sus procesos productivos a los avances tecnológicos en orden a no perder competitividad³³. El impacto de las TIC en el marco relacional estudiado aquí resulta pues, de contraste indubitado. Así las cosas, la información en el mundo empresarial actual, dentro de las TIC, es un rasgo importante para cualquier empresa que quiera ser competitiva en el mercado global. Su importancia reside en su capacidad para colocar en red conocimientos e innovaciones tecnológicas, facilitar su interconexión y reforzamiento mutuos, y transformarlos en procesos de información que multiplican el impacto específico de cada tecnología. A tal respecto, la doctrina señala asimismo que los retos de la globalización no son meras cuestiones macroeconómicas o alejadas de la realidad más cotidiana, y que en el mundo del trabajo competen a las familias y las PYMES, transformando la organización social y por ende el trabajo en cuanto a expresión o fenómeno social³⁴.

estimaba que a finales de 1999 había en Europa más de 29 millones de usuarios de Internet en el lugar de trabajo, lo que correspondía al 28% de la fuerza laboral, y que pasaría a 77 millones, o 70% de la fuerza de trabajo, a finales del 2004. Posteriores datos suministrados por EUROSTAT y otros acreditados centros estadísticos a nivel supranacional han confirmado dicha progresión creciente. Así, De 2000 a 2009, el número de usuarios de Internet a nivel mundial aumentó de 394 millones a 1858 millones. En 2010, el 22 por ciento de la población mundial tenía acceso a las computadoras con mil millones de búsquedas en Google cada día, 300 millones de usuarios de Internet leen blogs, y dos mil millones de videos vistos al día en YouTube, mientras que la encuesta publicada de la Asociación para la Investigación de los Medios de Comunicación correspondiente al periodo comprendido entre abril y mayo de 2011, y referida a la evolución de la audiencia de Internet, evidenciaba un considerable aumento de los usuarios y de las visitas a redes sociales. Respecto al lugar de conexión habitual de los internautas españoles, sigue ocupando la segunda posición, aunque tiende a descender, el puesto de trabajo (20,9 % de los usuarios encuestados frente al 26,6% del mismo periodo de referencia en el ejercicio anterior), el primero es el ámbito doméstico (90,1% de los usuarios encuestados).

³³ AA. VV. (SEMPERE NAVARRO, A. V.; SAN MARTIN MAZZUCONI, C.): *Nuevas tecnologías y Relaciones Laborales*, Aranzadi, Pamplona, 2003, pág. 31.

³⁴ En tal línea Vid MALDONADO MONTOYA, J. P.: *La conciliación del trabajo y la vida familiar: Retos y dificultades de las PYMES*. CEU Ediciones, Madrid, 2007, pág. 102: "La organización social y sus esferas vitales se transforman, por lo que los tiempos y los horarios de las familias también se modifican y se alteran con el objetivo de adaptarse a las nuevas formas sociales. Por este motivo, la distribución de los tiempos y espacios familiares se vuelve compleja y difícil de comprender, de tratar y de armonizar con el resto de estructuras y de esferas del sistema social. Si a ello unimos las condiciones laborales que se generan en la actualidad, los ritmos del mercado productivo, la globalización e internacionalización de la economía, los precios y costes de los bienes y servicios... los elementos a tener presentes aumentan, máxime si hablamos de las dificultades que se presentan para las PYMES y para los empresarios y trabajadores de estas empresas. El proceso de cambio que se produce exige, por tanto, un periodo de reflexión y de concienciación con el objetivo de marcar estrategias y alternativas de solución. No en vano, buena parte de los problemas que se derivan de la organización del tiempo remiten a las dificultades para lograr la conciliación de la vida laboral y la vida familiar, dados los modelos de desarrollo

El progreso tecnológico es apuntado por MONTOYA MELGAR como requisito inexcusable para proseguir en las mejoras de las condiciones de trabajo y llegar a cuestiones que aun hoy parecen utópicas³⁵. En aspectos más concretos, MALDONADO MONTOYA ve un vínculo indisociable entre progreso tecnológico y eliminación de las diferencias y discriminaciones por motivos de sexo en las relaciones laborales³⁶.

Las sociedades actuales se caracterizan por poseer flujos diversos y abundantes de información y comunicación. Esta nueva realidad se puede definir como "sociedad de la información o era de la comunicación". El eje articulador de los cambios es "el proceso de globalización o mundialización", que significa el achicamiento del mundo por la erosión de las fronteras y la reconfiguración de los ejes de decisión³⁷. En la base del desarrollo global se encuentra la "convergencia" de la microelectrónica, las computadoras y las telecomunicaciones. Esta convergencia se refiere a la sustitución de los canales que venían operando de manera diferenciada: la telefonía, el fax, la televisión, los reproductores musicales por la transmisión de la información digital vía interfaces (*switches*), un sistema de traducción para que puedan comunicarse computadoras configuradas de manera diferente. El exponente paradigmático de estas tecnologías es internet o la red de redes de computadoras conectadas entre sí a través del mundo, que ofrece servicios de comunicación: el correo electrónico, las teleconferencias, los bancos de datos, los boletines electrónicos y especialmente –por la multiplicación actual- de la posibilidad de

económicos, laborales, culturales, familiares, que se mantienen, y a pesar de la evolución de las transformaciones y de las demandas de adaptación a los nuevos ritmos vitales, personales y laborales".

³⁵ Para el mencionado autor, la "reducción del tiempo de trabajo que el progreso tecnológico parece hacer posible, e incluso incrementando la productividad del trabajo". Vid. MONTOYA MELGAR, A.: "El trabajo y la vida: contradicciones y conciliaciones", Capítulo IV en AA VV (MALDONADO MONTOYA, J. P. Coord.): *Mind the gap: Para un sistema productivo de equidad entre mujeres y hombres*, Laborum, Madrid, 2015 pág. 121.

³⁶ Vid. MALDONADO MONTOYA, J. P.: "Morfología de la relación laboral a la luz de la equidad entre sexos", AA. VV. *Mind the gap...* Op. cit. págs. 125 y sigs. Para este autor escollos de cierta naturaleza que impiden esta equiparación", como son ciertos efectos de la mundialización de la economía y determinados usos que las nuevas tecnologías han introducido", ha supuesto paradójicamente que "aspectos de la mundialización de la economía y las posibilidades de las nuevas tecnologías allanen el camino de la equidad. Esos otros aspectos y posibilidades son seguramente compañeros inseparables de la equidad entre sexos". Entra todo ello con lo que este autor titula como las posibilidades de una revolución tecnológica sin fin". Estas ideas ya tuvieron algunos precedentes, Vid. AA. VV. (IGLESIAS, C., MAÑAS, E. y SÁNCHEZ-HERRERO, M.): *Diferencia o discriminación. La situación de las mujeres españolas en el mercado de trabajo y el impacto de las tecnologías de la información*, Consejo Económico y Social. Colección Estudios Núm. 73, Madrid, 1999.

³⁷ SIMIANI, M.: *Intranets, empresa y gestión documental*. Mc Graw Hill, Madrid, 1997, págs. 20 y Sigs.

ofrecer información al conjunto de la red, o las páginas web. Internet se ha convertido en un sistema descentralizado y horizontal que puede movilizar cualquier cantidad de información, de manera bi- o multidireccional y con un gran potencial para la interactividad, de ahí que se la presente como una telaraña. La sociedad de la información es un fenómeno originado por medio de las TIC, a partir de cuyos principios se han reestructurado las organizaciones, instituciones y empresas en torno a un "nuevo modo de producción". A su vez, esa sociedad es portadora de nuevos riesgos y oportunidades para el desarrollo humano³⁸. Cabe preguntarse si es que dicha sociedad de la información nace efectivamente con la aparición de las TIC propias del mundo de los ordenadores, o si por el contrario su origen está mucho más atrás en el tiempo de lo que podríamos imaginar en una primera impresión³⁹. Como síntesis, las características de esta sociedad de la información pueden sintetizarse de conformidad con los siguientes parámetros o rasgos definidores, así: 1) por lo exuberante de la gran cantidad de datos que maneja; 2) por su omnipresencia, porque existe un nuevo escenario que obliga a cambiar constantemente contenidos, tanto en lo ideológico, como en lo político, en lo cultural, e incluso, en lo tocante a las vidas privadas; 3) por su capacidad de irradiación, ya que las barreras geográficas se han difuminado y las distancias físicas se tornan

³⁸ CASTELLS OLIVAN, M.: *La galaxia Internet. Reflexiones sobre Internet, empresa y sociedad*, Areté, Madrid, 2001, págs. 44 y sigs. Con la perspectiva de los años, el apelativo de "nuevas tecnologías" usado por el autor, y aun imperante hoy día, debe sustituirse. En realidad las TIC no son ya tan nuevas, tenemos ya entre nosotros generaciones de nativos digitales. Pese a todo, aun hoy desconocemos toda la extensión del fenómeno que estas tecnologías van a acabar por deparar.

³⁹ Debemos asumir que lejos de quedarse en lo estrictamente telemático o informático, estaríamos ante una Sociedad de la Información que no sólo concierne a las TIC en sentido estricto, sino asimismo a las otras modalidades de medios de comunicación de masas más consolidados en el tiempo, como la televisión. La TV sin ir más lejos ha propiciado, por el hecho de proponer como espectáculo el sometimiento (voluntario o no) de la vida privada a la opinión pública, que los parámetros entre ambas nociones de privacidad y publicidad de la esfera individual de los sujetos se diluya ostensiblemente, unas veces obedeciendo ello como derecho a la información en una sociedad libre y democrática, otras veces por propósitos más discutibles o banales de morbo, espectáculo o entretenimiento. Incluso algunos polemizan si es que los medios tradicionales de comunicación han entrado en este impacto por la entronización de las TIC, o si contrariamente, ya los usos nuevos en los medios audiovisuales habrían venido preparando a la sociedad para una hipotética asunción de difusa que se ha vuelto la distinción entre ambas esferas, la pública y la privada. Algunos autores han investigado con peculiar profundidad este interesante y sugerente particular, centrándose con especial lucidez en el ámbito de las relaciones laborales, por cuanto ciertas personas acceden a que esa intromisión en su vida privada se haga un medio de vida, precisamente por salir en los medios de teledifusión. En tal respecto Vid. MALDONADO MONTOYA, J. P.: "El trabajador del *reality show*", *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, Madrid, 2010, Núm. 83, págs. 355-372. En los términos empleados por el propio autor: "El problema se plantea por renuncia al derecho al respeto a la intimidad del trabajador que contratos de este tipo implican, lo que genera la nulidad parcial del contrato de trabajo. Cuestión también problemática es la del carácter común o especial, como artista en espectáculo público, de esta relación laboral, inclinándose la balanza por esta última; debido más a lo que tiene de trabajo en un espectáculo que de artístico. En fin, supuestos de esta naturaleza merecen una reflexión sobre la dignidad del trabajo asalariado y la razón moral del Derecho del Trabajo".

relativas en comparación con un pasado reciente; 4) por su multilateralidad/centralidad, porque aun habiendo mensajes de procedencias diversas, prevalecen los contenidos diseñados en la metrópolis culturales; 5) por su interactividad / unilateralidad, ya que todos podemos ser autores de nuestros propios mensajes y responder a los contenidos que otros nos ofrecen; 6) por su desigualdad, ya que la concentración de internet y la difusión de la sociedad de la información y el conocimiento sigue siendo un privilegio de los países tecnológicamente desarrollados; 7) por su heterogeneidad, ya que en la red existe de todo (no sólo contenidos científicos), soliendo predominar las informaciones de carácter más banal o no suficientemente contrastadas; 8) por su propensión a generar una cierta desorientación en el público, dado el cúmulo de información disponible, ante el cual, los usuarios se sienten a menudo perdidos, resultando imprescindible una información o capacitación previas para detectar los contenidos del conocimiento; 9) por su tendencia a haber generado en los años de su existencia una sociedad de masas pasivas más que activas ante internet, es decir, superando en mucho los consumidores a los productores de contenidos⁴⁰; y 10) por tener internet aun pendiente la tarea consistente en conseguir su verdadera democratización.

Todo el cúmulo de aspectos indicados ha de tener por fuerza una incidencia capital, en cuanto ejemplo significativo de las relaciones humanas (y con independencia de sus lecturas económicas o productivas), en el campo que ahora abordamos en nuestra presente propuesta investigadora. En efecto, los cambios tecnológicos llevan desde hace ya cierto tiempo, a las relaciones laborales asalariadas hacia una nueva psicología laboral contractual, diferente a aquella que acompañó a los contratos de trabajo en la época de la industria fabril. Se generan así entre las partes del contrato de trabajo, no sólo el trabajador, sino asimismo el empresario, un conjunto de nuevos miedos, temores o presiones, totalmente diferentes a los conocidos tradicionalmente. La misma figura del contrato de trabajo, que es la que sella la relación entre ambos, y el cumplimiento de la misma, se modula o condiciona con la variante tecnológica. Ello hace que desde el entorno de las TIC se repiensen los roles de trabajadores y empresarios. Si unimos el carácter esencialmente conflictivo y de intereses contrapuestos, aunque mutuamente interdependientes, existente en los intercambios verificados entre tales interlocutores sociales, advertiremos el alto valor de curiosidad científica que semejante contexto revela para el estudioso de las relaciones humanas y sociales, y por supuesto del

⁴⁰ TREJO DELABRE, R.: *La nueva alfombra mágica. Usos y mitos de Internet, la red de redes*, Fundesco, Madrid, 1996, págs. 15 y sigs.

investigador en las relaciones laborales. Semejantes situaciones no pasan inadvertidas a la doctrina ius-laboralista más acreditada, como es el caso de ALONSO OLEA⁴¹.

En lo que concierne a los trabajadores, recae en ellos la responsabilidad de promocionarse en la red. Tal circunstancia refleja una indudable componente de movilidad e inestabilidad en el puesto de trabajo, pero reporta por otro lado más posibilidades de conocimiento de ofertas. En comparación con otras épocas, en donde lo anhelado era la permanencia o pervivencia de la relación, hoy esas mismas partes sociales sobreentienden que no único que será permanente es la preparación y capacitación continua del trabajador, el cual queda convertido de esa manera en el único responsable del desarrollo de su propia carrera⁴². Asimismo, el impacto de las TIC se da igualmente en los empleadores, que se ven obligados a abandonar las antiguas organizaciones burocráticas frente a las nuevas y mayores oportunidades de utilizar los conocimientos codificados. Las TIC facilitan por ese motivo la dispersión geográfica del trabajo y la provisión continua de funciones de información y de servicio que, a su vez, permiten realizar tareas a los trabajadores asalariados fuera de los horarios normales. A diferencia pues de otras innovaciones tecnológicas acaecidas en momentos históricos anteriores, que favorecieron la integración de los sistemas de producción y la característica relación laboral propia de las fábricas, las innovaciones propiciadas desde las TIC tienden a un sistema más fragmentado del trabajo. Pero no todo son pulsiones y compromisos en lo concerniente a progreso económico, avance social y TIC. Contrariamente, MALDONADO MONTOYA

⁴¹ ALONSO OLEA, M.: *Introducción al Derecho del Trabajo*, Civitas y Thompson Reuters, Madrid 2013, pág. 105. Para dicho autor: "Todo indica hoy que las formas organizativas en el trabajo, como en tantas otras actividades humanas, seguirán existiendo y aumentando su complejidad y diversidad, obligadas por el impacto de la tecnología digital y la mundialización de la economía, con lo que posibles nuevas formas de trabajo humano se desarrollarán dentro de estructuras, con independencia de su tamaño crecientemente racionalizadas, o si se quiere otra expresión, burocratizadas". A mayor abundamiento ALONSO OLEA (ibíd. pág. 176) contempla las TIC como un factor sustancial en las relaciones laborales y que tiene su consecuencia directa en el concepto mismo de post-modernidad que caracteriza a las actuales sociedades avanzadas: "Individualización y diferenciación, junto a la racionalización, se nos presentan hoy como características modernas —o 'post-modernas', si se quiere, o 'post-fordistas', puestos a querer— esenciales de configuración de las relaciones de trabajo y aun de las relaciones sociales en general, incluidas las políticas y las económicas y hasta las del medio urbano", ello en contraposición de unas relaciones laborales tradicionales, entendidas como genéricas y de masas, y propiciando en definitiva una reacción que extrema el individualismo frente a la idea tradicional de colectividad propia de las relaciones tradicionales desde su surgimiento moderno con la entronización de los procesos industriales".

⁴² DE PALADELLA SALORD, C.: "El derecho en la era digital: aspectos jurídicos de las TIC de la información y de las comunicaciones", *Revista Electrónica de Derecho Informático* Buenos Aires, 1999, Núm. 13, 1999, págs. 3 y sigs.

sostiene que aun hoy existen resistencias en las empresas para reconocer a las TIC todas sus potenciales en detrimento de la competitividad⁴³.

Indudablemente, ello había de repercutir en las relaciones laborales tejidas al abrigo de la empresa informatizada. La empresa mediatizada por las innovaciones tecnológicas se ha descentralizado, atomizando sus centros de producción, externalizando fases del proceso productivo, introduciendo el teletrabajo como modalidad de prestación de los servicios laborales, y de paso, fragmentando el movimiento sindical y con ello la capacidad de negociación de los trabajadores⁴⁴. La subordinación laboral, tal y como se entendía, sufre, pues una evolución como relación jerárquica de dependencia, ya que hoy se concede gran autonomía al trabajador. Se pasa de emplear la acepción “trabajo” como noción indeterminada a la más particularizada de “tareas”, con la resultante de que el trabajador se compromete a alcanzar un objetivo. Debido al uso de la tecnología informática, las empresas incluso están poniendo en práctica lugares alternativos de trabajo, cambiando cómo y dónde el trabajador asalariado hace su trabajo, moviendo la tarea hacia el trabajador en vez de que éste deba desplazarse al centro de trabajo o lugar de la prestación. Ello trae la circunstancia de que el concepto mismo de centro de trabajo se ve sustancialmente alterado, y por extensión, los modos tradicionales de interacción y convivencia entre empresarios y trabajadores.

La empresa influenciada por las innovaciones tecnológicas ha achatado su estructura jerárquica piramidal, y prescinde de los mandos medios, pues su misión como agentes de transmisión de información pasa a ser desempeñada por el sistema informático de administración. A su vez, reniega del diseño estamental para abrazar la conformación de equipos poli-funcionales, cuya integración incluye desde trabajadores no calificados hasta profesionales y técnicos altamente

⁴³ Vid. MALDONADO MONTOYA, J. P.: “Morfología de la relación laboral a la luz de la equidad entre sexos”, en AA. VV. *Mind the gap...* Op. cit. págs. pág. 139 y sigs. En la opinión de este autor: “La tecnología incide de forma inmediata sobre la competitividad. El adecuado empleo y combinación de las tecnologías de la información y de la comunicación generan el aumento de productividad. Muchas empresas realizan inversiones millonarias en nuevas tecnologías; sin embargo, estas nuevas tecnologías apenas se emplean en toda su potencialidad.

Llama poderosamente nuestra atención que las nuevas tecnologías apenas hayan sido empleadas por el empresariado español para flexibilizar la ejecución del trabajo. El uso de las tecnologías de la información posibilita nuevas formas de articular las relaciones de la empresa con proveedores y clientes, lo que a su vez, en determinado tipo de actividades, permite articular la relación con la plantilla de forma más flexible, en un doble sentido, en interés de ambas partes de la relación laboral”.

⁴⁴ CERDA SILVA, A.: “Relaciones laborales y TIC”, *Revista Chilena de Derecho Informático, Facultad de Derecho, Santiago de Chile, 2002, Núm. 1, págs. 1-3.*

calificados, a los cuales ha traspasado el control y la adopción de decisiones sobre el proceso de producción. Las conformaciones jerárquicas de gerencia tradicional también se desmantelan, conforme disminuyen las necesidades de vigilar al trabajador asalariado capacitado. Se reducen los niveles escalonados y se crean una especie de líneas de autoridad y poder invisibles, muy diferentes a la jerárquica escalera interna de las fábricas. Se trata de un tipo de autoridad difusa, que cuyo estudio y observación tampoco pasa por alto la doctrina jurídico-laboral más concienzuda⁴⁵.

El conjunto de innovaciones alcanzadas en el terreno tecnológico ha permitido que la empresa informatice sus procesos productivos y, en consecuencia, incremente los puestos de trabajo para los profesionales de la información y el conocimiento en desmedro de los trabajadores no calificados, que pasan a engrosar las filas de lo que ya se definió en su días como “desempleo tecnológico”. De un lado, relevando el rol que a aquellos profesionales compete en la economía, y de otro diferenciando la naturaleza de su contribución respecto del sector terciario tradicional, se nos habla de la conformación de un nuevo cuarto sector económico, integrado por personal técnico altamente calificado. La empresa que incorpora las innovaciones tecnológicas ha devenido en institución total, generando condiciones de fricción entre los poderes empresariales –facultad de control y vigilancia – y los derechos fundamentales de los operarios –derecho a la intimidad, libertad de expresión, libertad sindical, entre otros –, en especial merced a la incorporación de técnicas de control tecnológicamente avanzadas⁴⁶.

⁴⁵ Según ALONSO OLEA *Introducción...*, Op. cit, pág. 151. Las TIC en las relaciones laborales diluyen la relación laboral “hacia nuevas formas de trabajo por cuenta ajena, esto es, de utilización colectiva de las nuevas especialidades laborales mediante la cesión anticipada de los servicios a la organización.

Por supuesto, en un sistema avanzado, el trabajo de la máquina –informática o de otro tipo- no sustituye al de la persona, sino al de otra máquina, pudiendo pedir aquella nuevos conocimientos o entrenamiento para su manejo; pero esto a su vez pide el reentrenamiento del trabajador, o su sustitución por otro. Éste es el problema, básico para el empleo del impacto de las tecnologías digitales; sobre todo –fenómeno nada nuevo- si la instalación de la máquina nueva, por sus rendimientos acrecentados, hace que los trabajadores sean muchos más que los sustitutos, al tiempo que, por su propia capacidad técnica, permite trasladar al público en general la realización de servicios que antes realizaban los trabajadores sustituidos.

En buena medida los servicios informáticos (...) son los que su propia denominación quiere expresar: suministro y manejo información abundante, cuando no abrumadora, segura y rápida, que permita la adopción de decisiones eficientes; servicios, se dice, capaces de auto-crecimiento, dedicando éste, entre otras finalidades, a la preparación de la información de forma que la abundancia de ésta no se inutilice a sí propia, al abrumar al que intenta informar.

En todo caso repárese que el ordenador aparece en nuestra época como ‘paradigma tecnológico de la ciencia, de la filosofía, incluso del arte de la nueva generación’.

⁴⁶ Como refleja ALONSO OLEA *Introducción...*, Op. cit, págs 118-120: “El impacto de las TIC provoca “una sensación de desorden e incertidumbre. El avance tecnológico en la vía por la que discurre no solventará estos problemas, sino que son seguridad los agravará al ser su

Esta tendencia hacia organizaciones fragmentadas afecta a la morfología de la relación laboral tradicional. Progresivamente los contratos de trabajo conocerán condiciones y clausulados cada vez más detallados, en los cuales la relación laboral no se basará más en la confianza en el trabajador sino en el rendimiento del mismo. Se produce un cambio con consecuencias fundamentales en las relaciones laborales asalariadas, como derivación de la revolución tecnológica en pleno desarrollo y que, si un individuo no tiene el grado suficiente de instrucción y capacitación permanente, es muy probable que quede relegado en la nueva economía. La creciente aplicación que las TIC vienen asumiendo en las actividades empresariales, asociada a la globalización de los mercados y la flexibilización de la organización productiva, han evidenciado la inadecuación del sistema de relaciones laborales que en su día dio luz al Estatuto de los Trabajadores de 1980.

Con relación a dicho proceso, normalmente se destacan dos aspectos específicos en los que la incidencia de los avances tecnológicos alcanza especial relevancia práctica: la forma de trabajar (lo que refiere al deber de diligencia, pero también a la falta de adaptación al puesto de trabajo, a los hábitos profesionales, a la salud laboral, etc.) y los medios de control empresarial de dicho trabajo (lo que afecta al poder de dirección, a la intimidad del trabajador)⁴⁷. En la actualidad, la prestación de

característica inmediata más notable precisamente el ahorro de trabajo humano y, consiguientemente, la generalización del desempleo, con la particular paradoja, aparente sólo, de que si la adaptación al cambio tecnológico no se realiza, en modo alguno se alivia –salvo en plazo muy corto –, sino que más bien se agudiza el paro ante el derrumbamiento inevitable de las plantas obsoletas.

No hay pues alternativa a la modernización. Es cierto que la modernización exige, y debe procurar, la adquisición de calificaciones nuevas por los trabajadores, e incluso, que éstos posean una o varias de ellas de forma que estén capacitados para tareas múltiples que permitan su propia adaptación a las tecnologías nuevas, de aquí la insistencia sobre la formación profesional. Pero esta llamada ‘flexibilidad funcional’ sólo en parte obvia la ‘flexibilidad numérica’, esto es, el ajuste de las plantillas a la producción según la tecnología nueva; puede y debe ahorrar despidos en alguna medida, pero aun conseguido esto, no creará empleos nuevos suficientes para mantener el nivel de ocupación.

Claro es que todo esto, como se dijo, ha de entenderse con la salvedad de que un salto tecnológico genere necesidades nuevas y, por tanto, la necesidad de nuevos bienes y servicios para satisfacerlas. Unos productos que habrán de ser hijos de una nueva ‘gran erupción tecnológica’. Así las cosas “lo socialmente importante es que la velocidad del cambio tecnológico no exija como víctimas trabajadores parados”.

⁴⁷ Vid. AA.VV. (SEMPERE NAVARRO, A. V. y SAN MARTÍN MAZZUCONI, C.): *Nuevas tecnologías y relación de Trabajo*, Aranzadi, Pamplona, 2003, pág. 33. A este respecto, como muy acertadamente señala MALDONADO MONTOYA, *La conciliación...*, Op. cit. (pág. 62), la globalización en conjunción con las TIC pone en aprietos la labor de los Estados en su papel tradicional de garante de las condiciones de trabajo, o al menos las funciones más consabidas o conocidas a tal respecto, siendo precisa una relectura de las diversas y nuevas variantes en juego deparadas precisamente por el contexto actual: “Si, en su momento, la salud física de los trabajadores motivó que el Estado limitase la jornada de trabajo, hoy, la salud social exige o bien reducir el tiempo de trabajo, lo que en una economía globalizada parece difícil de llevar a la práctica, o bien la flexibilización de la organización del tiempo de trabajo. Esta última vía se está revelando como la más factible. A su vez, la flexibilización del tiempo de trabajo se presenta como

servicios se encuentra, muchas veces y no sólo en el sector de servicios, mediatizada por mecanismos telemáticos de comunicación (internet, correo electrónico, etc.) o por el uso de computadoras (individuales o colectivas, personales o conectadas a una red interna, utilizadas de manera continuada o sólo accesoria) y que el empresario tiene a su disposición una variada gama de instrumentos tecnológicos que le permiten ejercer más cómoda y eficazmente su poder de dirección y disciplina en la empresa (videocámaras, rastros informáticos en los ordenadores, monitores de las operaciones efectuadas, etc.). Sin embargo, la irrupción de las TIC en el ámbito laboral no se agota aquí, sino que impregna toda la vida de la relación de trabajo: desde la firma electrónica del contrato, hasta la dimisión cursada por correo electrónico, pasando por el tratamiento informatizado de datos personales de los trabajadores, el uso por aquéllos del correo electrónico e internet, la utilización sindical de intranet, el control empresarial de la utilización de tales medios de comunicación, el registro del disco duro en ordenadores personales, etcétera.

Toda esta dimensión tecnológica en la prestación de servicios ha traído hasta nosotros una nueva gama de conflictos laborales, que pueden agruparse alrededor de tres grandes categorías: 1ª) Discusiones sobre los límites del uso extra-laboral de estos medios tecnológicos por los trabajadores; 2ª) Problemas atinentes al control empresarial de dicho uso; y 3ª) Posibilidades de utilizar las TIC como parte del poder de dirección y vigilancia del empresario, así como limitación en función de los derechos de los trabajadores ⁴⁸.

2.- Distinción entre internet e intranet y sus consecuencias para lo laboral

Técnicamente, internet es una red mundial de redes de ordenadores que utiliza su prototipo específico (TCP/IP, *transmission control protocol/internet protocol*) para el mercado de información en todo el mundo. Es decir, internet es un servicio de comunicación que se especializa en la interconexión de servidores a nivel mundial, mediante el uso de protocolos de comunicación de red. Más coloquialmente lo

política de empleo alternativa al fracasado intento de reparto del empleo a través de la reducción de la jornada laboral".

⁴⁸ AA. VV. (SEMPERE NAVARRO, A.V.; SAN MARTIN MAZZUCONI, C.): *Nuevas tecnologías...*Op. cit, pág. 35.

podemos definir como la red de redes, ya que se trataría de una red local muy grande que mantiene conectadas otras redes que a su vez están conectadas a otras redes, es decir, es una gigantesca red hecha de redes menores que a su vez cuentan con redes más pequeñas.

Por su parte, intranet es coloquialmente el sistema de comunicación entre ordenadores que pertenecen a una misma entidad y que, por lo tanto, están conectados en una red de acceso, por lo general privada. Técnicamente es un servicio de comunicación que se encuentra conectado a los servidores de una LAN (*Local area network* es específicamente un elemento de las LAN que se caracteriza por ser un servicio web que se publica dentro de una LAN para acceso único y exclusivo dentro de la LAN. En resumen, mientras que internet es una red externa, intranet es una red interna, o dicho en otros términos; que mientras internet es una red a la que podemos ingresar todos y cada uno de diferentes modos, en la intranet solo podemos ingresar dentro de la LAN correspondiente, y con los permisos otorgados por parte de los servidores web o los servidores de dominio. Todo dependerá del modo en que los usuarios se conecten o accedan más o menos limitadamente a cada sitio web.

Ahora bien ¿De qué sirve tener una intranet? La intranet está basada en los estándares y protocolos abiertos desarrollados en internet. Estos estándares abiertos soportan aplicaciones y servicios como correo electrónico (*e-mail*), trabajo en grupo (*work group*), servicio de directorio, seguridad, acceso a bases de datos, intercambio o puesta en común de información, así como de administración de sistemas. La intranet se beneficia del esfuerzo de la industria entera y no de un solo fabricante. Las aplicaciones que permiten a los distintos departamentos empresariales enviar información, y a los empleados rellenar formularios de la empresa (como las hojas de asistencia) y utilizar la información corporativa financiera, son muy populares. La mayoría del *software* que se utiliza en las intranets es: *software* estándar de internet como el Netscape, Navigator y los navegadores Explorer para web de Microsoft. Y los programas personalizados se construyen frecuentemente usando el lenguaje de programación de Java y el de guión de CGI (de *Common Gateway Interface*, o interfaz de pasarela común).

Las intranets también se pueden utilizar para permitir a las empresas llevar a cabo transacciones de negocio a negocio como: hacer pedidos, enviar facturas, y efectuar pagos. Para mayor seguridad, estas transacciones de intranet a intranet no

necesitan nunca salir a internet, pero pueden viajar por líneas alquiladas privadas. Son un sistema poderoso para permitir a una compañía hacer negocios en línea, por ejemplo, permitir que alguien en internet pida productos. Cuando alguien solicita un producto en internet, la información se envía de una manera segura desde internet a la red interna de la compañía, donde se procesa y se completa el encargo. La intranet tiene una de las ventajas más grandes a niveles corporativos, muchas de las grandes empresas quieren compartir su información pero solamente con sus empleados, ya que si compartieran detalles específicos de la empresa con el mundo podrían ir a la quiebra, sobre todo en detalles de cartera de clientes procesos de manufactura, distribución etc..., pero la intranet nos ofrece esa privacidad y eso es lo que nos genera una gran opción para colocar en todas y cada una de nuestras empresas.

Ahora las ventajas que tenemos con internet es que podemos realizar una conexión a cada uno de los puntos públicos a nivel internacional sin restricción alguna, exceptuando algunas políticas de países o compañías que limitan los accesos a ciertas regiones. Internet tiene cientos de diferentes aplicaciones que se vuelven directamente lo que nosotros llamamos la nube de información, y esta es la que nos permite entrar a cualquier punto y verificar la información de manera prácticamente instantánea.

Si trasladamos lo antes dicho al terreno de las relaciones laborales, los problemas empiezan a producirse cuando los órganos de representación de los trabajadores pretendan disponer, o de hecho ya dispongan, de una página web en el sistema de red de la empresa. También cuando a dicha representación sindical se le permite colgar sus contenidos en un enlace en la intranet corporativa. Obviamente la problemática es inexistente en los supuestos que dichos órganos configuren sus páginas al margen de los medios empresariales. E igualmente en los casos en los que las secciones sindicales, comités de empresa o delegados de personal cuenten con un acceso a internet a costa de la empresa. Este primer núcleo de controversias fue tratado en modo pionero desde los fallos emitidos por las jurisdicciones laborales más básicas⁴⁹. Según dichos pronunciamientos, el empresario estaría facultado para

⁴⁹ Así SJS Núm. 31 de Madrid, de 26 de marzo de 2001, por la cual se consideró que la utilización de internet y otros medios informáticos de la empresa para fines sindicales han de considerarse como un uso profesional de la red, y aunque no se vincule a la concreta prestación laboral, se entiende relacionada con ésta, y por tanto no es ajena a la actividad empresarial. En ella se establece que: "... no puede admitirse que el ordenador sea solamente un instrumento de la empresa, ya que también es un instrumento de comunicación de sus trabajadores...". Y continúa diciendo que: "...la actividad sindical en el seno de la empresa no es algo ajeno a la misma,

controlar el correcto uso de internet, en orden a evitar riesgos de denuncias por difusión de virus informáticos, lesión de derechos de propiedad intelectual o artística por material descargado de la red, difamación, discriminación, acoso sexual, sustracción y/o revelación de secretos, etc. Pero siempre con los límites que le vienen impuestos por la buena fe, concretados en la doctrina constitucional de la proporcionalidad.

3.- Visión introductoria acerca de la cuestión en España

Operaremos una visión de conjunto respecto del tratamiento normativo que las TIC conocen a nivel normativo interno español. Para ello habrá de diferenciarse entre lo que es Derecho positivo o legislado y las aportaciones jurisprudenciales. A título inicial, diremos que la parquedad del primer elemento da pie a una jurisprudencia muy creativa y verdaderamente creadora de Derecho, dada la amplitud de las lagunas existentes.

3.1.- Normales legales; su insuficiencia con relación a los retos planteados

Sindicatos y órganos de representación unitaria de los trabajadores se valen de las TIC desde hace ya tiempo. Pero la utilización de las mismas en el ámbito de los derechos colectivos de los trabajadores es un tema aún no esclarecido por la doctrina legal. La libertad sindical viene ordenada en los artículos 7 y 28 de la Constitución Española (CE), la Ley Orgánica de Libertad Sindical 11/1985(LOLS), de 2 de agosto. Se completa dicho régimen legal por el RDL 2/2015 de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

El artículo 7 CE establece que los sindicatos contribuyen a la defensa y promoción de los intereses económicos y sociales que les son propios, mientras que el artículo 28.1 CE recoge el contenido del derecho de Libertad Sindical. Además, el artículo 37 CE establece el derecho a la negociación colectiva; los artículos. 28.2 y 37.2 CE los derechos de huelga y conflictos colectivos; el artículo 129, la participación

debiendo resaltarse que la información a los representados y la recepción de dichas informaciones constituyen derechos básicos de la libertad sindical, a tenor de lo dispuesto en el artículo 8.1 b) y c) de la LOLS, en relación con el art 54.1.12 del ET, habiéndose acreditado cumplidamente que los miembros del comité de empresa se comunican entre sí y con sus representantes a través de Intranet y con sus sindicatos y comité europeo mediante Internet...”.

institucional. Estos últimos derechos estarían plenamente imbricados con la libertad sindical. Son un conjunto de derechos sociales expresivos de la modernidad propia del Estado social y democrático de Derecho, pero promulgados en un momento en que las TIC no estaban implantadas en nuestras vidas, ni se podía prever su vertiginoso proceso de crecimiento en el mundo de las relaciones laborales.

Esta falta de utilidad práctica o concreta para los derechos colectivos en lo que respecta a las TIC se traslada a todas las normativas de desarrollo constitucional más relevantes. En los aspectos más propiamente relacionales entre trabajadores y empresarios (y que hacen a nuestro ámbito de investigación), la LOLS desarrolla lo establecido en la Constitución en la regulación contemplada en su Título IV, que comprende los artículos 8 a 12. De conformidad a dichos preceptos se otorga a las secciones sindicales de los sindicatos más representativos (y por extensión, de los que tengan representación en los comités de empresa y en los órganos de representación que se establezcan en las Administraciones Públicas, o cuenten con delegados de personal), el derecho a que la empresa ponga 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 y a la utilización de un local adecuado en el que puedan desarrollar sus actividades en aquellas empresas o centros de trabajo con más de 250 trabajadores⁵⁰.

Por su parte el RDL 2/2015, de 23 de octubre que contiene el texto refundido del Estatuto de los Trabajadores (ET se reafirma en esos derechos, al establecer que se pondrá a disposición de los delegados de personal o del comité de empresa un local adecuado en el que puedan desarrollar sus actividades y comunicarse con los

⁵⁰ Artículo 8 LOLS, por el que: “1. *trabajadores afiliados a un sindicato podrán, en el ámbito de la empresa o centro de trabajo:*

- a) *Constituir secciones sindicales de conformidad con lo establecido en los estatutos del sindicato.*
- b) *Celebrar reuniones, previa notificación al empresario, recaudar cuotas y distribuir información sindical, fuera de las horas de trabajo y sin perturbar la actividad normal en la empresa.*
- c) *Recibir la información que le remita su sindicato.*

2. *Sin perjuicio de lo que se establezca mediante convenio colectivo, las secciones sindicales de los sindicatos más representativos y de los que tengan representación en los comités de empresa y en los órganos de representación que se establezcan en las Administraciones Públicas o cuenten con delegados de personal, tendrán los siguientes derechos:*

- a) *Con la finalidad de facilitar la difusión de aquellos avisos que puedan interesar a los afiliados al sindicato y a los trabajadores en general, la empresa pondrá 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.*

b) *A la negociación colectiva, en los términos establecidos en su legislación específica.*

c) *A la utilización de un local adecuado en el que puedan desarrollar sus actividades en aquellas empresas o centros de trabajo con más de 250 trabajadores”.*

trabajadores, así como uno o varios tablones de anuncios⁵¹. Esta mención, ya apuntada anteriormente, no es capaz de pasar de lo contingente y puntual. La práctica laboral ha sido la que ha asimilado el tablón de anuncios físico al virtual, en un marco de inactividad de producción normativa específica por parte del legislador.

No escapa a nadie el silencio o ignorancia que la cuestión de las TIC, en su vertiente relacional entre los interlocutores sociales, presenta la normativa acabada de citar, la cual se conforma, a lo sumo, de mencionar el tablón de anuncios como espacio físico. Efectivamente, a pesar de la importancia creciente de las TIC en el mundo del trabajo, la legislación actual no ha abordado aún estas cuestiones de una manera determinante. Téngase en cuenta por añadidura que, además del uso personal y laboral de los instrumentos tecnológicos de trabajo, cabe una utilización sindical, a través de la cual se propicia la comunicación entre representantes de los trabajadores y trabajadores representados, representantes y organización sindical, y representantes entre sí. Los sindicatos y órganos unitarios ya han comenzado a valerse a tales efectos de los correos electrónicos, páginas de internet, e incluso la intranet corporativa. En lo que concierne al caso concreto español, se trata de un tema aún no esclarecido totalmente por parte de la doctrina y la jurisprudencia.

3.2.- Aportaciones de la jurisprudencia española; una valoración inicial

A pesar de la importancia creciente de las TIC en el mundo del trabajo, como hemos podido apreciar, la legislación actual no ha abordado aún estas cuestiones de una manera determinante. Sin embargo, PÉREZ DE LOS COBOS⁵² considera que el ordenamiento jurídico ofrece instrumentos jurídicos suficientes para hacer frente a las innovaciones tecnológicas en el ámbito de las relaciones laborales, y que quizá

⁵¹ Artículo 81 E.T., en el cual leemos: “En las empresas o centros de trabajo, siempre que sus características lo permitan, se pondrá a disposición de los delegados de personal o del comité de empresa un local adecuado en el que puedan desarrollar sus actividades y comunicarse con los trabajadores, así como uno o varios tablones de anuncios. La representación legal de los trabajadores de las empresas contratistas y subcontratistas que compartan de forma continuada centro de trabajo podrán hacer uso de dichos locales en los términos que acuerden con la empresa. Las posibles discrepancias se resolverán por la autoridad laboral, previo informe de la Inspección de Trabajo”.

⁵² PEREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F: *TIC y relación del trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pág. 124. La obra de este autor y relevante magistrado se ha perpetuado hasta tiempos más recientes así Vid. asimismo PEREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: “El uso sindical de los medios informáticos de la empresa”. *Relaciones Laborales*, Madrid, 2009, Núm. 5-6. Págs. 21 y sigs; PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: “Internet en el trabajo”, *Justicia Laboral*, Madrid, 2012, Núm. 51, Págs. 17-34.

su ineficacia se deba a la incapacidad de los actores sociales para aplicarlos adecuadamente.

Ante la ausencia de normal legal reguladora, han sido los Tribunales de Justicia lo que ha tenido que ofrecer respuestas. Hemos pues de hacer mención a la labor judicial relativa a la componente TIC de ámbito general en las relaciones producidas entre los interlocutores sociales, para ir posteriormente a aspectos más específicos sobre los distintos elementos en juego. Anticipamos que en los últimos tiempos ha sido el empleo del correo electrónico el más afectado por decisiones jurisprudenciales de calado en los últimos tiempos, tal como en el siguiente capítulo tendremos la oportunidad de desarrollar con mayor detalle. En el capítulo tercero observaremos aspectos concernientes al uso de medios telemáticos concretos en las relaciones de diálogo/conflicto entre los agentes sociales (correo electrónico, tablón de anuncios y demás aspectos analizados), mientras será en el capítulo sexto donde analizaremos la jurisprudencia europea (marcadamente del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y con alguna interesante y específica aportación del Tribunal de Estrasburgo), que consideramos de relevancia en el marco de nuestra propuesta investigadora.

Partimos de la base de que es que los aspectos de la libertad sindical y de relaciones laborales en sí más relacionados con lo comunicativo o de inter-actuación entre los interlocutores sociales aparecen a nivel legislativo con carácter disperso y fragmentario, ocupando ello pues la labor jurisprudencial. A nuestro juicio, podemos distinguir entre dos grupos de sentencias. Un grupo recogería fallos de matiz general, y comprende ámbitos comunicativos en las relaciones entre interlocutores sociales o respeto a la intimidad del trabajador en dichas comunicaciones. Otro grupo se identifica con sentencias que abordan ya capítulos más específicos o detallados, entre los que destaca la STC 281/2005, que podríamos calificar como la pionera en el tratamiento circunscrito factores relativos a las TIC en el mundo laboral con sentido específico, y que merece un mejor análisis.

El carácter de derecho constitucionalmente protegido de la negociación colectiva ha sido ampliamente debatido por la doctrina científica, por lo que apenas tratamos este extremo, salvo en lo imprescindible⁵³. Debe considerarse que ya hubo un interesante

⁵³ Vid. por todos ALZAGA RUIZ, I.: "La negociación colectiva en la doctrina del Tribunal Constitucional", *Revista del Ministerio de Asuntos Sociales* Madrid, 2008 Núm. 73, Págs. 313-335, , autora que se basa en estudios ya clásicos en la materia, como el ya citado ALONSO OLEA, M.: "El derecho constitucional a la negociación colectiva y la posición constitucional al respecto de las

precedente en cuanto al tratamiento de la alteridad entre los agentes sociales con respecto a las TIC en la STC 198/2004 de 15 de noviembre definió decisivamente las principales componentes en juego⁵⁴. Con posterioridad, el Tribunal Constitucional siguió perfilando el contenido de la libertad sindical en diversas sentencias⁵⁵. Así, se estimó que cualquier cortapisa o discriminación operada con respecto del uso de las TIC en las relaciones laborales podría implicar una contravención a los principios y derechos reconocidos en la CE⁵⁶. De aquí se extrae

representaciones sindicales y unitarias, y algún otro tema procesal y material, Jurisprudencia Constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social Tomo I, Ref. 81, Civitas, Madrid, 1984, así como otros más recientes, como GARCÍA BLASCO, J.: "La jurisprudencia constitucional relativa al derecho a la negociación colectiva", Temas Laborales, Madrid, 2004, Núm. 76, págs. 313-314. En la opinión de dicha autora, "la doctrina constitucional sobre la materia revela que la mayoría de los pronunciamientos hacen referencia a la relación del derecho a la negociación colectiva con otros derechos laborales de base constitucional, como el derecho a la igualdad y no discriminación (artículo 14 CE), el derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 CE), el derecho a la libertad sindical (artículo 28.1 CE) o el derecho de huelga (artículo 28.2 CE). Pero también el Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de examinar el significado constitucional del derecho a la negociación colectiva por medio de la resolución de recursos de inconstitucionalidad, cuestiones de inconstitucionalidad o conflictos positivos de competencia en los que queda afectada la negociación colectiva. Ello ha supuesto que la aproximación del Tribunal a la materia haya sido de forma indirecta, lo que explica, a su vez, que, en ocasiones, los pronunciamientos no entren plenamente en el fondo de la cuestión, al ser considerada de legalidad ordinaria". En consecuencia, la labor que a priori debemos esperar del Constitucional en causa no ha de apartarse sustancialmente de los parámetros arriba reseñados.

⁵⁴ En efecto, leemos en el Fundamento jurídico (F.J.) 5 de dicha sentencia lo que sigue: "... Aun cuando del tenor literal del artículo 28.1 CE pudiera deducirse la restricción del contenido de la libertad sindical a una vertiente exclusivamente organizativa o asociativa, este Tribunal ha declarado reiteradamente, en virtud de una interpretación sistemática de los artículos 7 y 28 CE, efectuada según el canon hermenéutico del artículo 10.2 CE, que remite a los tratados y acuerdos internacionales ratificados por España (específicamente, en el caso, a los Convenios de la Organización Internacional del Trabajo números. 87 y 98) que la enumeración de derechos que se efectúa en estos textos no constituye un *numerus clausus*, sino que en el contenido de este precepto se integra también la vertiente funcional del derecho, es decir, el derecho de los sindicatos a ejercer aquellas actividades dirigidas a la defensa, protección y promoción de los intereses de los trabajadores, en suma, a desplegar los medios de acción necesarios para que puedan cumplir las funciones que constitucionalmente les corresponden..... Los sindicatos disponen de un ámbito esencial de libertad para organizarse y actuar de la forma que consideren más adecuada a la efectividad de su acción, dentro, claro está, del respeto a la Constitución y a la Ley...". En línea análoga, véanse: SSTC 105/1992, de 1 de julio [RTC 1992, 105], FF. (Fundamentos) 2 y 5; 173/1992, de 29 de octubre [RTC 1992, 173], F. (Fundamento) 3; 164/1993, de 18 de mayo [RTC 1993, 164], F. 3; 145/1999, de 22 de julio [RTC 1999, 145], F. 3, y 308/2000, de 18 de diciembre [RTC 2000, 308], F. 6).

⁵⁵ De tal manera, en la STC 17/2005, de 1 de Febrero establece en su F.J.1º que : "...En efecto, debe precisarse que, si bien el demandante de amparo también invoca la vulneración de su derecho a la igualdad y no discriminación (artículo 14 CE), tal queja carece de sustantividad propia, pues la discriminación enunciada no concierne a ninguna de las circunstancias explícitamente proscritas por el artículo 14 CE, por lo que ha de quedar subsumida en la queja referida a la lesión del artículo 28.1 CE, conforme a la reiterada doctrina de este Tribunal". En este sentido también las SSTC 55/1983, de 22 de junio [RTC 1983, 55] , F. 1; 197/1990, de 29 de noviembre [RTC 1990, 197] , F. 1; 90/1997, de 6 de mayo [RTC 1997, 90] , F. 3; 87/1998, de 21 de abril [RTC 1998, 87], F. 2; 308/2000, de 18 de diciembre [RTC 2000, 308] , F. 2; y 44/2001, de 12 de febrero [RTC 2001, 44] , F. 2).

⁵⁶ La misma Sentencia manifiesta asimismo que : "...el derecho a la tutela judicial efectiva comprende el derecho a obtener una respuesta fundada en Derecho, esto es, motivada, razonable y no manifiestamente errónea ni arbitraria, ni lesiva de otros derechos fundamentales, si bien en 83

que los derechos de los representantes no son inferiores a los del resto de trabajadores, así el trabajador afiliado tiene derecho a no sufrir, por razón de su afiliación o actividad sindical, ninguna diferencia de trato en relación a los demás trabajadores. Se vulnera el derecho a la libertad sindical si la actividad sindical tiene consecuencias negativas para quien las realiza, o si éste queda perjudicado por el desempeño legítimo de la actividad sindical⁵⁷. Como podemos apreciar, el uso de internet y del correo electrónico por parte de los sindicatos en su relación con los trabajadores adolece *per se* de falta de regulación normativa específica, a nivel nacional y europeo⁵⁸. Ello contrasta con las ventajas que los medios tecnológicos suponen para la actividad de representación de los intereses de los trabajadores. El correo electrónico permitiría al representante algunas ventajas en relación a los medios de comunicación tradicionales: carácter inmediato, electrónico, asíncrono, ubicuo y digital⁵⁹. Estas ventajas son, además, decisivas en aquellos supuestos en los cuales estamos ante empresas que disponen de muchos centros o cuyo ámbito de acción es supra-estatal.

Las ventajas de las TIC no parecen discutibles. Pensemos que los derechos de comunicación se articulan, entre otros, mediante el uso local, del tablón de anuncios y de las asambleas. Pero ello supone que el trabajador se desplace al lugar en el cual se encuentra el tablón de anuncios o bien al local o bien acudir a las asambleas informativas, lo que es extremadamente difícil, por ejemplo, en el caso de los teletrabajadores. Las TIC son inmediatas. Desaparecen así los desplazamientos que el trabajador debe realizar para acceder a la información, y ello se sustituye por el acceso a la información desde su puesto de trabajo, en la pantalla de su ordenador. El acceso se produce a través del correo electrónico o con la visita al tablón virtual establecido en intranet. Con el primero se cumplen dos funciones, la de recibir información, pero también la de realizar consultas. También se podría hablar del acceso de los trabajadores a la información laboral que ofrecen sindicatos en sus sitios web en internet.

este último supuesto serían esos derechos los vulnerados y no el artículo 24.1 CE". Estos razonamientos ya estaban presentes en fallos anteriores, como en la STC 171/2003, de 29 de septiembre o en SSTC 94/1995, de 19 de junio [RTC 1995, 94], F. 4, y 214/1999, de 24 de julio [RTC 1999, 214], F. 2).

⁵⁷ STC 79/2004, de 5 de mayo, F.J. 3.

⁵⁸ CHACARTEGUI JAVEA, C.: "El correo electrónico como instrumento de información, consulta y participación", *Revista de Relaciones Laborales*, Madrid, 2004, Núm. 8, págs. 83-103.

⁵⁹ ROIG BATALLA, A.: *El uso laboral y sindical del correo electrónico e internet en la empresa*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2007, págs. 95-117.

Sin embargo esta aplicación no está exenta de complicaciones. Si bien tanto el correo electrónico como el acceso para consultar la información sindical se presentan como los “sustitutivos” naturales del tablón de anuncios y la distribución epistolar de la información sindical, tales medios son de propiedad de la empresa y su implantación obedece a las necesidades del proceso productivo, por lo que puede plantear cierta problemática. Se podría destacar, por ejemplo, las posibles interferencias en el funcionamiento de la empresa, con lo que habría que analizar el uso “compartido” de las tecnologías; o bien determinar si el empresario debe asumir el coste patrimonial que esto supone (conexión a internet, disponibilidad de ordenadores, tiempo empleado); o, en fin, el control que el propietario de los medios informáticos pueden ejercer sobre el uso de los mismos, censurando o detectando un uso abusivo⁶⁰. Hay por lo tanto que determinar la relación de derechos tanto los de contenido sindical como los de contenido empresarial.

En primer lugar, en cuanto al derecho a informar a los representados, desde la perspectiva de los representantes se está dando cumplimiento a una libertad de hacer, incardinada en los derechos constitucionales de expresión, comunicación y libertad sindical. Está reconocido en la Constitución Española, artículos como el 7, el 20 ó el 28 son manifestaciones de dichas facultades⁶¹. Las limitaciones específicas

⁶⁰ BAYLOS GRAU, A. y VALDÉS DE LA VEGA, B.: “El efecto de las nuevas tecnologías en las relaciones colectivas de trabajo”, en *Nuevas tecnologías de la información y la comunicación y Derecho del Trabajo*, AA.VV. (Coords. ALARCÓN CARACUEL, M. R. y ESTEBAN LEGARRETA, R.): *Nuevas tecnologías de la información y comunicación y Derecho del Trabajo*, Bomarzo, Albacete, 2004, pág. 127.

⁶¹ El Estatuto de los trabajadores en su artículo 64 reconoce los *derechos* de información, consulta y competencias, y establece que: “El comité de empresa tendrá derecho a ser informado y consultado por el empresario sobre aquellas cuestiones que puedan afectar a los trabajadores, así como sobre la situación de la empresa y la evolución del empleo en la misma, en los términos previstos en este artículo” .Y que “se entiende por información la transmisión de datos por el empresario al comité de empresa, a fin de que éste tenga conocimiento de una cuestión determinada y pueda proceder a su examen. Por consulta se entiende el intercambio de opiniones y la apertura de un diálogo entre el empresario y el comité de empresa sobre una cuestión determinada, incluyendo, en su caso, la emisión de informe previo por parte del mismo”.

Por su parte el artículo 8 de la LOLS, precitado reconoce a los afiliados a un sindicato distribuir información sindical en el ámbito de la empresa o en el centro de trabajo, siempre que no perturben la actividad normal de la empresa.

Y por añadidura, el artículo 10.3.1 de la LOLS establece que los Delegados Sindicales, tendrán las mismas garantías que las establecidas legalmente para los miembros de los comités de empresa o de los órganos de representación que se establezcan en las Administraciones Públicas, y entre ellos, el tener acceso a la misma información y documentación que la empresa ponga a disposición del comité de empresa, estando obligados los delegados sindicales a guardar sigilo profesional en aquellas materias en las que legalmente proceda.

del ámbito laboral consisten en el deber de cumplir sus obligaciones de conformidad con las reglas de la buena fe y la diligencia⁶².

La libertad sindical incluye la facultad instrumental de divulgar informaciones o expresar opiniones, siempre que éstas versen sobre materias de “interés laboral o sindical”, tal como entiende la jurisprudencia constitucional⁶³. Dígase que el Alto Tribunal ya reconoció que la transmisión de noticias de interés sindical, el derecho a informar a los representados, afiliados o no, forma parte del contenido esencial del derecho fundamental a la libertad sindical, al permitir el ejercicio cabal de una acción sindical y propiciar el desarrollo de la democracia y el pluralismo social⁶⁴. Los límites generales de la libertad de información y de la libertad de expresión son aplicables: la información debe ser veraz, y no contener “expresiones indudablemente injuriosas y que resulten innecesarias para la exposición de las mismas y que no contravengan otros valores constitucionales o de derechos fundamentales, tales como la igualdad, la dignidad o el derecho a la intimidad”⁶⁵.

En cuanto a los límites adicionales a la libre información y expresión sindicales, en la STC 198/2004, de 15 noviembre, se alude a la trasgresión de la buena fe contractual por parte del trabajador. Este límite es sometido a juicio de ponderación (proporcionalidad) por el Tribunal Constitucional, y así dice: “...las restricciones que hayan de aplicarse habrán de ser adecuadas, imprescindibles y proporcionales a la protección de la libertad de la empresa”⁶⁶.

Llegados a este terreno, dos son los aspectos a tener en cuenta. Primero, la actuación del representante debe consistir en un ejercicio de las funciones inherentes a su condición representativa sindical. Además las acciones adoptadas deben revestir un estricto interés laboral, en el sentido que deben afectar a una materia directamente relacionada con los intereses de los trabajadores.

En segundo término, el contexto de conflicto atenúa los efectos de las conductas del representante, de manera que “las críticas proferidas en el curso de un conflicto

⁶² Artículo 5 ET.

⁶³ STC 213/2002 de 11 noviembre, FJ 4º.

⁶⁴ STC 94/1995 y STC 168/1996.

⁶⁵ STC 204/1997.

⁶⁶ STC 198/2004, de 15 noviembre, F.J. 8, *in fine*.

laboral deben valorarse desde la lógica propia del conflicto, y así son tenidas en cuenta normalmente por la opinión pública, que no las interpreta literalmente”⁶⁷. Es posible, en su caso, imponer sanciones penales a un representante siempre que éste se exceda en el ejercicio del derecho a la libertad sindical. Por el contrario, si la conducta debe ser calificada como inequívocamente sindical en atención a estos mismos criterios (contenido y finalidad del acto o medios empleados), resultará constitucionalmente inaceptable la imposición de una sanción penal⁶⁸.

En cuanto a los derechos de los trabajadores a ser informados por los representantes, estamos ante un derecho laboral del trabajador, que está específicamente reconocido en el ordenamiento vigente⁶⁹. El empresario debe por tanto, también en este caso, un respeto y abstención de cualquier injerencia que pueda impedir o dificultar la comunicación entre representantes y representados. El derecho de los trabajadores a ser informados supone que cada trabajador tenga la oportunidad y los medios de acceder a la información, esto es, al resultado de la función representativa. Ese deber negativo viene reforzado al contemplarse de forma explícita que entre las competencias de los representantes se encuentra la de informar a los trabajadores⁷⁰. El precepto trata de garantizar frente a la dirección de la organización una libertad que no ha de sufrir interferencias.

En tercer lugar, los trabajadores tiene derecho a recibir la información que le remita su sindicato, de conformidad con el artículo de la LOLS 8.1.c, diferente que el derecho a los trabajadores afiliados a un sindicato a distribuir información sindical

⁶⁷ STC 198/2004, de 15 noviembre, F.J. 9.

⁶⁸ STC 185/2003, de 27 de octubre, F.J. 5 in fine: “Reconduciendo lo anteriormente expuesto al ámbito de la acción sindical, la mera presencia de un representante sindical o la realización de actos con impronta sindical no excluye la posibilidad de imposición de sanciones penales, sanciones que serán constitucionalmente lícitas en aquellos casos en que la actuación sindical no se concrete efectivamente en la realización de la conducta objeto de enjuiciamiento sino que se desnaturalice el ejercicio del derecho, desvinculándolo del ámbito de su contenido propio, su función o finalidad específica y de los medios necesarios para la acción sindical. Esto es lo que sucedía, por ejemplo, en la STC 137/1997, de 21 de julio, FJ 4 (en que concluíamos que los hechos imputados al recurrente no estaban integrados en el ámbito del derecho de huelga), o en la STC 51/1997, de 11 de marzo, FJ 4, en relación con el ejercicio del derecho a la libertad de información por parte de un representante sindical (cuyas declaraciones se sitúan al margen del ejercicio del derecho a la libertad sindical, como expresamente se declara en la Sentencia). Por el contrario, si la conducta debe ser calificada como inequívocamente sindical en atención a esos mismos criterios (contenido y finalidad del acto o medios empleados), resultará constitucionalmente inaceptable la imposición de una sanción penal”.

⁶⁹ En efecto, en el artículo 4.1 g) ET, que establece que: “...1. Los trabajadores tienen como derechos básicos, con el contenido y alcance que para cada uno de los mismos disponga su específica normativa, los de.....g) Información, consulta y participación en la empresa...”.

⁷⁰ BAYLOS GRAU, A.; VALDES DE LA VEGA, B.: “El efecto...”, Op. cit., pág. 129.

que le otorga el art 8.1.b, y que hemos visto anteriormente. Siguiendo a AGUT⁷¹, podemos decir que la recepción de la información podría realizarse, en principio, por cualquier medio factible y se recibiría en la empresa o el centro de trabajo, tratándose de correspondencia postal, telegráfica o de otro tipo. Esto significa que “el vehículo para la difusión de la información” será el mismo empresario, obligado ahora a “hacer llegar a sus destinatarios la información enviada por el sindicato”. La conducta pasiva y de mera tolerancia se trastoca, en estos casos, en “la exigencia de una conducta empresarial activa”, consistente primero en ser receptor, es decir, no rechazar, la información enviada por el sindicato y, posteriormente, entregarla a los afiliados. Se vería cumplida cuando el empresario “hubiese realizado todas las actividades encaminadas a obtener la información cuya entrega se pretende, aunque ésta no llegase a su poder”. Al tratarse de una obligación de medios y no de resultado, siendo suficiente un comportamiento diligente.

Significaría, tal y como indican BAYLOS y VALDÉS⁷², quienes siguen el mismo criterio de AGUT, que éste debe realizar los actos precisos para que la cosa llegue a manos de su destinatario, “evitando retrasos injustificados” y, en su caso observando una conducta correcta y diligente en la conservación de la información recibida. Por tanto, es obvio que el empresario debe respetar el derecho de las comunicaciones salvaguardando la confidencialidad, sin poder entrar a valorar el contenido de la información, si ésta estuviese a la vista, ni realizar ningún tipo de censura sobre la misma.

Otro aspecto jurisprudencialmente desarrollado, aunque de modo mucho más directo, es el concerniente a la libertad informática del trabajador en su esfera personal, consistente en controlar el uso de los datos personales insertos en un programa informático y comprende: a) conocer y acceder a los mismos; b) controlar su calidad, pudiendo corregir o cancelar los datos inexactos o indebidamente procesados; y c) disponer sobre su transmisión. Según el la STC 254/1993, este derecho se configura no sólo como “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”, sino también como un derecho instrumental,

⁷¹ AGUT GARCÍA, C.: *El sindicato en la empresa. Secciones y Delegados Sindicales*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, págs. 586 y 587.

⁷² BAYLOS GRAU, A. y VALDÉS DE LA VEGA, B.: “El efecto...”, Op.cit, pág. 132.

ordenado a la protección de otros derechos fundamentales, entre los que se encuentra, desde luego, el derecho a la intimidad⁷³.

El Tribunal Constitucional deslinda la libertad informática respecto del derecho a la intimidad; reserva para este último su clásica concepción defensiva (proteger frente a cualquier invasión que pueda realizarse en aquel ámbito de la vida personal y familiar que la persona desea excluir del conocimiento ajeno y de las intromisiones de terceros en contra de su voluntad) y confía al derecho a la libertad informática o derecho a la protección de datos un papel mucho más activo: “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”. El resto de su redacción arroja muy adecuada luz, al deslindar entre derechos del trabajador y facultades de control de parte del empresario, lo que, desde el punto de vista relacional y humano, constituye un complejo código de conducta, sobre el cual sólo hay que preguntarse una cosa; hasta dónde es realista confiar al detalle jurisdiccional aspectos tan complejos y multiformes en las relaciones entre los sujetos⁷⁴. La línea expuesta recicla y readapta pronunciamientos de fechas anteriores⁷⁵.

⁷³STC 11/1998 de 13 de enero, F.J.5: “En efecto, el Artículo 18.4 en su último inciso establece las limitaciones al uso de la informática para garantizar el pleno ejercicio de los derechos, lo que significa que, en supuestos como el presente, el artículo citado es, por así decirlo, un derecho instrumental ordenado a la protección de otros derechos fundamentales, entre los que se encuentra, desde luego, la libertad sindical, entendida ésta en el sentido que ha sido establecido por la doctrina de este Tribunal, porque es, en definitiva, el derecho que aquí se ha vulnerado como consecuencia de la detracción de salarios, decidida por la empresa al trabajador recurrente por su incorporación a determinado Sindicato”. Se trataría pues de evitar que la informatización de los datos personales propicie comportamientos discriminatorios.

⁷⁴ Lo cual viene dado por la STC 292/2000 de 30 de noviembre. En efecto, tal pronunciamiento del Tribunal Constitucional se expresa en siguientes términos: “...Este derecho fundamental a la protección de datos, a diferencia del derecho a la intimidad del artículo 18.1 CE, con quien comparte el objetivo de ofrecer una eficaz protección constitucional de la vida privada personal y familiar, atribuye a su titular un haz de facultades que consiste en su mayor parte en el poder jurídico de imponer a terceros la realización u omisión de determinados comportamientos cuya concreta regulación debe establecer la Ley, aquella que conforme al artículo 18.4 CE debe limitar el uso de la informática, bien desarrollando el derecho fundamental a la protección de datos (artículo 81.1 CE), bien regulando su ejercicio (artículo 53.1 CE)..”.

⁷⁵ Así la STC 170/1987, de 30 de octubre [RTC 1987/170], declaró en su F.J. 4 que: “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”. Así las cosas...“el derecho a la protección de datos garantiza a los individuos un poder de disposición sobre esos datos (...) de ahí la singularidad del derecho a la protección de datos, pues, por un lado, su objeto es más amplio que el del derecho a la intimidad, ya que el derecho fundamental a la protección de datos extiende su garantía no sólo a la intimidad en su dimensión constitucionalmente protegida por el artículo 18.1 CE, sino a lo que en ocasiones este Tribunal ha definido en términos más amplios como esfera de los bienes de la personalidad que pertenecen al ámbito de la vida privada, inextricablemente unidos al respeto de la dignidad personal, como el derecho al honor, citado expresamente en el artículo 18.4 CE, e

Pese a todo, la componente de la intimidad no es un derecho incondicionado, sino que tiene sus limitaciones. En este punto, como el propio Tribunal reconoce tácitamente, el deslinde entre derechos y obligaciones en este terreno no puede ser absoluto, porque el derecho a la libertad informática comprende el derecho a la intimidad, aunque lo exceda, tal y como explican SEMPERE y SAN MARTÍN⁷⁶. En consideración a dichos autores cabría pues entender que, según el Tribunal Constitucional, la libertad informática es un derecho instrumental, ordenado a la protección de otros derechos fundamentales, entre los que se encuentra la libertad sindical. En virtud de esta conexión entre ambos derechos, el Tribunal mantiene que la libertad informática trata de evitar que la informatización de los datos propicie comportamientos discriminatorios, y en el supuesto analizado se utilizó un dato sensible (la afiliación sindical), que había sido proporcionado con una determinada finalidad (los descuentos de cuotas sindicales), para otra totalmente distinta (descuentos salariales por huelga, sin comprobación de la efectiva participación en ella), con menoscabo del legítimo ejercicio del derecho de libertad sindical⁷⁷.

igualmente, en expresión bien amplia del propio artículo 18.4 CE, al pleno ejercicio de los derechos de la persona...". Con posterioridad, la STC 144/1999, de 22 de julio [RTC 1999\144], proclamó en su F.J. 8. que: "...la función del derecho fundamental a la intimidad del artículo 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 desea excluir del conocimiento ajeno y de las intromisiones de terceros en contra de su voluntad".

⁷⁶ AA. VV. (SEMPERE NAVARRO, AV. y SAN MARTIN MAZZUCCONI, C.): *Nuevas tecnologías...* Op. vit., pág 162, haciendo cita de la STC 11/1998, de 13 enero (RTC 1998, 11): "Son conocidos los casos de las huelgas llevadas a cabo en la empresa Renfe, que dieron lugar a que ésta descontara automáticamente la parte proporcional del salario correspondiente a dichos períodos de huelga a todos los trabajadores afiliados a CCOO (uno de los sindicatos convocantes de la huelga), valiéndose para ello de las claves informáticas que figuraban en sus nóminas a efectos del descuento de la cuota sindical. Los múltiples pleitos planteados a raíz de estos descuentos concluyeron en otros tantos pronunciamientos del Tribunal Constitucional", siendo aun más interesante dicho pronunciamiento por cuanto el mismo se da en un contexto característicamente laboral y sindical.

⁷⁷ En la referida sentencia 11/1998, de 13 enero recurre el actor en demanda de amparo, alegando, entre otros motivos, la vulneración de su derecho a la libertad sindical por uso indebido del dato de afiliación sindical facilitado a la empresa, al habersele descontado retribuciones por huelga, pese a no haber participado en la misma, en base a su pertenencia a uno de los sindicatos convocantes. Estima el Tribunal el recurso, dado que se utilizó un dato sensible, que había sido proporcionado con una determinada finalidad -detracción de cuota sindical- para otra radicalmente distinta, por lo que se está ante una decisión unilateral del empresario que supone un trato peyorativo para el trabajador por razón de su adhesión a un sindicato, y sin que sirva de justificación las dificultades de la empresa para determinar con exactitud quien secundó la huelga. Establece la misma que "desde la STC 70/1982, viene reconocido que derecho a la libertad sindical que reconoce el artículo 28 C.E. incluye como contenido esencial el derecho a que las organizaciones sindicales libremente creadas desempeñen el papel y las funciones que les reconoce el artículo 7 C.E., de manera que participen en la defensa y protección de los intereses de los trabajadores", afirmándose en la STC 23/1983 que "por muy detallado y concreto que parezca el enunciado del artículo 28.1 C.E. a propósito del contenido de la libertad sindical, no puede considerarse como exhaustivo o limitativo, sino meramente a título de ejemplo, con la consecuencia de que la enumeración expresa de los derechos concretos que integran el genérico de libertad sindical no agota, en absoluto, el contenido global de dicha libertad".

No obstante todos estos compases iniciales, la línea jurisprudencial que en su día intentó a rellenar el vacío existente en la legislación positiva en la materia laboral afectada por las TIC en su dimensión más fue la STC 281/2005. Dicha sentencia, que ha suscitado el lógico interés doctrinal⁷⁸, presenta sin embargo un contenido que no deja de ser, como seguidamente apreciaremos, contradictorio y abundante en incógnitas. En tiempos más cercanos el testigo ha sido recogido una serie de pronunciamientos posteriores, a cargo tanto del Tribunal Supremo como de otras instancias de elevada jerarquía, cuales son los Tribunales Superiores de Justicia de

Por otra parte afirma que "...la afiliación del trabajador recurrente a determinado Sindicato, se facilitó con la única y exclusiva finalidad lícita de que la Empresa descontara de la retribución la cuota sindical y la transfiriera al Sindicato, de acuerdo con lo establecido en el artículo 11.2 L.O.L.S. Sin embargo, el dato fue objeto de tratamiento automatizado y se hizo uso de la correspondiente clave informática para un propósito radicalmente distinto: retener la parte proporcional del salario relativa al período de huelga". Y también establece que : "En efecto, el artículo 18.4 en su último inciso establece las limitaciones al uso de la informática para garantizar el pleno ejercicio de los derechos, lo que significa que, en supuestos como el presente, el artículo citado es, por así decirlo, un derecho instrumental ordenado a la protección de otros derechos fundamentales, entre los que se encuentra, desde luego, la libertad sindical, entendida ésta en el sentido que ha sido establecido por la doctrina de este Tribunal, porque es, en definitiva, el derecho que aquí se ha vulnerado como consecuencia de la detracción de salarios, decidida por la empresa al trabajador recurrente por su incorporación a determinado Sindicato".

⁷⁸ ALZAGA RUIZ, I.: "El uso por parte de la representación sindical de los medios informáticos propiedad de la empresa (Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional 281/2005, de 7 de noviembre)", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, Civitas, Madrid, 2006, págs. 1047-1064. Otros autores, como PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: "Internet en el trabajo" *Justicia Laboral*, Madrid, 2012, Núm. 51, págs. 17-34 valoran este pronunciamiento apuntando que incorpora un argumento que "va a revolucionar el contenido de los derechos fundamentales". El TC advierte que "claro está (y este elemento resultará decisivo en el presente caso) no puede confundirse la ausencia de una obligación promocional que grave al empresario fuera de aquéllos ámbitos con la posibilidad de que éste adopte decisiones de carácter meramente negativo, disuasorios o impeditivos del desarrollo del derecho, dirigidas únicamente a entorpecer su efectividad". La construcción elaborada por el máximo intérprete constitucional parte entonces de la siguiente premisa: "pesa (sobre el empresario) el deber de mantener al sindicato en el goce pacífico de los instrumentos aptos para su acción sindical siempre que tales medios existan, su utilización no perjudique la finalidad para la que fueron creados por la empresa y se respeten los límites y reglas de uso", creando, en consecuencia, un deber de prestación a suministrar por el empresario, salvo que demuestre que su puesta a disposición supone un perjuicio o gravamen considerable.

Ahora bien, conviene recordar que, sin mediar acuerdo expreso, el uso de estos medios por las secciones sindicales, con engarce en lo dispuesto en el artículo 8.1 c) LOLS, (o por los representantes unitarios, con engarce en el artículo 81 ET y 68.d) del mismo texto legal - posibilidad admitida en alguna sentencia en suplicación)- "constituye una limitación importante de unas facultades típicas del propietario: la facultad de excluir a los terceros del uso de un bien (...)", y que esta limitación carece de apoyo legal y no tiene fundamento en el artículo 28.1 CE, porque el "contenido esencial de la libertad sindical no incluye las prestaciones del empresario para promover la actividad del sindicato". Ciertamente la propiedad de un bien puede limitarse en atención a los intereses colectivos pero se ha de convenir que hubiera tenido que ser la Ley la que estableciese, en su caso, los términos de uso y, en este sentido, el Voto particular que acompaña a la sentencia ya recuerda que "el uso sindical de una determinada herramienta tecnológica de comunicación propiedad de la empresa en modo alguno puede insertarse nada menos que en el contenido esencial de la libertad sindical sino, en todo caso, su único contenido posible sería contenido adicional de esa libertad" y, en consecuencia, su exigencia necesitaría de una determinada base normativa o convencional.

algunas Comunidades Autónomas. Al análisis de dichos fallos dedicaremos los epígrafes que siguen.

Deberemos inicialmente detallar los hechos que motivaron la referida STC 281/2005, y que hacen concretamente al aspecto, antes abordado, de una presunta restricción al libre uso del correo electrónico entre los trabajadores y su representación sindical y que terminaron con la intervención del Tribunal Constitucional⁷⁹. Una concreta entidad financiera implantó un sistema de conexión electrónica, vía terminal, que extendió a todos sus empleados de forma progresiva. Cabe indicar que la empresa fomentaba el uso del correo electrónico desde 1995, dentro de un programa de reducción de gastos de tiempo y dinero en la utilización de otros sistemas de comunicación. A partir de un determinado momento un sindicato comenzó a enviar correos electrónicos desde su servidor externo a los trabajadores de la entidad. Empleó a estos fines las direcciones facilitadas por el empresario bancario a sus trabajadores, las tenían de pasar necesariamente por los servidores internos de dicha empresa. Tales mensajes tenían como destinatarios a los afiliados de dicho sindicato y al resto de trabajadores de la empresa. Inicialmente, la empresa no interfirió en el envío de correos y soportó la actividad del sindicato. Es de destacar que durante más de un año no hubo ningún abuso digno de mención por parte del sindicato a entender de la empresa.

Transcurrido un año, el servidor de la empresa rechazó los correos del sindicato, hecho que se reiteró puntualmente⁸⁰. La empresa fundó esta decisión en la avalancha de correos masivos recibida desde el servidor del sindicato, lo cual “habría congestionado” el sistema, de modo que, ante las largas colas de espera para acceder al contenido de los correos, se procedió a “rebotar” (filtrar el remitente) los correos enviados por el sindicato, con una notificación de dicho hecho. Como siguiente paso restrictivo en el uso del correo, la empresa dictó una serie de normas sobre la utilización racional del correo electrónico, donde puso de manifiesto que el correo electrónico es un medio de producción de la empresa que pone a disposición de los trabajadores, pero que sólo deben ser usado para el estricto cumplimiento de la labor del trabajador. Los usos ajenos a los cometidos estrictamente relacionados con la prestación laboral podrían, a entender de la empresa, presuponer una falta.

⁷⁹ Actividad esta que podríamos decir determinó los inicios del interés jurisprudencial en la cuestión, y que envolvieron al controvertido criterio seguido en la STC 281/2005 de 7 de noviembre, pronunciamiento al que dedicaremos los párrafos siguientes.

⁸⁰ MORENO DE TORO, C.: “Los medios informáticos...”, Op. cit, pág. 214.

Ello determinaría el reenvío de correos masivos no solicitados por los receptores (como los remitidos por el sindicato en cuestión) como una actividad rechazable, y por tanto, que merece ser perseguida y reprimida.

El sindicato interpuso entonces demanda de conflicto colectivo, exigiendo el derecho a utilizar el correo electrónico de la empresa, como un medio idóneo para comunicarse con los trabajadores de la misma, siempre dentro del derecho de información que los mismos tienen. La Sala de lo Social de la Audiencia Nacional estimó parcialmente el recurso, y reconoció la validez de la posición sindical⁸¹.

La empresa consideraba que el fallo de la AN adolecía una falta de adecuada base legal, ya que ni la LOLS ni la Constitución obligan al empresario a poner a disposición de los sindicatos un sistema informático ni a permitir el uso del ya existente⁸². Frente a dicho argumento, el sindicato estimó que se habría optado por la comunicación vía correo electrónico a raíz de las recomendaciones que realizaba la empresa a sus empleados, mediante las cuales se indicaba la preferencia del medio electrónico como comunicación antes que los medios tradicionales (correo postal, llamada telefónica, faxes, etc.). El sindicato también se acogió a la falta de prohibición expresa al uso del correo electrónico con fines sindicales por parte de la empresa (que se entendían como comprendidas dentro de las normas de uso razonable del correo electrónico conferido por la empresa a sus trabajadores). Por último, el sindicato recordó la doctrina del Tribunal Constitucional por la cual se considera que el impedir las transmisiones de noticias de contenido sindical por parte de una organización de trabajadores hacia los empleados por parte del empresario sería motivo suficiente como para reclamar el amparo de los Tribunales, por ser esta comunicación parte esencial de la libertad sindical reconocida en la Constitución.

⁸¹ SAN de 6 de febrero de 2001 (AS 2001/84), en la cual se estimó conforme a la legalidad laboral vigente la práctica sindical, hasta el momento del citado colapso. En efecto, tal como expresan los hechos probados de la sentencia, “el derecho del sindicato promotor de la acción y de sus secciones sindicales en las empresas del grupo BBVA a transmitir noticias de interés sindical a sus afiliados y a los trabajadores en general a través del correo electrónico con la mesura y normalidad inocua con que lo venía realizando desde el 2 de febrero de 1999 hasta el momento en que se emitió una cantidad masiva de mensajes el 13 de febrero de 2000, que colapsó el servidor interno de la empresa”.

⁸² MARIN ALONSO, I.: “La utilización del correo electrónico por los sindicatos o sus secciones sindicales para transmitir noticias de interés sindical a sus afiliados o trabajadores en general”, *Aranzadi Social*, Pamplona, 2001, Núm. 1, págs. 32 y sigs, autor que denuncia la escasa fundamentación jurídica de este primer pronunciamiento.

La controversia fue objeto de recurso remitido promovido por el banco ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, quien se pronunció por su Sentencia 26 de noviembre de 2001⁸³, pronunciamiento que según algún autor tendrá ya algún referente más o menos apuntado por la jurisprudencia anterior de esta misma Sala⁸⁴. Ante semejante tesitura, el sindicato presentó una demanda de amparo ante el Tribunal Constitucional, y que determinó el pronunciamiento que analizaremos seguidamente.

En efecto, no podrían haber sido más decepcionantes estos primeros pasos deparados por la jurisprudencia acerca del contenido de los derechos laborales afectados por las TIC para ser ejercidos frente al empresario. Procede así estudiar en mayor extensión los fundamentos jurídicos de dicho fallo, siendo el Tercero el que delimita los contenidos esencial y adicional de dicho derecho de comunicación en su aplicación desde un entorno de las TIC. El Tribunal Constitucional entiende, como a nuestro juicio no podría ser de otro modo, que el derecho a la información y comunicación entre representantes sindicales y representados se sitúa dentro del contenido esencial de la libertad sindical⁸⁵. En concreto, "impone al empresario la carga de facilitar, en determinados casos, ciertos medios materiales: locales y

⁸³ STS de 26 noviembre 2001 (RJ 2002\3270). En la misma restringió los márgenes reconocidos en el pronunciamiento habido en la Audiencia Nacional, y estableció que: "siendo cierto que no hay norma jurídica alguna que conceda al sindicato el derecho a utilizar los medios informáticos del Banco para realizar la comunicación con sus afiliados y con las secciones sindicales", y que asimismo es verdadero que "el artículo 8 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical 11/1985 de 2 de agosto, consagra el derecho de los afiliados a recibir la información que les remita su sindicato", tales preceptos no darían pie a establecer que "sea la empresa la que deba facilitar los medios materiales para llevarla a cabo".

⁸⁴ STS de 13 de octubre de 1995 (RJ 1995, 7749), citada por MARIN ALONSO, I.: "La utilización...", Op. cit, Págs. 35 y 36. Para dicho autor, "el legítimo interés empresarial en controlar el gasto generado por el uso de tales medios también puede sustentar, sin duda, el establecimiento de límites por parte de la empresa, pero siempre que no se impida el libre ejercicio de la actividad representativa a través de la imposición de cortapisas innecesarias si se establezcan controles previos a la utilización de los sistemas de comunicación".

⁸⁵ Artículo 28.1 C.E. que la STC 281/2005 interpreta, para el contexto en causa, del siguiente modo: "...que la enumeración de derechos efectuada en el primeramente referido precepto constitucional (art 28.1 CE) no se realiza con el carácter de *numerus clausus*, sino que en el contenido de dicho precepto se integra también la vertiente funcional, es decir, el derecho de los sindicatos a ejercer aquellas actividades dirigidas a la defensa, protección y promoción de los intereses de los trabajadores; en suma, a desplegar los medios de acción necesarios para que puedan cumplir las funciones que constitucionalmente les corresponden (por todas, SSTC 94/1995, de 19 de junio [RTC 1995, 94] , F. J. 2; 308/2000, de 18 de diciembre [RTC 2000, 308], F. J. 6; 185/2003, de 27 de octubre [RTC 2003, 185] , F. J. 6, y 198/2004, de 15 de noviembre [RTC 2004, 198] , F. J. 5"). En consecuencia,, "...las anteriores expresiones del derecho fundamental (organizativas o asociativas y funcionales o de actividad) constituyen su núcleo mínimo e indisponible, el contenido esencial de la libertad sindical".

tablones”⁸⁶. En cuanto al contenido adicional de la libertad sindical relevante para el caso⁸⁷, el Tribunal Constitucional considera “que lo integran aquellos derechos y facultades reconocidos por normas legales o convencionales, que se añaden al contenido mínimo o esencial”⁸⁸. Esta misma consideración tienen los derechos sindicales que tengan su origen en una concesión unilateral del empresario⁸⁹, al cual competiría una obligación genérica cuyo contenido esencial en no obstaculizar injustificada o indiscriminadamente la comunicación informática entre los sindicatos y los trabajadores⁹⁰.

El elemento más objetable respecto del pronunciamiento del Tribunal Constitucional es que el mismo no es todo lo claro que debería ser a la hora de aclarar la noción de abuso o exceso en el empleo de las TIC por parte de la representación sindical, como elemento perjudicial para las comunicaciones del empresario, y que justifica a éste a establecer cortapisas o exclusiones en dicho uso. La fundamentación del Constitucional habría intentado propiciar una cierta idea de armonización o conciliación de intereses en conflicto. Lo que pone de relieve, también aquí, que nos hallamos ante un entorno social esencialmente conflictivo. Tenemos por un lado un medio que siendo propiedad de la empresa constituye una herramienta de producción, y mediante el cual se realizan comunicaciones en el puesto y horario de trabajo; por otro, el derecho de información sindical que puede ser canalizada por medio del correo electrónico.

⁸⁶ Opinión expresada por AA. VV. (SEMPERE NAVARRO, A. V., SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.): “El uso sindical del correo electrónico a la luz de la STC 281/2005”, *Aranzadi Social*, Pamplona, 2005, Núm. 15, págs. 7 y sigs, quienes hacen recurso al artículo 8.2 LOLS.

⁸⁷ STC 281/2005, en cuyo FJ. III leemos: “...Junto a los anteriores los sindicatos pueden ostentar derechos o facultades adicionales, atribuidos por normas legales o por convenios colectivos, que se añaden a aquel núcleo mínimo e indisponible de la libertad sindical”. De tal manera, “...estos derechos adicionales, en la medida que sobrepasan el contenido esencial que ha de ser garantizado a todos los sindicatos, son de creación infra-constitucional y deben ser ejercitados en el marco de su regulación, pudiendo ser alterados o suprimidos por la norma legal o convencional que los establece, no estando su configuración sometida a más límite que el de no vulnerar el contenido esencial del derecho de libertad sindical (SSTC 201/1999, de 8 de noviembre [RTC 1999, 201] , F. 4; y 44/2004, de 23 de marzo [RTC 2004, 44] , F. J. 3)”.

⁸⁸ MORENO DE TORO, C.: “Los medios informáticos...”. Op. cit., pág. 213.

⁸⁹ STC 281/2005, FJ. 3 :“...El contenido del derecho no se agota en ese doble plano, esencial y adicional de fuente legal o convencional, dado que pueden también existir derechos sindicalmente caracterizados que tengan su fuente de asignación en una concesión unilateral del empresario (SSTC 132/2000, de 16 de mayo [RTC 2000, 132] , y 269/2000, de 13 de noviembre [RTC 2000, 269]). En estos casos, a diferencia de lo que ocurre con el contenido adicional de fuente legal o convencional, que resulta indisponible para el empresario, éste podrá suprimir las mejoras o derechos de esa naturaleza que previamente haya concedido”.

⁹⁰ STC 281/2005 que propugna: “El empresario tiene en todo caso una obligación de no obstaculizar injustificada o arbitrariamente el ejercicio de dicho derecho”.

Con base en su doctrina preexistente en lo concerniente a los deberes del empresario en el contexto sindical, el Tribunal Constitucional entiende que aquél no tiene obligación de crear *ex novo* los medios tecnológicos precisos para utilización de los representantes de los trabajadores en sus comunicaciones⁹¹. Por este motivo, el Tribunal Constitucional se declara inhabilitado para hacer una interpretación extensiva de los artículos 8.1 y 8.2 de la LOLS⁹². Estima el Alto Tribunal que sobre el empresario pesa el deber de mantener al sindicato en el goce pacífico de los instrumentos aptos para su acción sindical, siempre que tales medios existan, su utilización no perjudique la finalidad para la que fueron creados por la empresa, y se respeten los límites y reglas de uso que a continuación enunciaremos. En tales condiciones no puede negarse la puesta a disposición, ni puede unilateralmente privarse a los sindicatos de su empleo, debiendo acudir al auxilio judicial si con ocasión de su utilización el sindicato llega a incurrir en excesos u ocasionar perjuicios, a fin de que aquéllos sean atajados y éstos, en su caso, compensados⁹³. A tales efectos, la proporcionalidad debe ponderarse, inicialmente, según el volumen y utilidad del flujo de información remitida desde el correo electrónico⁹⁴.

⁹¹ STC 281/2005 en cuyo F.J. 5º puede leerse: “No cabe entender, consecuentemente, que exista una obligación legal de facilitar la transmisión de información sindical a los trabajadores, afiliados o no, a través de un sistema de correo electrónico con cargo al empleador. Las empresas, dicho en otras palabras, no están obligadas a dotarse de esa infraestructura informática para uso sindical”.

⁹² MORENO DE TORO, C.: “Los medios informáticos...”, Op. cit., pág. 214, autora que pone de relieve lo siguiente: “...Es más afirma (la STC 281/2005) que tampoco puede nacer esta obligación de una interpretación extensiva del artículo 8.2 de la LOLS por el que el empresario ha de proporcionar un tablón de anuncios a las secciones sindicales a las que se refiere el precepto, configurándola como una prerrogativa adicional de las mismas. Tampoco deriva del apartado anterior, el apdo. 1 del artículo 8, por el que los trabajadores afiliados tienen derecho a recibir información en la empresa de su sindicato porque para que ello fuera así, el Tribunal Constitucional estima que sería necesaria su concreción legal”.

⁹³ STC 281/2005, F. J.7.

⁹⁴ STC 281/2005, F. J.7, en donde se establece que: “A fin de enjuiciar el derecho del sindicato a utilizar, para su comunicación con los trabajadores, un instrumento que es propiedad de la empresa y que constituye una herramienta de producción, y mediante el cual las comunicaciones se realizan en el puesto y durante la jornada de trabajo, será preciso partir de que nos hallamos ante una manifestación del conflicto de intereses y de lógicas jurídicas entre los derechos de los sindicatos y de los trabajadores y los intereses empresariales al funcionamiento de la organización productiva. En tal orden de consideraciones, al margen ahora de los límites a los que seguidamente nos referiremos, no exige esfuerzo notable establecer tres presupuestos centrales para el examen o ponderación de la funcionalidad de los derechos e intereses enfrentados:

a) El flujo de la información sindical resultará objetivamente perjudicado si el empleo de los instrumentos prácticos o medios materiales que pueden favorecerla es obstruido.
b) La garantía del contenido esencial del derecho fundamental, consistente en evitar el establecimiento de dificultades a su ejercicio más allá de lo razonable, no es ajena al empresario, en la medida en que la actividad sindical se desarrolle en el seno de su organización productiva.
c) Tenga o no un deber de colaboración en la promoción del derecho fundamental que venimos considerando conforme a la ley, los pactos o sus posibles concesiones previas, el empresario tiene en todo caso una obligación de no obstaculizar injustificada o arbitrariamente el ejercicio de dicho derecho”.

El Derecho se abre más o menos en función de un parámetro basado en límites del uso. Así pues, es importante configurar el alcance dentro del cual el sindicato podrá usar los dispositivos de la empresa, en este caso, el correo electrónico, entre otras razones porque el uso por parte del sindicato no responde a un pacto expreso o regulación concreta, sino al simple ejercicio de un derecho constitucional. Todos estos límites sirven para configurar la utilización del medio. Toda limitación o impedimento deberá obedecer a una justa causa que habrá de demostrarse. En efecto, aun en desde una perspectiva extensiva del derecho reconocido a los trabajadores y sus representantes, el uso del correo electrónico deberá ser todo lo amplio que resulte preciso para transmitir información de naturaleza sindical y laboral⁹⁵. Sin embargo no sólo cuentan unos límites acerca de naturaleza, contenidos o volumen de dichos correos, sino que existen asimismo otros tipos de restricciones o limitaciones⁹⁶.

La primera limitación consiste en que la comunicación no puede perturbar la actividad normal de la empresa. En ese sentido, sin perjuicio del examen particular de las circunstancias específicas de cada caso, no es posible estimar por defecto que la recepción de mensajes en la dirección informática del trabajador en horario de trabajo produzca dicha perturbación. Llegar a esa conclusión permitiría también, por ejemplo, excluir la recepción de correo ordinario del sindicato en el puesto de trabajo y, llevado al extremo el planteamiento de hipótesis posibles, podría situar a la empresa en un espacio incomunicado. Por lo demás nada impide la lectura de los mensajes al finalizar la jornada o en las pausas existentes.

En segundo término, tratándose del empleo de un medio de comunicación electrónico, creado como herramienta de la producción, no puede perjudicarse el uso específico empresarial pre-ordenado para el mismo, ni pretenderse que deba prevalecer el interés de uso sindical, debiendo emplearse el instrumento de comunicación, por el contrario, de manera que permita armonizar su manejo por el sindicato y la consecución del objetivo empresarial que dio lugar a su puesta en funcionamiento, prevaleciendo esta última función en caso de conflicto. A tal efecto

⁹⁵ Elementos estos puestos de relieve por AA. VV. (SEMPERE NAVARRO A. V., SAN MARTIN MAZZUCCONI, C.): "El uso sindical...", Op. cit., pág. 8.

⁹⁶ Y que pueden resumirse en una serie de puntos a extraer muy especialmente del FJ. 8 de esta misma STC 281/2005, en el cual explícitamente nos basamos.

resultaría constitucionalmente lícito que la empresa predeterminase las condiciones de utilización para fines sindicales de las comunicaciones electrónicas, siempre que no las excluyera en términos absolutos. Finalmente, no teniendo fundamento el derecho en una carga empresarial expresamente prescrita en el ordenamiento jurídico, la utilización del instrumento empresarial no puede ocasionar gravámenes adicionales para el empleador, como la asunción de mayores costes.

Respetados todos esos límites, reglas y condiciones de uso, el empleo de instrumentos que resulten preexistentes y eficientes para la comunicación sindical resulta amparada por el artículo 28.1 CE. Estos límites se configuran como los idóneos para armonizar tanto el uso empresarial como el desarrollo de la actividad empresarial con la ejecución del derecho de información, dentro de un marco delimitado que, como reconoció el mismo Tribunal Constitucional, funcionó al menos durante un año de forma fáctica sin que existieran problemas reales entre la utilización del medio y el desarrollo de la actividad económica de la empresa.

Para mayor controversia, se produjo un voto particular, quien distingue entre una actividad positiva y una negativa por parte del empresario, que el fallo del Tribunal Constitucional habría ignorado, en detrimento de la adecuada exactitud⁹⁷. Incluir la visión negativa de la actividad empresarial en el plano del incumplimiento (si obstaculiza el ejercicio de un derecho por parte del sindicato), en la esencia del derecho sobrepasa con creces el contenido del derecho sindical. Dicha distinción sirve exclusivamente para suplir la falta de una norma que sustente el fallo deseado por la mayoría, que es permitir al sindicato el uso del correo electrónico dispuesto por la empresa para sus trabajadores. Se crearía así una inexplicable paradoja; si el empresario crea una infraestructura para mejorar el sistema de comunicación, beneficiando con ello el desarrollo de la empresa, se vería automáticamente en la obligación inmediata de soportar el uso por parte del sindicato de una herramienta del trabajo, y que, contrariamente, de no haberse establecido tal medio electrónico, el empresario carecería absolutamente de deberes en cuanto a facilitar la

⁹⁷ STC 281/2005, voto particular del magistrado Don Vicente Conde Martín de Hijas, por el cual afirmaba: "No puedo compartir la construcción jurídica contenida en los fundamentos jurídicos 6 a 8 de nuestra Sentencia". Para dicho Magistrado discrepante resulta artificiosa la distinción que se establece entre la inexistencia de una obligación empresarial de dotarse de una infraestructura informática para uso sindical, recogida en el F. J. 5 y el "potencial derecho de un sindicato a utilizar el sistema preexistente en la empresa" del F. J. 6. Habría pues confusión de términos entre lo que sería el reconocimiento incondicionado del derecho a la comunicación electrónica por parte del sindicato, y la condena, en sentido negativo, de lo que se califica como una actuación empresarial impeditiva del uso sindical del sistema informático de su propiedad, o en otros términos, de lo identificado con "actos meramente negativos tendentes a obstaculizar el contenido esencial (aquí informativo) de la libertad sindical".

comunicación electrónica entre el sindicato y los trabajadores. En otras palabras, existe un cierto efecto perverso, al castigar como deber empresarial a aquellos que favorecen la incorporación de las empresas al universo de las TIC.

Para el Magistrado objetante, es preciso romper con esta perversa construcción jurídica. Sólo sobre la base de la existencia previa de ese derecho pueden limitarse las prerrogativas de propiedad de la empresa en su facultad de disposición⁹⁸ y de establecer limitaciones al uso del mencionado correo o servidor de titularidad empresarial. En definitiva, a entender del Magistrado, sería preciso diferenciar entre el derecho sindical a informar y el derecho que la parte sindical pueda tener al uso de un determinado medio tecnológico ajeno. Para el firmante del voto, el fallo habría llegando a una conclusión contradictoria y absurda, por la cual, se da un derecho de uso a un sindicato sin que el mismo pueda justificarse en la distinción realizada.

Desde nuestra perspectiva, y a lo que al objeto de esta tesis doctoral interesa, el Tribunal Constitucional consideró pese a sus carencias y dubitaciones (y ello es la carga positiva que debemos sacar del pronunciamiento comentado), que efectivamente sí que puede haber una vulneración al derecho fundamental a la libertad sindical del artículo 28.1 de la Constitución por cuestiones relativas a las TIC (caso del correo electrónico), con lo cual, y en consideración a la materia investigada, la componente TIC queda plenamente reconocida como parte del núcleo esencial de la libertad sindical. En su momento es cierto que la doctrina, como en los casos de SEMPERE y SAN MARTÍN⁹⁹ y de MORENO DEL TORO¹⁰⁰,

⁹⁸ Entiéndase, que de conformidad con lo dispuesto en las reglas generales contempladas en el artículo 348 del Código Civil.

⁹⁹ AA. VV. (SEMPERE NAVARRO A. V., SAN MARTIN MAZZUCCONI, C.): “El uso sindical...”, Op. cit., pág. 11, se expresan como sigue: “La posición mantenida por el Tribunal Supremo sobre el uso sindical del correo electrónico, negando directamente que los representantes tengan derecho a utilizar dicho cauce de comunicación con los trabajadores, les parece demasiado rígida y poco atenta al contexto temporal en el que ha de aplicarse. Establecen que el Tribunal Constitucional ha corroborado esa impresión, dando mayores fundamentos al criterio básico mantenido inicialmente por la Audiencia Nacional, en virtud del cual se admite el derecho de los órganos de representación a utilizar el correo electrónico corporativo para transmitir información de interés sindical a los trabajadores, pero siempre que tal uso sea mesurado, racional, y no constituya un abuso, por excesivo. De este modo, se refleja el justo equilibrio entre el derecho a la libertad sindical en su concreta manifestación de acción sindical y los poderes empresariales”.

¹⁰⁰ MORENO DE TORO, C.: “Los medios informáticos y la doctrina constitucional; la Sentencia del Tribunal Constitucional 281/2005, de 7 de noviembre”. *Colección Temas laborales*, Madrid, 2006, Núm. 87, págs. 209-220, quien considera que el correo electrónico como instrumento “... se trata de un medio, propiedad de la empresa, que pasa a ponerse a disposición del sindicato y, efectivamente, falta una norma que contemple esta obligación de puesta a disposición; sin embargo, como hemos mencionado anteriormente, el Tribunal Constitucional va más allá y, reconociendo la laguna normativa, trata de salvarla. Y para ello el derecho a informar a los representados, afiliados o no, forma parte del contenido esencial del derecho de libertad sindical”

acogió el pronunciamiento del Tribunal Constitucional de modo distante y poco entusiasta. En la visión de esta última autora, el Tribunal habría fundamentado el derecho del sindicato a usar medios de la empresa para dar información laboral o sindical considerando atentatorio al derecho de libertad sindical todo acto impeditivo del mismo, salvando así la ausencia de norma. De otra manera, el uso dependería de la concesión graciable del empresario, lo que no es una solución satisfactoria.

En cambio, en nuestra apreciación personal, consideramos que el Tribunal Constitucional hace un esfuerzo ímprobo por dar una solución moderna a un problema generado por normas obsoletas; obsolescencia que limita la propia labor del Tribunal Constitucional en su enfoque propio construido desde la óptica de los derechos fundamentales, y que trae causa en una acusada ausencia de normas concretas útiles para solucionar un problema tan novedoso, el cual habría conocido algún precedente legislativo frustrado y no demasiado ajustado en etapas inmediatamente anteriores¹⁰¹. De ahí que postulemos, *de lege ferenda*, la intervención del poder legislativo con el necesario concurso de la negociación colectiva. Sin embargo, se pone la sentencia como un ejemplo de creación jurisprudencial de Derecho del más alto nivel, y más aun, ante la rapidez de los retos planteados por la súbita venida de las TIC al mundo de las relaciones laborales. Esa parece ser la posición de GARCIA SALAS¹⁰², en unión a otros autores, que como

(cita la autora la STC de 19 de junio de 1995, RTC 84/1995). A mayor extensión, “el ejercicio de este derecho necesita de garantías frente a todo acto de injerencia, impeditivo o tendente a obstaculizar al mismo” (y aquí la mencionada autora recurre a las SSTC de 29 de octubre de 1992 (RTC 173/1992), y 23 de marzo de 2004 (RTC 44/2004).

¹⁰¹ Es conocido que el Grupo Parlamentario Mixto del Senado presentó el 9 de Mayo de 2001 una Proposición de Ley sobre uso del correo electrónico en la empresa, siempre que estuviera implantado, que, sin embargo, fue rechazada por el Partido Popular y Convergencia y Unión por la generalidad de la norma sin admitir la propuesta de Izquierda Unida de que se reconociera el derecho y se dejara su regulación concreta a la negociación colectiva. (Boletín Oficial de las Cortes Generales de 1 de octubre de 2001. Senado. VII Legislatura, Serie III A núm. 13 (a)). Después no ha procedido por el Gobierno a desarrollar ninguna legislación al respecto.

¹⁰² GARCIA SALAS, A. I.: “Distribución de información sindical y TIC: el impacto de la STC 281/2005”. *Revista de Contratación Electrónica*, Madrid, 2009, págs. 12 y sigs., de quien leemos: “Probablemente, el argumento del voto particular sea el correcto, a mi entender, desde un punto de vista estrictamente formal, acusando a la nueva construcción jurídica de artificiosa por distinguir entre la inexistencia de una obligación empresarial de dotarse de una estructura informática para uso sindical, en cuanto acción positiva, y el potencial derecho de un sindicato a utilizar el sistema preexistente en la empresa, en cuanto acción impeditiva. Pero también resulta loable la intención de esta sentencia de no quedar tan obsoleta como la legislación en la que se ampara. Por ello, todo esto lo que denota es un quiero y no puedo, si se permite lo coloquial de la expresión, de un TC que al final sí ha terminado realizando, a nuestro juicio, una interpretación extensiva y actualizada del artículo 8.2 LOLS; aunque fuera de manera indirecta, acogiendo el contenido esencial de la libertad sindical”. Prosigue dicho autor:...” El TC demuestra así que no tiene la voluntad de imponerle más cargas al empresario en el fomento de la acción sindical. Siguiendo esta línea argumentativa, habría de valorarse también, si se diera el caso, hasta qué punto los gastos que también pudieran generarse para el empresario de un uso sindical del

DESDENTADO BONETE, MUÑOZ RUIZ o MARTINEZ CAMPAL¹⁰³, recurren a la sentencia del Tribunal Constitucional en otros estudios de matiz tecnológico aun más específico, que tendremos que usar como sustrato doctrinal en capítulos posteriores de la presente tesis doctoral.

En conclusión, esta sentencia no reconoce un derecho sindical al uso del correo electrónico de la empresa para comunicarse con sus afiliados o los otros trabajadores. Eso sí, establece, más modestamente, las condiciones para el uso de un derecho al uso de correo electrónico preexistente en la empresa, aunque no usado a tal fin. La razón de ello estriba en que, como consecuencia del contenido esencial del derecho a la libertad sindical, no puede negarse la solicitud del uso del correo electrónico de la empresa para finalidades sindicales sin justificación. Es decir, se vulnera la libertad sindical si la negativa es arbitraria. A la espera pues de una reforma legislativa que regule la actividad mediante correo electrónico, que es muy necesaria, esta sentencia parece promover la vía de negociación colectiva para fijar las condiciones de uso del correo electrónico de la empresa por parte de los sindicatos, con criterios que especifiquen el margen de razonabilidad en el uso del correo por parte de los representantes sindicales; negociación que deberá arrancar desde el reconocimiento del derecho de los representantes sindicales a usar el correo electrónico existente en la empresa.

Tras la STC 281/2005, la jurisdicción ordinaria va desarrollando una rica doctrina, a la par que desigual, con luces y sombras. Las soluciones halladas son más prácticas, más adecuadas al contexto de realidad socialmente dinámica y de naturaleza esencialmente conflictiva. El aspecto modulador del trato relacional en el mundo laboral por medio de las TIC resulta ser la cuestión más importante y trascendente en juego, como un elemento vehicular deparado por los nuevos tiempos, y al cual no han de ponerse cortapisas por interpretaciones jurídicas, más o menos rigurosas.

sistema preexistente, como pueden ser los derivados de una reparación por el ataque fortuito de un virus o los propios gastos que supone la adquisición de un nuevo equipo para conectarlo a la red, podrían justificar la exención de la obligación empresarial”.

¹⁰³ DESDENTADO BONETE, A.; MUÑOZ RUIZ, A.B.: *Control informático, videovigilancia y protección de datos en el trabajo*, Lex Nova, Valladolid, 2012, pág. 201; MARTÍNEZ CAMPAL, A.: *La libertad sindical y el uso de las nuevas tecnologías de comunicación en el ejercicio de las libertades de expresión e información por los representantes de los trabajadores*, Iustel, Madrid, 2011, pág. 44.

La intervención del Tribunal Supremo, primera que trataremos aquí en cuanto al la labor desempeñada por las jurisdicciones ordinarias, se revela de manera testimonial, y influenciada por la sentencia 281/2005 del Tribunal Constitucional, antes abordada. Como veremos, su protagonismo arroja un balance desigual en cuanto a la progresiva implantación de las TIC en el ejercicio de los derechos colectivos de los trabajadores, y por ende, de la normalización de las mismas como cauce o instrumento de comunicación normalizado en las interrelaciones entre los agentes sociales.

Tenemos así una primera sentencia de 23 de julio de 2008¹⁰⁴, el Tribunal Supremo da pie a considerar como lesión o vulneración de los derechos de libertad sindical reconocidos en el artículo 28.1 CE y de igualdad de trato contemplado en el artículo 14 del mismo texto constitucional, y en consecuencia, de ser considerada práctica antisindical, la conducta de la empresa que no permita el acceso sindical al sistema internet y correo electrónico corporativo en igualdad de condiciones con los demás sindicatos. Son aspectos que se dejan abiertos de futuro para su eventual invocación, pues debe saberse que en el caso concreto el fallo fue desestimatorio para los sindicatos recurrentes, al entender el Tribunal Supremo que aquéllos fallaron en su actividad probatoria con relación a las presuntas discriminaciones denunciadas.

En sentencia de 16 febrero 2010¹⁰⁵, en la que se trata el tema del uso de las TIC por las secciones sindicales, el Tribunal Supremo entiende como necesaria la obligación de designar una persona (*owner*) que asuma la administración de la cuenta de correo electrónico para fines sindicales, y que ésta sea la que se responsabilice de la custodia y distribución de los correos, así como de que su empleo no atenta contra la libertad sindical ni contra el secreto de las comunicaciones.

Por otro lado, en sentencia de 17 mayo 2012, sobre posible vulneración de la libertad sindical, el Tribunal Supremo interpreta que no supone lesión del derecho fundamental la negativa de la empresa al uso del correo electrónico y de la intranet corporativa por parte de las representaciones sindicales, puesto que la apertura a un uso completamente abierto, en lo que concierne al ejercicio del derecho de información sindical, implicaría la implantación de un sistema de comunicación

¹⁰⁴ STS de 23 de julio de 2008, Sala de lo Social (RJ\2008\328261).

¹⁰⁵ STS de 16 febrero 2010, Sala de lo Social, Sección 1ª (RJ 2010\1267).

electrónica inexistente con unos costes adicionales significativos para la empresa que ésta no estará obligada a asumir¹⁰⁶. Esta interpretación que niega el derecho en cuanto sea la empresa la que soporta la carga económica del mismo, se repite. Así tenemos la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de mayo de 2011¹⁰⁷, en relación al derecho a transmitir información sindical a los trabajadores mediante correo electrónico de la empresa, establece que su ejercicio no puede perturbar la actividad normal de la empresa. Creado como herramienta de producción, no podrá perjudicarse el uso específico empresarial pre-ordenado para el correo electrónico y su utilización no podrá ocasionar gravámenes adicionales para el empleador. No se considera vulnerado el derecho del sindicato a transmitir información a los trabajadores en un supuesto en el que un empleador público del Principado de Asturias, debido a los frecuentes colapsos, limitó el número de comunicados que cada sindicato puede emitir, pero al mismo tiempo creó un portal digital de acceso libre para todo el personal y de posible utilización por el sindicato. El Tribunal Supremo toma en consideración los presuntos problemas ocasionados el funcionamiento de la empresa, y que no se prohibió el uso del correo, sino que se estableció una limitación no desproporcionada.

Esta línea continua en la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de junio de 2011, nuevamente sobre el tema del uso del correo por parte de los sindicatos. Dicho fallo establece que éstos no tienen derecho a transmitir información sindical y laboral a través del correo electrónico de la empresa cuando la utilización del medio, para el ejercicio del derecho de información, conlleva costes adicionales significativos para la empresa y es perjudicial para el fin para el que fue instalado¹⁰⁸.

El marco acabado de ver en lo que respecta al Tribunal Supremo ha de completarse con la doctrina de los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas. Las sentencias dictadas en suplicación, que tratan aspectos como los acabados de ver, y que van desde el año 2005 hasta hoy día, reproducen, al igual que el Tribunal Supremo, la doctrina de la STC 281/2005. A este tenor PÉREZ DE

¹⁰⁶ STS de 17 mayo 2012. Sala de lo Social, Sección 1ª (RJ 2012\8317).

¹⁰⁷ STS de 3 mayo 2011. Sala de lo Social, Sección 1ª (RJ 2011\4501).

¹⁰⁸ STS de 22 junio 2011 Sala de lo Social, Sección 1ª (RJ 2011\5948).

LOS COBOS distingue con relación a dicho pronunciamiento hasta tres líneas jurisprudenciales diferentes¹⁰⁹.

La primera línea de aplicación judicial hace una interpretación estricta de los criterios del Tribunal Constitucional y niegan el derecho al uso sindical del sistema informático de la empresa cuando las características de éste o su grado de saturación no consienten que se le dé una utilidad adicional al uso empresarial previsto. Así la STSJ de la Comunidad Valenciana, de 15 de febrero de 2007 encuentra justificada la denegación por la empresa del uso del correo electrónico por el sindicato debido a una sobrecarga en los servicios informáticos y en los servicios de red de la compañía EMT; por lo que eran problemas estrictamente técnicos los que impedían el acceso a dicha red por parte de la sección sindical en cuestión¹¹⁰. A este mismo grupo pertenecería la STSJ de Madrid de 4 de junio de 2008, que no considera antisindical la conducta empresarial consistente en la limitación de correos masivos, pues se apoyaba también en razones productivas; dicha limitación estaba acompañada además de una oferta de la empresa consistente en la posibilidad de

¹⁰⁹ PEREZ DE LOS COBOS, F.: “El uso sindical de los medios informáticos de la empresa”. *Relaciones Laborales*, Madrid, 2009, Núm. 5-6, pág. 21.

¹¹⁰ STSJ de la Comunidad Valenciana, de 15 de febrero de 2007 (AS 2007\2083), F.J.2º: “...Como el Tribunal Constitucional indicó en sentencia 281/2005, de 7 de noviembre, de lo dispuesto en el artículo 8.1.c) y 8.2 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical (RCL 1985, 1980), el derecho a contar para uso sindical con un sistema de correo electrónico a costa del empleador no encaja dentro de los límites de dicho precepto...”. Seguimos leyendo: “Tratándose del empleo de un medio de comunicación electrónico, creado como herramienta de la producción, no podrá perjudicarse el uso específico empresarial pre-ordenado para el mismo, ni pretenderse que deba prevalecer el interés de uso sindical, debiendo emplearse el instrumento de comunicación, por el contrario, de manera que permita armonizar su manejo por el sindicato y la consecución del objetivo empresarial que dio lugar a su puesta en funcionamiento, prevaleciendo esta última función en caso de conflicto...”. Consecuentemente: “...tal y como ya indicamos en el apartado 3 del fundamento jurídico primero de la presente que la capacidad de la línea de enlace entre Oficinas Centrales y San Isidro (512 Kbps) estaba ya desbordada por el uso normal de trabajo de oficina (acceso a carpetas y bases de datos de los servidores instalados de Oficinas Centrales), situación que se ha agravado por el hecho de activar el acceso a Internet a algunos usuarios de San Isidro, lo que había llevado a que actualmente no se activaran más usuarios en San Isidro para no comprometer el trabajo normal, sin que la infraestructura de red local (cableado de red, puntos de conexión y electrónica necesaria -switches, hubs...-) alcanzara a todas las oficinas/despachos en EMT, y en el caso particular de las oficinas de San Isidro, los despachos de las sedes sindicales no disponían de dicha infraestructura...”.

Y a mayor abundamiento veríamos en tal pronunciamiento que: “...acoger la pretensión ejercitada implicaría desconocer la doctrina constitucional de referencia, por inexistencia de alguno de los medios (ADSL e infraestructura de red local) o porque su utilización perjudicaría la finalidad para la que fueron creados por la empresa (la capacidad de la línea de enlace estaba ya desbordada) con lo que atender la petición actora implicaría siempre gravámenes adicionales, significativamente mayores costes, que no forman parte según la doctrina constitucional de referencia del contenido del derecho fundamental al no estar previstos por norma o pacto algunos”.

utilización de carpetas públicas creadas novedosamente para la distribución de la información sindical sin peligro de colapso del servidor¹¹¹.

La segunda línea de aplicación judicial, reconoce el derecho al uso sindical del sistema informático de la empresa pero con especial atención a las cautelas y límites establecidos por el Tribunal Constitucional. Perteneciente a esta segunda especie tendríamos la STSJ del País Vasco, de 16 de enero de 2008, y alguna otra similar¹¹². Se niega a un sindicato el uso de un ordenador con acceso al intranet de la empresa, ya que ello le permitiría obtener información empresarial reservada que está restringida a sujetos concretos, sin que ello quepa interpretarlo como una reducción del ámbito del contenido del derecho reconocido por la STC 281/2005¹¹³. La STSJ del País Vasco comienza a encontrar límites. El primero, tiene que ver con que el acceso mediante correo a la información sindical deba realizarse a través de los cauces previstos, de tal forma que, a salvo el caso de los delegados sindicales, el cauce para hacer efectivo ese legítimo interés sindical es obteniendo presencia en el órgano de representación de los trabajadores en el seno de la empresa¹¹⁴. El segundo sería en relación al contenido, ya que el mismo tampoco es ilimitado,

¹¹¹ STSJ de Madrid de 4 de junio de 2008 (RJ 2008/1612): A juicio de esta Sala, el establecimiento e implantación de este nuevo sistema constituye una forma de compensar los inconvenientes que a los representantes de los trabajadores puede suponer la restricción del uso del correo electrónico en los términos expuestos, siendo además un dato no controvertido que el correo electrónico continúa siendo una herramienta de la que puede seguir haciendo uso los representantes, dentro del debido respeto a las directrices dadas por la empresa. El hecho acreditado de que todos los trabajadores tengan acceso directo a las carpetas públicas, unido a que los representantes pueden colgar en ellas cuanta información deseen poner a disposición de los trabajadores, permite deducir con naturalidad que la empresa no ha pretendido lesionar el derecho fundamental denunciado, sino que ha establecido un elemento diferencial entre los trabajadores y sus representantes, beneficiando expresamente a estos últimos mediante la puesta a disposición de las referidas carpetas públicas, cuya libre utilización permite entender plenamente colmado el potencial y real ejercicio de la libertad sindical en las mismas condiciones que las que preexistían a la implantación del Protocolo de Uso del Correo Electrónico de 2005” (FJ 2).

¹¹² Sobre el mismo asunto, la STSJ de la Comunidad Foral de Navarra de 14 abril de 2008 (AS 2008\1800).

¹¹³ STSJ del País Vasco, de 16 de enero de 2008 (AS 2008\1087): F.J.3º. Tal pronunciamiento comienza estableciendo que: “Parece también incuestionable que, dentro de ese núcleo mínimo del derecho de libertad sindical, ha de estar que la actividad sindical, en el ámbito de las empresas, pueda realizarse teniendo acceso a informaciones propias de sus actividades con relevancia para la defensa, protección y promoción de los intereses de los trabajadores de éstas”.

¹¹⁴ STSJ del País Vasco de 16 de enero de 2008, precitada, Fundamento Jurídico 3º: “Ahora bien, el modo de instrumentar ese conocimiento puede ser muy variado, habiendo optado nuestro legislador ordinario por un sistema que reconoce derechos de naturaleza informativa a la representación legal de los trabajadores (artículos 82-2 y 64-1-1º ET) y a los delegados sindicales de sindicatos con presencia en el comité de empresa de aquellas empresas o centros de trabajo con más de 250 trabajadores que no formen parte de dicho órgano representativo (artículo 10-3-1º LOLS [], de tal forma que, a salvo el caso de estos delegados, el cauce para hacer efectivo ese legítimo interés sindical es obteniendo presencia en el órgano de representación de los trabajadores en el seno de la empresa”.

quedando circunscrito a determinadas materias y a un deber de sigilo profesional¹¹⁵. Y el tercero consiste en que la instrumentación legal del derecho a la información, por esos distintos intereses en juego, no permite que se extienda más allá de los concretos sujetos a los que nuestro legislador quiso reconocerlo¹¹⁶. Establece la sentencia que aquí, un elemento diferencial relevante para no aplicar la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional en su STC 281/2005. No estamos ante un campo como es el de comunicación sindical, que se extiende en el interior del mundo sindical (relación sindicato-trabajadores), sino ante uno de naturaleza distinta, en el que se penetra en el tejido empresarial y de ahí las limitaciones y cautelas. Dicho en otras palabras; no estamos ante un terreno de naturaleza abierta a la presencia sindical.

La tercera línea de aplicación judicial operada hace una interpretación extensiva de la STC 281/2005. No sólo reconoce el derecho al uso sindical del sistema informático de la empresa sino también la obligan a proporcionar al sindicato los equipos informáticos y los medios necesarios para su adecuado funcionamiento. En esta tercera línea podemos incluir la STSJ de Castilla y León, de 30 de julio de 2007, la cual termina obligando a una empresa, que no facilitó a una sección sindical la utilización de medios telemáticos ni el acceso a internet o al correo electrónico, a poner a disposición de los representantes dichos medios, pues dicha conexión ya existía para los trabajadores en el desarrollo de su actividad laboral¹¹⁷. Esta tercera

¹¹⁵ STSJ del País Vasco, de 16 de enero de 2008, precitada, F.J.3º: "Derecho a la información que, en cuanto a su contenido, tampoco es ilimitado, de tal forma que queda circunscrito a determinadas materias y, en buena parte de ellas, sujeto a un deber de sigilo profesional por parte de esos representantes y delegados sindicales (artículo 65-2 ET y artículo 10-3-1º LOLS), en reglas que se explican por el riesgo que puede tener su conocimiento fuera de ese ámbito, a la hora de perjudicar los intereses empresariales, y está en línea con el dato de que ese derecho no se reconozca a trabajadores ajenos a la propia empresa, en tanto que quedan sujetos al poder disciplinario del empresario, incluida la máxima sanción posible (su despido), en elemento de coerción que no es baladí para evitar su vulneración".

¹¹⁶ STSJ del País Vasco, de 16 de enero de 2008 (AS 2008\1087) : F.J.3º : "Instrumentación legal del derecho a la información que, por esos distintos intereses en juego, no permite que se extienda más allá de los concretos sujetos a los que nuestro legislador quiso reconocerlo, de tal modo que no cabe reconocerlo a los sindicatos en cuanto tales (al respecto recuérdese cómo el Tribunal Constitucional en su sentencia 30/1999, de 8 de marzo [RTC 1999, 30] , niega que el derecho que el artículo 10-3-3º LOLS (RCL 1985, 1980) reconoce a los delegados sindicales lo sea del sindicato al que pertenecen; en igual sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de abril de 1994, [RJ 1994, 3475]".

¹¹⁷ STSJ de Castilla y León, de 30 de julio de 2007 (AS 2007/3628): F.J. 3º. Dentro, una vez más, del contexto propio relativo a la obligación de la empresa de facilitar infraestructura informática, y de posibilitar el acceso al correo electrónico a los sindicatos, como una consecuencia del derecho a la información sindical antes aludida, el órgano jurisdiccional comienza por referirse a la línea del constitucional, por cuanto se inclinaba a entender que "es obligación del empresario la de permitir la comunicación entre el sindicato y los trabajadores mediante la utilización de su sistema interno de correo electrónico. Y esta obligación nace del propio artículo 8.2 de la LOLS, partiendo de que sus previsiones habrían quedado obsoletas como consecuencia de los avances tecnológicos.

corriente es pues la más generosa y amplia para las posiciones de los trabajadores. Pero deja entrever un cierto riesgo, en clave de la componente coste/obligatoriedad para el empresario. Cabría un posible fracaso en el reconocimiento del derecho si la obligación del empresario fuese a implicar un sobrecoste anti-económico para la empresa; de darse ello puede constituir un obstáculo insalvable.

Otra muestra de esta tercera modalidad la encontramos en la STSJ de Castilla y León, de 23 de marzo de 2006¹¹⁸, en la cual, la aplicación de la doctrina del Tribunal Constitucional fue aún más sorprendente que en la sentencia comentada anteriormente, pues lo que se consume es una extensión de los derechos de uso de los medios informáticos preexistentes en la empresa para la distribución de información sindical y laboral a sujetos no mencionados en la STC 281/2005. Tales materias no serían, en modo alguno, merecedoras en amparo bajo la libertad sindical, como sí lo serían los emisores de las comunicaciones, en concreto, la representación unitaria en la empresa¹¹⁹.

Resulta claro por tanto el derecho a contar para uso sindical con un sistema de correo electrónico a costa del empleador, partiendo de una interpretación extensiva del derecho a la información, de manera tal que el tablón de anuncios, pasaría a ser un tablón de anuncios de carácter virtual". Pero en idéntica línea, el reconocimiento formal de dichas libertades queda sin contenido cuando son las TIC el cauce para su ejercicio. Así el Tribunal castellano-leonés defrauda las expectativas sindicales al establecer: "...de las circunstancias que se acaban de exponer quedan probadas concurren en el supuesto objeto del presente recurso, ha de concluirse que es un supuesto al que le es de aplicación la doctrina contenida en la Sentencia del Tribunal Constitucional citada, pues el no facilitar al Sindicato promotor de la acción la utilización de acceso a Internet ni correo electrónico, así como tampoco del ordenador e impresora, ello constituye una vulneración al derecho de libertad sindical prevista en el artículo 28 de la Constitución Española, lo que conduce a desestimar el recurso y a confirmar la Sentencia".

¹¹⁸ STSJ de Castilla y León, de 23 de marzo de 2006 (AS 2006\1488), F.J.1º: "De ahí que «el flujo de información sindical se verá perjudicada si el empleo de los instrumentos prácticos o medios materiales que pueden favorecerla es obstruida. Y la garantía del contenido esencial del derecho fundamental, consiste en evitar el establecimiento de dificultades a su ejercicio más allá de lo razonable, no es ajena al empresario, en la medida en que la actividad sindical se desarrolla en el seno de su organización productiva». Prosigue: "...En definitiva, aplicando la doctrina transcrita al caso de autos, hay que indicar que no es necesario que el derecho al uso de Internet y de la posibilidad de acceder a «correos electrónicos», esté establecida en norma legal o convencional. Puesto que es una derivación del derecho de información sindical, integrado con carácter más genérico en el derecho fundamental a la libertad sindical". Finalmente leemos: "...Sin modificar dicho relato fáctico, nos encontramos con un supuesto donde es clara la aplicación del contenido de la STC transcrita. Esto es, la obstaculización de la empresa al uso por el Comité de Empresa de conexión a Internet o correo electrónico, para utilización con fines de información sindical, supone sin duda, un límite injustificado al derecho de libertad sindical, prevista en el artículo 28 CE".

¹¹⁹ GARCIA SALAS A. I.: "Distribución de información sindical...", Op. cit., págs 12 y sigs, quien que entiende que "la solución dada al caso por esta sentencia sorprende por dos motivos: Porque de las palabras del TC se desprende que los derechos de los que hablamos sólo se reconocen a los sindicatos y a sus secciones sindicales como titulares del derecho fundamental a la libertad sindical, en el que se fundamentan todos sus argumentos. Por lo tanto, debiendo basar su fallo también en el derecho fundamental del artículo 28.1 CE, dicha extensión de la doctrina constitucional a los representantes unitarios la justifica el TSJ en el propio derecho a la libertad sindical sin que por ello le tiemble el pulso. Y esto cuando no se menciona en ningún momento si existe un grado tal de sindicalización del comité de empresa que apoyase esta decisión; aun

107

Finalmente, como logro más avanzado dentro de este tercer grupo de pronunciamientos emitidos por los altos Tribunales de las Comunidades Autónomas, mencionamos la STSJ de Madrid de 4 de junio de 2008, que valida un supuesto en el que se prohíbe a todos los trabajadores de la empresa y, en definitiva, también a los representantes unitarios y sindicales- el envío de correos masivos, entendiendo por tales los que superasen el número de 25 destinatarios internos y 10 externos, pero se permite un nuevo sistema de comunicación entre los representantes y los trabajadores a través de las citadas carpetas públicas, en las que, sin restricción ni control de ninguna clase, pueden insertarse cuantas informaciones se estimen de interés para los trabajadores¹²⁰.

cuando no debiera confundirse los derechos de las organizaciones sindicales y la representación sindical en la empresa con los de la representación unitaria, cuyos órganos son formalmente distintos - a pesar del origen sindical o no de sus miembros - y están sujetos a regulaciones distintas”.

¹²⁰ STSJ de Madrid, de 4 junio de 2008 (AS 2008\1612), en cuyo FJ. 2º leemos: “Del relato de hechos probados resulta que la empresa confeccionó un Protocolo de Uso del Correo Electrónico, en el que se prohíbe a todos los trabajadores de la empresa -y, por consiguiente, también a los representantes unitarios y sindicales- el envío de correos masivos, entendiendo por tales los que superen el número de 25 destinatarios internos y 10 externos. Las razones aducidas por la empresa tienen que ver con los riesgos de bloqueo del sistema o de retrasos”. Sin embargo, reprocha el Magistrado de instancia que la empresa no “ha probado que el uso masivo de correos electrónicos, tiene el tope de 25 internos y 10 externos, ni que dicha emisión incida en la red” (Fundamento Jurídico 19º), y también, en varias ocasiones, que el Protocolo fue acordado e impuesto de modo unilateral. En cuanto al segundo reproche, es evidente que una medida restrictiva como la acordada en el Protocolo podría haberse negociado con los representantes de los trabajadores y, sin duda, hubiera sido lo más deseable. Sin embargo, tampoco hay duda de que no existe una obligación legal de negociar tal cuestión, habiéndose demostrado, de acuerdo con la revisión del Hecho Probado Segundo, que la decisión no fue sorpresiva, sino que fue la continuación de un proceso de comunicación (no de negociación) abierto con los representantes unitarios y sindicales. En cuanto a la exigencia de prueba del número de correos masivos así como de los efectos sobre los que se fundamenta la restricción, no parece razonable que la empresa deba acreditar con tan alto grado de exigencia una decisión fundada en el ejercicio legítimo del poder de dirección, tal y como se ha razonado en la importante Sentencia del Tribunal Supremo de 26-9-2007 (RJ 2007, 7514), en la que expresamente se conmina a las empresa a que establezcan reglas de uso del correo electrónico: “lo que debe hacer la empresa de acuerdo con las exigencias de buena fe es establecer previamente las reglas de uso de esos medios -con aplicación de prohibiciones absolutas o parciales- e informar a los trabajadores de que va existir control y de los medios que han de aplicarse en orden a comprobar la corrección de los usos, así como de las medidas que han de adoptarse en su caso para garantizar la efectiva utilización laboral del medio cuando sea preciso, sin perjuicio de la posible aplicación de otras medidas de carácter preventivo, como la exclusión de determinadas conexiones. En todo caso, la cifra de 25 correos internos y 10 externos no parece desproporcionada, ilógica o irrazonable, atendiendo a la finalidad que se persigue proteger”.

Finaliza tan prolijo e interesante pronunciamiento en los siguientes términos: “La tolerancia empresarial en el uso del correo electrónico por los miembros del Comité de Empresa y de las Secciones Sindicales no supone la consolidación de un derecho adquirido a su favor, puesto que, en el ejercicio regular del poder de dirección y siguiendo las pautas lógicas de la buena fe y de la proporcionalidad y ponderación de derechos, es perfectamente lícito ordenar con carácter previo el uso del correo electrónico, restringiendo su uso, siempre que con ello no se lesionen otros derechos e intereses legítimos, como los que se proyectan en este caso en el ejercicio de la libertad sindical.

Llegados a este punto, la cuestión a resolver pasa por determinar si la medida acordada lesiona o no el contenido del derecho fundamental. Para ello, es preciso volver sobre el relato de hechos

CAPÍTULO III

TIC Y EJERCICIO DE DERECHOS LABORALES, COMPONENTES Y LIMITACIONES

Entrando en una siguiente fase, caracterizada por un mayor detalle, estudiaremos ahora los diversos aspectos específicos con mayor incidencia y afectación en el uso de las TIC, que imponen unos modos nuevos, hasta ahora poco o nada conocidos, en las relaciones entre los agentes sociales. Siempre desde una perspectiva generalista del derecho a la información como puntal capital en el marco de las garantías más tradicionales en el ejercicio de las prerrogativas colectivas¹²¹, que

probados, donde se indica que, junto a la restricción en el envío de correos masivos, la empresa ofrece la posibilidad de utilizar unas carpetas públicas creadas de nuevas con el fin de facilitar la difusión de cuanta información quieran poner a disposición de los trabajadores el Comité de Empresa y las Secciones Sindicales.

A juicio de esta Sala, el establecimiento e implantación de este nuevo sistema constituye una forma de compensar los inconvenientes que a los representantes de los trabajadores puede suponer la restricción del uso del correo electrónico en los términos expuestos, siendo además un dato no controvertido que el correo electrónico continúa siendo una herramienta de la que puede seguir haciendo uso los representantes, dentro del debido respeto a las directrices dadas por la empresa. El hecho acreditado de que todos los trabajadores tengan acceso directo a las carpetas públicas, unido a que los representantes pueden colgar en ellas cuanta información deseen poner a disposición de los trabajadores, permite deducir con naturalidad que la empresa no ha pretendido lesionar el derecho fundamental denunciado, sino que ha establecido un elemento diferencial entre los trabajadores y sus representantes, beneficiando expresamente a estos últimos mediante la puesta a disposición de las referidas carpetas públicas, cuya libre utilización permite entender plenamente colmado el potencial y real ejercicio de la libertad sindical en las mismas condiciones que las que preexistían a la implantación del Protocolo de Uso del Correo Electrónico de 2005.

Es evidente que la pre-ordenación del uso del correo electrónico supone una restricción o limitación de su uso, pero esta no puede considerarse antisindical la medida al no haberse denunciado siquiera -en contra de lo indicado en el Fundamento Jurídico 21º in fine de la sentencia recurrida- que los trabajadores se ven perjudicados por haberles privado de la comunicación e información que hasta la adopción de la medida venían disfrutando. Tal perjuicio no se ha alegado ni probado en ningún momento. Y si bien es evidente que la introducción de nuevos sistemas de comunicación como las carpetas públicas requiere de una mínima adaptación, el rechazo a los cambios con fundamento en la comodidad de mantener el *statu quo* no puede servir de fundamento a una pretendida lesión de la libertad sindical cuando ha resultado acreditado que la comunicación entre los representantes y sus trabajadores no resulta en modo alguno dañada o perturbada.

En suma, no puede considerarse que la pre-ordenación del uso del correo electrónico pueda reputarse antisindical puesto que los representantes de los trabajadores pueden seguir haciendo un uso *no masivo* del correo electrónico y además, pueden utilizar sin restricción alguna un sistema alternativo e igualmente eficaz para la difusión de información sindical cual es el de las carpetas públicas. Con ello, la Sala entiende que quedan plenamente garantizados los derechos de información sindical y de representación y participación garantizados, respectivamente en la Ley Orgánica de Libertad Sindical“.

¹²¹ Vid. como muestras de la amplia producción en la materia ÁLVAREZ LÓPEZ, M. J.: “Las garantías de los representantes de los trabajadores en la jurisprudencia”, *Actualidad Laboral*, Madrid, 2005, Núm. 21, págs. 2520-2536; ESCUDERO RODRÍGUEZ, R.: “La Ley de derechos de información: una ley a medio camino”, *Relaciones Laborales*, Madrid 1991, Núm. 1, págs. 1044-1080; FERNÁNDEZ DOCAMPO, B.: “El ejercicio de la libertad sindical a través de los derechos de información y expresión (Comentario a la STC 213/2002, de 11 de noviembre)”, *Relaciones Laborales*, Madrid, 2003, Núm. 2, págs. 639-654; GARCÍA MURCIA, J.; CASTRO ARGÜELLES, M. A.: *Negociación colectiva, adaptabilidad empresarial y protección de los derechos de los* 109

nunca deberemos soslayar, y con las aportaciones básicas y de matiz muy elemental, tratadas en el capítulo anterior, iremos ahora abordando aspectos concretos y específicos.

Como seguidamente se pondrá de relieve, las TIC alteran el cauce, los tiempos y el contenido de las informaciones que se cruzan los agentes sociales, aún en los aspectos más de cooperación entre ellos. Y si las TIC provocan conflictividad por su mero uso, imagínese entonces que sean las mismas TIC las empleadas como herramienta inserta dentro la misma conflictividad laboral, como sucede en el ejercicio del citado derecho de huelga, ya de por sí parco en normativas. Con apenas un decreto preconstitucional para su ejercicio, y una jurisprudencia de fondo de muy compleja sistematización, el concurso de las TIC a la cuestión depara aun mayor dificultad.

1.- Secreto, publicidad y tecnología, elementos en tensión

En la sociedad de las TIC el conocimiento y los datos viajan de un modo tan rápido y extensivo como nunca antes se había conocido. Ello es beneficioso en el marco de la transparencia y mejor protección de los derechos, en este caso de los trabajadores, pero también genera problemas de mal uso de la información tratada pueda asimismo depararse, en detrimento de los empresarios y de los mismos trabajadores. En el presente capítulo debemos estudiar los elementos en juego; algunos, más tradicionales, sólo que adaptados a los nuevos retos tecnológicos, como es el caso del deber de confidencialidad o sigilo reconocido por el Estatuto de los Trabajadores como freno a la labor representativa de los trabajadores; otros, nacidos tras la entronización de las TIC en el marco laboral. Este último es por ejemplo el caso de la normativa sobre protección de datos personales, o de las cuestiones relativas a la vigilancia electrónica y al control del trabajo.

trabajadores, Fundación Alternativas, Madrid, 2008; GARRIDO PÉREZ, E.: *La información en la empresa: análisis jurídico de los poderes de información de los representantes de los trabajadores*, CES, Madrid, 1995; GARRIDO PÉREZ, E.: "Los cambios sistemáticos, materiales y funcionales en los derechos de información y consulta de los representantes unitarios del personal", *Temas Laborales*, Madrid, 2008, Núm. 95, págs. 11-44; PRADOS DE REYES, F. J.; CABRERA FERNÁNDEZ, J. A.: "Competencias informativas", en Mercader Uguina, J. R. Escudero Rodríguez, R. (eds.) *Manual jurídico de los representantes de los trabajadores*, La Ley, Madrid, 2004; PRECIADO DOMENECH, C. H.: *Derechos de información, audiencia, consulta y participación de los representantes de los trabajadores*, Bomarzo, Albacete, 2012.

En estos aspectos puede haber significativas diferencias en cuanto a la configuración y reparto entre trabajadores y empresarios de los distintos derechos y obligaciones. Así, mientras la confidencialidad compete eminentemente al trabajador, protección de datos y vigilancia y control están más repartidos y equilibrados, en una clave que por medio de las TIC puede ser bidireccional y flexible, y muy ajustado a las circunstancias concretas del caso. Dicho en términos más sencillos, que las TIC pueden determinar en bastantes casos que la carga de obligaciones se desplace a los trabajadores y la de derechos hacia el empresario mucho más fácilmente de lo que cabría esperar desde los postulados más tradicionales de las relaciones laborales.

1.1.- El deber de confidencialidad de los trabajadores y sus representantes

Es esta una materia enormemente prolija y ya trabajada, que sobrepasa por sí misma el ámbito investigador propuesto, que ha preocupado significativamente a la doctrina¹²², sobre la cual nos apoyaremos para hacer nuestros personales apuntes sobre esta componente en su virtual incidencia dentro del marco de las TIC y sus derivadas en las relaciones entre los agentes sociales.

La correcta aprehensión del régimen jurídico de los derechos de información necesariamente ha de partir de su carácter instrumental en tanto que se configura como un medio privilegiado para facilitar el cumplimiento de otro objetivo autónomo o principal, cual es la eficaz representación de los trabajadores, sin que la afirmación

¹²² Con carácter general, en materia del deber de sigilo que corresponde a los representantes de los trabajadores, y en realidad a los trabajadores mismos, Vid. BOZA PRO, G.: *El deber de sigilo de los representantes de los trabajadores*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997; FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F.: "El deber de sigilo de los representantes de personal", *Actualidad Laboral*, Madrid 1992, Núm. 1, págs. 125-143; GALIANA MORENO, J.; SEMPERE NAVARRO, A.: "Los derechos de información, consulta y participación de los trabajadores en la Ley 2/1991", *Revista de Trabajo*, Madrid, 1990, Núm. 100, págs. 461-497; GARCÍA MURCIA, J.: "Libertad de expresión y sigilo profesional en el desarrollo de la acción sindical. (Comentario a la STC 213/2002, de 11 de noviembre de 2002)", *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, Pamplona, 2002, Núm. 3, págs. 2247-2272; GARRIDO PÉREZ, E.: "El deber de sigilo", en ESCUDERO RODRÍGUEZ, R. MERCADER UGUINA, J. R. (eds.): *Manual jurídico de los representantes de los trabajadores*, La Ley, Madrid, 2004; PEDRAJAS MORENO, A.; SALA FRANCO, T.: "Competencias y deber de sigilo de los representantes de personal y protección de los trabajadores en caso de insolvencia empresarial", *Actualidad Laboral*, Madrid, 2008, Núm. 3; SALFUNGENCIO GUTIÉRREZ, J. A.: "El deber de sigilo y el derecho fundamental a la libertad sindical y a la información de los representantes de los trabajadores (a propósito de la sentencia del TSJ de Murcia de 23 de julio de 2001)", *Relaciones Laborales*, Madrid, 2002, Núm. 1, 2002, págs. 815-826.

anterior suponga desconocer que el cumplimiento de este derecho debe ponderarse con otros intereses jurídicos dignos de protección, a saber: la posible invasión de la esfera de derechos individuales y el posible menoscabo de la libertad de empresa.

El artículo 68 d) ET reconoce dentro del elenco de garantías reconocidas a los representantes legales el derecho a “expresar, colegiadamente si se trata del comité, con libertad sus opiniones en las materias concernientes a la esfera de su representación, pudiendo publicar y distribuir, sin perturbar el normal desenvolvimiento del trabajo, las publicaciones de interés laboral o social, comunicándolo a la empresa”, mientras que el artículo 65.2 del mismo texto legal impone que “los miembros del comité de empresa y éste en su conjunto, así como, en su caso, los expertos que les asistan, deberán observar el deber de sigilo con respecto a aquella información que, en legítimo y objetivo interés de la empresa o del centro de trabajo, les haya sido expresamente comunicada con carácter reservado”. Como se puede intuir, no es infrecuente la existencia de conflictos ante la concurrencia de ambos derechos, siendo esencialmente casuística su resolución pues, como es obvio, la garantía que asiste a los representantes y la función instrumental que cumple el acceso a la información no significa, en ningún caso, una “patente de corso” para divulgar libremente la información de naturaleza reservada. Para mayor complicación, junto a una lectura propiamente colectiva de la cuestión, hay asimismo una dimensión individual, en torno a la relación concreta de cada trabajador con su empresario en virtud de su contrato de trabajo. No es pues desdeñable que con la entronización de las TIC, los trabajadores, aun individualmente, pueden recibir, y a su modo difundir informaciones tremendamente sensibles para las empresas, de un modo antes desconocido.

La libertad de expresión e información, aun esencial en un sistema democrático, no es ilimitada, siendo necesario encontrar un punto de equilibrio entre los diversos intereses y derechos que pudieran entrar en conflicto; equilibrio al que precisamente proveen las normas que establecen el deber de sigilo de los representantes de los trabajadores respecto de aquellas informaciones a las que han accedido en el desempeño de su cargo, pero que la empresa no tiene interés en que no se divulguen a terceros. La pauta interpretativa básica es la imposibilidad de difundir indiscriminadamente críticas o informaciones que sean perjudiciales para la viabilidad de la empresa o que pongan en peligro su posición competitiva en el mercado. Cuestión distinta es que se acuda a terceros (fundamentalmente la opinión pública) no como instrumento de presión en el marco de un conflicto laboral sino como mecanismo de denuncia pública ante una grave irregularidad cometida por la

empresa¹²³. Fuera de este excepcional supuesto, y siendo cierto que la información es un instrumento cualificado en el cumplimiento de la función representativa¹²⁴, este derecho “debe detenerse en los umbrales del derecho empresarial a organizar y planificar el trabajo y a no interferirse más de lo necesario, en lo que es competencia exclusiva de quien da empleo”¹²⁵. En la medida que el acceso a esta información “permite el ejercicio cabal de una acción sindical”, cualquier límite a su ejercicio impuesto por el empresario ha de analizarse a la luz de la causa que motivó su comunicación a los representantes de los trabajadores, o lo que es lo mismo, en relación a la eficacia de la función representativa desempeñada por aquéllos¹²⁶.

De la argumentación anterior se infiere que la empresa debe actuar con honestidad y no poner trabas innecesarias, de forma que la suficiencia informativa obligaría al empresario a realizar todos los esfuerzos necesarios para transmitir, de la forma más detallada y posible, aquella información que resulte indispensable a los estrictos intereses de los trabajadores. Debe también limitarse el uso empresarial de las facultades de veto y de calificación de confidencial sobre una determinada información a lo estrictamente necesario¹²⁷. Al tiempo, la información suministrada por la empresa debe ser utilizada conforme al principio general de buena fe por parte de los sujetos colectivos. El Tribunal Constitucional ha tenido la ocasión de pronunciarse al respecto, entendiendo el complejo equilibrio de los intereses contrapuestos que entran en liza¹²⁸.

¹²³ Sobre este excepcional supuesto, véanse a título ilustrativo la STSJ de Murcia de 23.7.2001 (RJ 617/2001).

¹²⁴ GARRIDO PÉREZ, E.: “El deber de sigilo...”, Op. cit. pág. 249.

¹²⁵ GALIANA MORENO, J.; SEMPERE NAVARRO, A.: “Los derechos de información...”, Op. cit. pág. 494.

¹²⁶ Así expresado en sentencia del Juzgado de lo Social Nº 4 de Sevilla de 29.11.2002 (Proc. 201/2000). Tal extensión de dicho deber, para su correcta interpretación, requiere no sólo su integración con el contenido del precepto constitucional (artículo 20 CE) sino su puesta en relación con otros preceptos del ET y aún con otras normas, como la LOLS, ya que la libertad de expresión que asiste a los representantes presupone necesariamente su conexión con aquellos que lo hacen posible lo que requiere, indefectiblemente, la posibilidad de formación del pensamiento que posteriormente se va a exteriorizar. Otros pronunciamientos posteriores, como la sentencia de 14.9.2010 (Rº 215/2010) ya remacharon que el artículo 64 ET fue modificado por la Ley 38/2007, precisamente, para potenciar los derechos de información y consulta, pero siempre con el equilibrado manejo que debe mediar entre información y sigilo.

¹²⁷ BOZA PRO, G.: *El deber de sigilo...*, Op. cit, pág. 101.

¹²⁸ Tal es el ejemplo deparado por la STC 213/2002 preconiza que una política eficaz de comunicaciones debería asegurar que se difundan informaciones y que se efectúen consultas entre las partes interesadas, en la medida en que la revelación de informaciones no cause perjuicio a ninguna de las partes, de forma y manera que se garantice “una base de confianza entre el sujeto informante (empresario) y el informado (representante), reduciendo así los temores o las reservas del primero por facilitar una información, cuya divulgación podría perjudicar sus intereses”.

La cuestión esencial es determinar el alcance material del deber de sigilo o confidencialidad, o dicho en términos negativos, que la información no puede, por motivo de su naturaleza, ser objeto de transmisión por ningún medio, por supuesto que tampoco telemático. Sobre dicho alcance material, aunque ciertamente no hay en nuestra legislación ninguna regla expresa relativa a la buena fe en el ejercicio de las facultades de representación, probablemente no exista obstáculo para entenderla comprendida en la obligación legal de sigilo (que, en buena medida, requiere actuación cautelosa respecto de los intereses legítimos de la empresa) e incluso extraerla de los deberes que forman parte de la relación de trabajo (que, por supuesto, se proyectan también sobre el representante en cuanto trabajador de la empresa), de lo cabe deducir que podrá exigirse una mínima prudencia en el uso de la información suministrada¹²⁹.

Teniendo en cuenta esta afirmación, resulta obvio que el deber de sigilo actúa como una garantía para el empresario obligado a proporcionar información y documentación a los representantes de los trabajadores, debiendo entenderse el artículo 65.3 ET en los términos antedichos, en la medida que dispone que “ningún tipo de documento entregado por la empresa al comité podrá ser utilizado fuera del estricto ámbito de aquella ni para fines distintos de los que motivaron su entrega”. De este deber resulta la obligación de los representantes legales de no difundir determinadas informaciones proporcionadas por la empresa con carácter reservado.

No estamos, por tanto, ante una regla de carácter absoluto, ilimitado o irrestricto, sino ante un deber que está sometido, a su vez, a importantes limitaciones: el derecho a la información tiene un carácter esencialmente instrumental para el control, la consulta y la negociación, y es en el marco de estos fines donde dicha información cobra sentido por lo que uso para fines particulares o distintos de los legalmente asignados sería una transgresión de la buena fe contractual que, en función de su gravedad, podría sancionarse incluso con el despido, e incluso tener consecuencias en el terreno penal (tal como podremos apreciar en casos concretos que analizaremos con posterioridad en los epígrafes siguientes del presente capítulo al abordar casos concretos de mal uso por la parte laboral, individual inclusive, en el empleo del correo electrónico). Ahora bien, una información no adquiere el carácter de “reservada” automáticamente porque así lo califique el empresario sino que sería además necesario que desde un plano objetivo efectivamente lo sea. *A sensu*

¹²⁹ FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F.: “El deber de sigilo...”, Op. cit, Pág. 140 e igualmente GARCÍA MURCIA, J.: “Libertad de expresión...”, Op. cit.

contrario, los documentos que entregue la empresa (referentes a temas no incluidos en las excepciones aludidas) podrán ser utilizados razonablemente por los representantes dentro de su ámbito competencial, respetando, eso sí, los fines para los que fueron entregados.

Con esta dispensa informativa, en terminología acuñada por GARRIDO PÉREZ¹³⁰, se contempla el buen funcionamiento de la empresa como interés especialmente protegible. El fundamento de la confidencialidad se encontraría en la necesidad de proteger a la entidad y a su posición competitiva en el mercado de los potenciales perjuicios que le pudiera ocasionar la divulgación de ciertos datos especialmente sensibles para la misma, impidiendo su difusión más allá del círculo constituido por aquellos que son titulares de la información y por aquellos legalmente legitimados para acceder a la misma (esto es, los representantes de los trabajadores). El establecimiento de este deber de secreto, de imposición normativa expresa, se encuentra plenamente justificado por el interés empresarial de preservar el conocimiento de información sensible en un mercado tan competitivo como el actual. Este interés es el esgrimido para imponer prohibiciones específicas como la de no divulgación de secretos industriales y, en general, de datos e informaciones relativas a la evolución económica, productiva y financiera ante el razonable temor de los posibles perjuicios que podría ocasionar que la información llegase a conocimiento de la competencia. La tarea interpretativa sobre los límites a los queda sometida esta actuación ha sido asumida por los Tribunales, partiendo de la evidente amplitud con la que se diseña en nuestro modelo legal la esfera de competencia de los representantes, quedando comprendidas todas las materias que puedan resultar útiles para la defensa del interés colectivo de los trabajadores representados¹³¹.

Parece entonces que el sigilo no es una obligación de guardar secreto sobre la totalidad de las informaciones conocidas por la representación legal; es más, de admitirse esta interpretación se imposibilitaría, en la práctica, el ejercicio de las funciones que le son propias a la representación legal. En la opinión de GARRIDO, lo que impone dicho precepto “es una obligación de utilizar prudentemente la información obtenida de la empresa, hacer un uso adecuado de las mismas”. Ahora bien, si el sigilo se impone como un deber jurídico para los representantes es porque se corresponde con un derecho de otro, y cuál sea este marcará la pauta para

¹³⁰ GARRIDO PÉREZ, E.: “El deber de sigilo...”, Op. cit. Pág. 277.

¹³¹ Siendo esto una constante en toda la jurisprudencia a múltiple nivel, desde la STC 213/2002, la STSJ de Murcia de 23 de julio de 2001 o la sentencia del Juzgado de lo Social Nº 4 de Sevilla de 29 de noviembre de 2002.

delimitar su alcance, habida cuenta de que “hasta donde llegue el derecho de alguien a que se mantenga reservada determinada información, finalizará a su vez el límite de exigencia del deber de sigilo”¹³². Otros como BOZA PRO, refuerzan lo anterior al afirmar que el deber de sigilo se erige en un “instrumento de garantía que tiene el empresario como destinatario final y directo, permitiendo crear y sustentar un clima de recíproca confianza entre aquél, como obligado a dar la información, y los representantes, como receptores de la misma, los cuales vienen obligados a una administración diligente y prudente de la información recibida”¹³³ o, en su defecto, de utilizar prudentemente la información obtenida con ocasión de la encomienda de funciones representativas.

La cuestión, por tanto, debe plantearse en términos de auto-responsabilidad, pues el control de la actividad empresarial como derecho que asiste a los representantes legales, tanto unitarios como sindicales, y un eficaz contacto con la base, son facultades que no pueden ser impedidas por una interpretación amplísima del deber de sigilo que impida, de facto, la comunicación con los trabajadores y el correcto desenvolvimiento de esta actuación representativa. De la argumentación anterior, cabe concluir con que el derecho de información de los representantes se encuentra sometido a un doble límite: de un lado, la obligación de discreción respecto a materias consideradas reservadas o confidenciales; de otro, la obligación de no divulgar fuera de la empresa los documentos recibidos para fines distintos que los motivaron, especialmente aquellos en los que esta haya señalado su carácter reservado; todo ello con las peculiaridades que mucho más allá de nuestro ámbito investigador se ponen de manifiesto pudiendo implicar una significativa complejidad en términos estrictamente procesales de invocación y de carga de la prueba en caso de litigio¹³⁴.

¹³² GARRIDO PEREZ, E.: *Ibid.*, cabiendo referir al respecto la STSJ de Castilla-La Mancha de 24 de noviembre de 2005 (R. J. 1858/2003).

¹³³ BOZA PRO, G.: *El deber de sigilo...*, Op. cit, Pág. 220 apoyándose en STSJ de Murcia 23 de julio de 2001 (R. J. 617/2001).

¹³⁴ Tal como pone de relieve GÓMEZ ABELLEIRA, F. J.: “Una nueva modificación de la legislación laboral para transponer derecho comunitario: la ley 38/2007 y las Directivas 2002/14/CE, sobre información y consulta de los trabajadores, y 2002/74/CE, sobre protección en caso de insolvencia empresarial”, *Relaciones Laborales*, Madrid, 2008, Núm. 1, págs. 981-1006, debemos tener en cuenta que el interés para mantener una información como “reservada” debe ser acreditado por la empresa en caso de que los representantes así lo exijan y, si no se alcanza un acuerdo a este respecto, cabe recordar que el artículo 153.3 LRJS articula un proceso de impugnación de las decisiones de la empresa de atribuir carácter confidencial a determinada información. La amenaza de incoar un proceso de conflicto colectivo para certificar el carácter reservado o no de la información puede funcionar como un incentivo poderoso para que la empresa acceda a retirar ese carácter a la información, desde luego siempre que considere dudosa la calificación por ella

La carencia de concreción legal ha supuesto para la doctrina científica el esfuerzo de sistematizar los criterios que permiten atribuir el carácter de “confidencial” o no a una información. En primer lugar, la exigencia de una justificación objetiva de tal carácter mediante la acreditación de su especial relevancia (es decir, que pueda demostrarse el valor económico, comercial o estratégico de la información para los intereses de la sociedad). En segundo lugar, que su divulgación o conocimiento pueda ocasionar unos perjuicios reales para la empresa. Y, en tercer lugar, que existan ciertos parámetros temporales con el fin de evitar que se perpetúe la situación de confidencialidad más allá de lo estrictamente necesario. En ningún caso ha de interpretarse como un deber de “secreto” en sentido estricto, sino como un deber de “discreción” y “utilización prudente de la información obtenida”.

Abordada la cuestión del alcance material de la obligación de sigilo, el siguiente paso en esta breve recensión teórica sobre los parámetros en los que se ha de mover la dicotomía publicidad/sigilo (núcleo medular, como ya vamos coligiendo, de la parte más significativa de la conflictividad habida entre las partes sociales en el empleo de las TIC como herramienta de comunicación y de ejercicio de los derechos colectivos) deberá hacer precisamente a los sujetos concretos o afectados por la obligación legal de sigilo.

En principio la normativa aplicable hace titulares de dichas obligaciones a los sujetos colectivos, por cuanto están sometidos al deber de sigilo aquellos a los que la norma atribuye específicos derechos de información. El artículo 65.2 ET impone esta obligación a “los miembros del comité de empresa y (a) éste en su conjunto”. Otras disposiciones legales salen asimismo a colación. En consecuencia dicha titularidad de sigilo recae también sobre los delegados sindicales (artículo 10.3 LOLS) que no formen parte del comité de empresa y a los delegados de prevención (artículo 37.3 Ley de Prevención de Riesgos Laborales –LPRL-).

La obligación de confidencialidad subsistirá incluso tras la expiración de su mandato e independientemente del lugar en que se encuentren. La intencionalidad normativa ha sido la de incluir en el ámbito subjetivo del deber a todos aquellos que pueden exigir el cumplimiento de este derecho si bien “la LOLS ha realizado una delimitación de los sujetos titulares de potestades informativas que, a primera vista, parece

anticipada y, en este sentido, lo que menos puede desear un empresario es que aquella información que inicialmente ha considerado reservada acabe siendo objeto de litigio y, por tanto, relativamente aireada en un proceso judicial que, por mucho que el artículo 151.3, párrafo segundo, LPL (ahora artículo 153.3 LRJS) quiera lo contrario, es lamentablemente medio habitual en España de contagio informativo.

desmarcarse de lo que es la estricta instrumentación de aquéllas a la función representativa”. A este respecto, baste recordar que, de acuerdo con el marco vigente, la interlocución ante múltiples actuaciones representadas (a saber, negociación colectiva, consultas cualificadas) se atribuye a las secciones sindicales, a quienes paradójicamente no se les reconocen atribuciones informativas expresas sino que las mismas exclusivamente se reconocen al delegado sindical “cualificado”. El deber de sigilo parece sufrir la misma disfuncionalidad, imponiéndose a unos delegados sindicales que no pueden realizar más función representativa en la letra de la ley (artículo 10.3.3 LOLS) que la emisión de una opinión o informe ante decisiones empresariales de alcance colectivo¹³⁵.

Con todo, y pese a las otras normas citadas, es el artículo 65 en sus párrafos 2º, precitado y 3º, el que contiene el referente esencial en cuanto a la titularidad de la obligación. Lo que en definitiva establece dicho precepto es la coexistencia de dos obligaciones que no resultan incompatibles entre sí porque actúan en dos niveles distintos, al modular, con contenidos y alcances diferentes, el manejo de la información y documentación a la que acceden los representantes de los trabajadores por razón de su cargo: de un lado, el deber de discreción o uso diligente de la información referida a las materias consideradas reservadas por el precepto estatutario; de otro, un deber de no divulgación *ad extra* de los documentos entregados por la empresa (artículo 65.3 ET).

Si el deber de sigilo plantea no pocos interrogantes en cuanto a su dimensión colectiva desde parámetros tradicionales, desde la llegada de TIC la cuestión es mucho más compleja, precisamente porque éstas posibilitan la actuación individual, conforme a Derecho o no, de sujetos individuales de trabajo, esto es, los trabajadores mismos, en la medida en que haciendo uso de las nuevas tecnologías pueden poner en abierto aspectos sensibles que determinen reacciones virulentas, por parte de las empresas, al considerarse lesionadas en sus secretos. Esta tensión aparecerá como un elemento o hilo conductor en partes específicas que iremos desgranando a lo largo de nuestra investigación, sea en el curso del presente capítulo como en los que aún están por venir.

¹³⁵ Reflexiones extraídas de GARRIDO PÉREZ, E.: *Ibid.*, Pág. 262 y sigs.

1.2.- Datos de naturaleza sindical y Ley Orgánica de Protección de Datos

Constituye este apartado otro interesante campo de batalla, en donde las divergencias en el ámbito laboral, en sus nuevas dimensiones relacionadas con la implantación de las TIC, conocen tintes de acusada controversia, una problemática que, como tendremos la oportunidad de ver, se caracteriza por la no escasa disparidad existente entre el régimen legal aplicable (por demás fragmentario y carente de la necesaria especificidad), y la doctrina judicial, cuyo protagonismo en España parece haber asumido de modo exclusivo el Tribunal Constitucional.

En la época actual, de grandes cambios tecnológicos, la tenencia en una empresa de bancos de datos de los trabajadores aumenta los peligros a los cuales puede quedar sometida la intimidad y libertad sindical de aquéllos en caso de no adoptarse las medidas cautelares oportunas. Por otro lado, no se puede olvidar la importancia de poner límites a la informatización de circunstancias personales de los trabajadores, por parte de los representantes sindicales, que las necesitan para gestionar sus intereses y cumplir sus funciones, tratando de evitar, así, cualquier uso indebido.

El artículo 18.4 CE establece la necesidad de limitar el uso de la informática cuando establece 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”. Para cumplir este artículo se promulgó la LO 5/1992, de 29 de octubre, de Regulación del Tratamiento Automatizado de Datos de Carácter Personal (LORTAD), sustituida por imperativo de transposición de la Directiva 95/46, por la LO 15/1999, de 13 diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (LOPD)¹³⁶. La LOPD constituye la transposición al ordenamiento jurídico español de la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, que a su vez ha sido objeto de una nueva normativa en el año 2016¹³⁷.

¹³⁶ El marco descrito se completa a nivel interno español con el Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal.

¹³⁷ Reglamento 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (DOUE L 119/1 de 4 de mayo de 2016). En el capítulo 6 de la presente tesis indicaremos la posible trascendencia de este cambio normativo.

De los preceptos arriba citados pueden extraerse una serie de principios fundamentales que informan y orientan la regulación en esta materia¹³⁸. Por un lado, del artículo 6 de la Directiva cabe deducir el principio de finalidad, que exige la conexión entre los datos personales que se recaban y tratan, y la intención a la que se dirigen tales informaciones; propósito que ha de ser legítimo y justificado. Los datos almacenados para un determinado objetivo no pueden ser utilizados para otro que sea incompatible con el primero. Además, aquella finalidad esgrimida como justificación de la recogida y tratamiento de datos personales vincula igualmente el tipo de datos solicitados (deben ser adecuados, pertinentes y no excesivos en relación con la misma), y el período máximo durante el cual serán almacenados (sólo el imprescindible). Por otro lado, rige el principio de autodeterminación, que deriva del artículo 7 de la Directiva y se concreta para nosotros en el artículo 6 LOPD, según el cual el tratamiento de datos personales requiere el consentimiento inequívoco del afectado salvo que la ley disponga otra cosa.

El artículo 7.2 LOPD contempla como dato sensible y especialmente protegido el que informa sobre la afiliación sindical de los trabajadores. La especial protección que merece se cifra en que todo tratamiento del mismo requiere el consentimiento expreso y por escrito del afectado (artículo 7.4): “Solo con el consentimiento expreso y por escrito del afectado podrán ser objeto de tratamiento los datos de carácter personal que revelen ideología, afiliación sindical, religión y creencias...”. Se exceptúan de esta regla los ficheros mantenidos, entre otros, por los sindicatos, siempre que su recogida y tratamiento persiga una finalidad sindical. Cualquier fichero que tenga por objetivo exclusivo almacenar datos personales que revelen la afiliación sindical de las personas está prohibido (artículo 7.4 *in fine*): “Quedan prohibidos los ficheros creados con la finalidad exclusiva de almacenar datos de carácter personal que revelen la ideología, afiliación sindical, religión, creencias, origen racial o étnico, o vida sexual”.

La LOPD prosigue en otra serie de detalles importantes. Conforme al artículo 4.7 LOPD: “se prohíbe la recogida de datos por medios fraudulentos, desleales o ilícitos”, por lo que la utilización de estos medios vicia la información y puede crear

¹³⁸ CARDONA RUBERT, M. B.: “Tutela de la intimidad informática en el contrato de trabajo”, *Revista de Derecho Social*, Madrid, 1999 Núm. 6, págs. 30 y sigs. Igualmente CARDONA RUBERT, M. B.: *Informática y contrato de trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, págs. 264 y sigs., y CARDONA RUBERT, M. B.: “Relaciones laborales y tecnologías de la información y de la comunicación”, *Revista de la Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid*, Madrid, 1994, Núm. 9, págs. 1 y sigs.

responsabilidades¹³⁹. Por su parte, el artículo 4.3 LOPD exige que “los datos de carácter personal serán exactos y puestos al día de forma que respondan con veracidad a la situación actual del afectado”, y el artículo 4.4 de la misma Ley establece lo siguiente: “Si los datos de carácter personal registrados resultaran ser inexactos, en todo o en parte, o incompletos, serán cancelados y sustituidos de oficio por los correspondientes datos rectificados o completados, sin perjuicio de las facultades que a los afectados reconoce el artículo 16”. Estaríamos ante unos principios, incontestablemente exigidos, de veracidad, exactitud y actualización¹⁴⁰. Esta convicción se refuerza desde el artículo 4.6 LOPD a cuyo tenor: “Los datos de carácter personal serán almacenados de forma que permitan el ejercicio del derecho de acceso, salvo que sean legalmente cancelados”. Dicho párrafo contiene otros principios, igualmente necesarios y de alto interés para la materia que nos ocupa, como serían los de cancelación y descontextualización. Los datos deben servir a la finalidad concreta en virtud de la cual fueron recogidos y registrados¹⁴¹. Parece claro que en el supuesto de que el trabajador cambie de empresa, o cuando concluido el proceso de selección el solicitante de empleo no haya sido aceptado, desaparecerá el fin para el cual fueron recabados los datos y, en consecuencia, carecerá de sentido mantener tales informaciones en poder de la parte fuerte del contrato¹⁴². Su conservación por más tiempo del estrictamente necesario para “liquidar” los posibles efectos pendientes del contrato de trabajo deberá ser considerada excesiva y, por tanto, ilícita¹⁴³.

Se dan también medidas relativas a la aplicación de la protección de los datos en los centros de trabajo, respecto de las cuales la LOPD remite a su reglamento aplicativo, el Real Decreto 1720/2007 (RLOPD). Estas facetas han ocupado a autores como RODRIGUEZ ESCANCIANO¹⁴⁴. Para esta cuestión se acude al

¹³⁹ DEL REY GUANTER, S.: “Tratamiento automatizado de datos de carácter personal y contrato de trabajo (una aproximación a la intimidad informática del trabajador)”, *Revista Crítica de Teoría y Práctica de las Relaciones Laborales*, Madrid, 1993, Núm. 2, págs. 136 y sigs.

¹⁴⁰ MURILLO DE LA CUEVA, P. L.: “Informática y protección de los datos personales”, *Centro de Estudios constitucionales, Cuadernos y Debates*, Madrid, 1993, Núm. 43, pág., 67.

¹⁴¹ ALVAREZ CIVANTOS, O. J.: *Normas para la implantación de una eficaz protección de datos de carácter personal en empresas y entidades*, Comares, Granada, 2002, págs. 36 y sigs., y por RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: *Libertad sindical...*, Op. cit. Pág. 10.

¹⁴² MURILLO DE LA CUEVA, P. L.: “Informática...”, Op. cit., pág. 69.

¹⁴³ RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: *Libertad sindical...*, Op. cit. pág. 11.

¹⁴⁴ Para ello vamos a seguir la estructura planteada por RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S. “Libertad Sindical y nuevas tecnologías; derecho a la protección de datos personales de los trabajadores como garantía de la libertad sindical”, *Curso sobre la tutela del derecho de libertad sindical*, Sindicato U.G.T., Madrid, 2011, págs. 1 y sigs.

principio de buena fe, por cuanto en el proceso de captación de datos se debe actuar en todo momento de buena fe. El artículo 4.1 de la LOPD sirve inicialmente como base para este imperativo, de modo que como recalca TASCÓN LOPEZ, “los datos de carácter personal sólo se podrán recoger para su tratamiento, así como someterlos a dicho tratamiento, cuando sean adecuados, pertinentes y no excesivos en relación con el ámbito y las finalidades determinadas, explícitas y legítimas para las que se hayan obtenido”¹⁴⁵. La información no sólo debe ser legítima en el sentido antes apuntado, sino adecuada a la finalidad pretendida. Considera DEL PESO NAVARRO¹⁴⁶ con relación al 8.4 RD 1720/2007 que “sólo podrán ser objeto de tratamiento los datos que sean adecuados, pertinentes y no excesivos en relación con las finalidades determinadas, explícitas y legítimas para las que se hayan obtenido”.

Así las cosas, el afectado ha de prestar su consentimiento para la recogida o tratamiento de sus datos personales (artículos 6 y 11 LOPD), y el responsable del tratamiento deberá proporcionarle información sobre el objeto y fines de esas operaciones (artículo 5 LOPD). Por otro lado debe existir un control de la cesión a terceros (artículo 11 LOPD). La regla general parte, como no podía ser menos, de la imposibilidad de ceder tales datos; la excepción a la misma requiere la concurrencia de un triple requisito: el fundamental, el consentimiento del afectado, salvo supuestos legalmente indicados; el segundo, que constituya un requisito para el cumplimiento de los fines directamente relacionados con las funciones legítimas del cedente y del cesionario; y el tercero, la comunicación a los afectados de la cesión de datos, indicando la finalidad del fichero, la naturaleza de los datos cedidos y el nombre y dirección del cesionario, dejando a salvo los supuestos legalmente previstos (apartado 2º del artículo 27 LOPD). Autores como RODRÍGUEZ ESCANCIANO detalla pormenorizadamente el triple requisito acabado de describir¹⁴⁷.

La creación de datos y ficheros y su manejo queda asimismo taxativamente reflejada en la LOPD. Para evitar una situación de ilegalidad, toda persona o entidad que

¹⁴⁵ TASCÓN LOPEZ, R.: “Los ficheros empresariales sobre trabajadores y los derechos de los mismos en el marco de la relación contractual con el empleador”, en AA.VV. (TRONCOSO REIGADA, A., Dir.): *Comentario a la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal*, Civitas, Madrid, 2005, págs. 502 y sigs.

¹⁴⁶ DEL PESO NAVARRO, E.: *Ley de Protección de Datos*, Díaz de Santos (ed.), Madrid, 2000, págs. 78 y sigs.

¹⁴⁷ RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: *Libertad sindical...*, Op. cit. Pág. 14.

proceda a la creación de ficheros de datos de carácter personal lo notificará previamente a la Agencia de Protección de Datos (artículos 25 y 26 LOPD). Para ello se deben adoptar las medidas de seguridad de la información que resulten adecuadas (artículos 89 y ss. Real Decreto 1720/2007), lo que hace necesario obtener el consentimiento del afectado. Finalmente se debe proporcionar de modo fidedigno toda la información a los trabajadores afectados por el tratamiento de datos (artículos 5, 6 y 11 LOPD). Por si esto fuera poco, el responsable del fichero, y, en su caso, el encargado del tratamiento deberán adoptar las medidas de índole técnica y organizativas necesarias que garanticen la seguridad de los datos de carácter personal y eviten su alteración, pérdida, tratamiento o acceso no autorizado (art 9 LOPD). El responsable del fichero y quienes intervengan en cualquier fase del tratamiento de los datos de carácter personal están obligados al secreto profesional respecto de los mismos y al deber de guardarlos. Ambas obligaciones subsistirán aun después de finalizar sus relaciones con el titular del fichero o, en su caso, con el responsable del mismo (art 19 LOPD). Autores como RIBAGORDA GARNACHO y CANALES GIL subrayan la importancia de estos extremos¹⁴⁸.

El régimen descrito tiene un impacto decisivo en el contexto laboral abordado por el presente trabajo de investigación, más aun desde la perspectiva tuitiva o protectora que el ordenamiento propio del mundo del trabajo depara a los trabajadores. Concretamente, en relación al uso por parte de los sindicatos, habría que introducir la idea de que el sindicato necesita tener una relación de datos personales de sus miembros para ordenar su actuación y mantenerse en contacto con ellos. El problema comienza cuando los usos dados a los datos que tienen los sindicatos en sus ficheros no fuera el adecuado. Concretamente sería la regulación del artículo 7.2 LOPD, al establecer que “sólo con el consentimiento expreso y por escrito del afectado podrán ser objeto de tratamiento los datos de carácter personal que revelen la ideología, afiliación sindical, religión y creencias”. Prosigue estableciendo una excepción: “Se exceptúan los ficheros mantenidos por los partidos políticos, sindicatos, iglesias, confesiones o comunidades religiosas y asociaciones, fundaciones y otras entidades sin ánimo de lucro, cuya finalidad sea política, filosófica, religiosa o sindical, en cuanto a los datos relativos a sus asociados o miembros, sin perjuicio de que la cesión de dichos datos precisará siempre el previo

¹⁴⁸ RIBAGORDA GARNACHO, A.: “Las medidas de seguridad en el borrador del nuevo Reglamento de la Ley Orgánica 15/1999, de protección de datos de carácter personal”, *Revista Española de Protección de Datos*, Madrid, 2007, Núm. 2, págs. 41 y sigs; CANALES GIL, A.: “El derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, Burgos, 2007, Núm. 12, págs.52-53.

consentimiento del afectado”. TRONCOSO REIGADA pone el acento en esta necesidad ineludible del consentimiento¹⁴⁹. Así pues, los datos relativos a los afiliados de un sindicato pueden ser tratados por la organización sindical sin el consentimiento expreso del trabajador, pero que sólo podrá hacerlo a los efectos de gestión interna del propio sindicato e información y comunicación con el trabajador, sin que la organización sindical pueda llevar a efectos otros “usos incompatibles”, más aun si se trata de ceder dichos datos, para lo cual (de acuerdo con el artículo 11 LOPD) sí que resultará necesario el consentimiento expreso del trabajador.

La cuestión reviste una incidencia especial en materia de elecciones sindicales. En efecto, en lo que concierne a la protección de datos para la elaboración del censo electoral en elecciones sindicales, cuando se trate de elecciones a delegados de personal, el empresario remitirá a los componentes de la mesa electoral el censo laboral (que se ajustará, a estos efectos, a modelo normalizado); cuando se trate de elecciones a miembros del comité de empresa, constituida la mesa electoral solicitará al empresario el censo laboral y confeccionará, con los medios que le habrá de facilitar éste, la lista de electores (artículo 74.3 ET). La mesa resolverá cualquier incidencia o reclamación relativa a inclusiones, exclusiones o correcciones que se presenten hasta veinticuatro horas después de haber finalizado el plazo de exposición de la lista, y publicará la lista definitiva dentro de las veinticuatro horas siguientes¹⁵⁰.

El Tribunal Supremo, al considerar que las limitaciones legales indicadas en la LOPD en materia de protección de datos constituyen “una clara previsión de derecho necesario, ello no supone que su contenido mínimo no pueda ser mejorado por la negociación colectiva en aras de mayores garantías y de una mejor y más completa participación de todos los sujetos implicados, que participen o aspiren a participar, en la elección de representantes unitarios de los trabajadores, en especial de los entes sindicales con implantación o presencia en el seno de la empresa, máxime si reparamos en que (...), la dispersión y el alto número de centros de trabajo que se dan en el sector de las entidades de ahorro y el reducido número de trabajadores destinados en cada uno de ellos, entre otras circunstancias, podría haber sido la

¹⁴⁹ Sería el parecer reflejado por TRONCOSO REIGADA, A.: “Libertad sindical, libertad de empresa y autodeterminación informativa de los trabajadores”, en AA.VV. (FARRIOLS I SOLA, A., Coord.): *La protección de datos de carácter personal en los centros de trabajo*, *Revista de Informática Jurídica*, José Cuervo Álvarez, Salamanca, 2011, págs. 114 y sigs.

¹⁵⁰ Para más ampliación, consultar RODRIGUEZ RAMOS, M. J.: *Las elecciones sindicales en la empresa y en los centros de trabajo*, Aranzadi, Pamplona, 2002.

principal razón por la que se pactó la entrega de los censos para que los sindicatos pudieran ejercer su labor de preparación de las candidaturas e incluso controlar el correcto contenido del propio censo¹⁵¹. Constatamos pues un más que sugestivo y poliédrico aspecto, que garantiza, no sólo unas garantías en el impacto informático del lado de los trabajadores, sino asimismo que el régimen protector asegura la adecuada representatividad del lado sindical, sin que ello pueda ser objeto de ataque o violación intolerable por parte del lado empresarial. Las líneas de creciente implicación hacia una gobernanza electrónica, asimismo en el ámbito de las relaciones laborales, se acrecientan pues con leyes como la LOPD, y la interpretación que de las mismas realiza la más alta jurisdicción.

La aplicación de las cuestiones relativas a la intimidad de datos personales en aspectos relativos al impacto de las TIC con referencia a las relaciones laborales está deparando algún que otro interesante pronunciamiento jurisprudencial en los tiempos más recientes. Como muestra cabe referir la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de septiembre de 2015¹⁵², Es una sentencia desde luego modélica en cuanto a su estructura y claridad expositiva, y resulta muy sugerente

La cuestión se suscitó cuando a raíz de una visita de la Inspección de Trabajo a instancias de las entidades sindicales representativas a una empresa del sector tecnológico¹⁵³, UNISONO. Cuando la Inspección pidió el libro de matrícula, detectó la incompatibilidad de una determinada cláusula con la legislación vigente. El origen estaba en el convenio colectivo aplicable. El texto de dicha cláusula daba a entender que en todos contratos tipo que se suscribiesen en el sector, el trabajador proporcionaba “de manera voluntaria a la empresa el número de teléfono móvil o su cuenta de correo electrónico, así como su compromiso para comunicar la inmediata variación de tales datos, al objeto de que se pueda comunicar por tales vías toda incidencia relativa al contrato, relación laboral o puesto de trabajo”. Con ciertos pasos vacilantes, la Audiencia Nacional dictamina la ilegalidad de dicha práctica.

¹⁵¹ STS de 27 de septiembre de 2007 (RJ 7095), F.J. 2º (RCL 1995, 997).

¹⁵² Recaída en el recurso de Casación Nº 259/2014 (RJ 4353).

¹⁵³ Iniciativa emprendida por los sindicatos Federación de Servicios Financieros y Administrativos de Comisiones Obreras (COMFIA-CC. OO.) Federación Estatal De Servicios de la Unión General de Trabajadores (FES-UGT), Unión sindical Obrera (U.S.O.), - Confederación General del Trabajo Confederación Intersindical Gallega (CIG), impugnando la cláusula que en tal sentido se incluía en el Convenio Colectivo de ámbito Estatal del Sector de *contact center* (antes *telemarketing*), Código de convenio número 99012145012002, que fue suscrito con fecha 23 de mayo de 2012, de una parte, por la asociación empresarial Asociación de *Contact Center* Española (ACE), recogido en BOE. Núm. 179 de 27 de julio de 2012, publicado por Resolución de 12 de julio de 2012, de la Dirección General de Empleo.

El asunto acabó en vía de casación ante el Tribunal Supremo, al recurrirse por tal patronal afectada el citado fallo desestimatorio que recibiera de la Audiencia Nacional. Los preceptos en juego de la normativa española propia en materia de protección de datos serían sustancialmente tres, los artículos 3 a) y 6 de la LOPD y el artículo 2.2 del RLOPD, los cuales planteaban serios problemas interpretativos en un caso de especie como el planteado, por cuanto dejarían abiertas ciertas interpretaciones que podrían dar pie a las tesis expuestas por la empresa recurrente, de que dicho clausulado tipo, aparte de estar recogido en convenio, resultaría ser conforme con la legalidad superior de la cual el convenio ha de ser tributario, pese al principio de autonomía colectiva constitucionalmente reconocido a las partes sociales¹⁵⁴. La sentencia dictada en casación es muy rica en cuanto a las referencias constitucionales, y dilucida entre dos componentes en juego. Por un lado hay un poder empresarial de libre disposición y control sobre los datos personales por motivos laborales y profesionales justificados, mientras que por otro lado dicho poder de control no es absoluto ni ilimitado.

Los argumentos de la parte recurrente son desbaratados uno por uno por el Tribunal Supremo. El primero de ellos, de que no es preciso el consentimiento expreso del trabajador y que bastaba con el clausulado tipo introducido en los contratos por aplicación del convenio resulta ser improcedente. La excepción contemplada en la LOPD y RLOPD ha de incluirse a datos propios del desempeño profesional, y no genéricamente a datos generales de cualquier especie (incluso no profesionales) de los que el trabajador pudiera disponer. El segundo elemento, ligado al anterior, y que supone que no era precisa la exigencia de consentimiento al trabajador, es asimismo descartada, y en unos términos que resultan ser muy interesantes para nuestro marco investigador. Dice el Tribunal Supremo: “Tampoco podemos aceptar el distorsionado planteamiento que de la cuestión litigiosa hace el recurso, cuando argumenta que a nadie se le impone ni la adquisición de los instrumentos para

¹⁵⁴ Efectivamente, los dos últimos preceptos se configuraban como especialmente inquietantes en un contexto como el planteado por cuanto de los mismos refiere el TS, conformemente a la versión española de transposición de la Directiva 95/46 de la cual la LOPD trae causa (y cuyo régimen será objeto a los efectos de nuestra investigación en el capítulo sexto), que *“el artículo 6 LOPD si bien en su apartado 1 el precepto subordina el tratamiento de datos de carácter personal a inequívoco consentimiento del afectado, su apartado 2 exime de tal regla a los datos de carácter personal que surgen en el ámbito de una relación laboral y son necesarios para el mantenimiento o cumplimiento de ésta”*. Por otro lado el artículo 2.2 RLOPD *“excluye de la referida protección en el marco de tales relaciones laborales a la dirección postal o electrónica, teléfono y número de fax profesionales”* (FJ 1º). Entendemos a título personal que aunque no se sugiriese tal posibilidad por ninguna de las partes ni por las jurisdicciones que entendieron del asunto, y el fallo del Tribunal Supremo lo entendemos como adecuado, una cuestión prejudicial al respecto dirigida al Tribunal de Justicia de la Unión Europea con relación a la Directiva 95/46 hubiera sido más que adecuada, puesto que la entidad del asunto planteado así lo hubiera merecido.

proporcionar los datos en cuestión [teléfono móvil; ordenador personal] ni la obligada aportación de los datos [número de teléfono y cuenta de correo]; y que el clausulado evidencia la voluntariedad de su aportación. Este Tribunal en absoluto niega que voluntariamente puedan ponerse aquellos datos a disposición de la empresa, pues ello es algo incuestionable; es más, incluso pudiera resultar deseable, dado los actuales tiempos de progresiva pujanza telemática en todos los ámbitos. A lo que exclusivamente nos oponemos es que en el contrato de trabajo se haga constar - como específica cláusula/tipo- que el trabajador presta su «voluntario» consentimiento a aportar los referidos datos personales y a que la empresa los utilice en los términos que el contrato relata, siendo así que el trabajador es la parte más débil del contrato y ha de excluirse la posibilidad de que esa debilidad contractual pueda viciar su consentimiento a una previsión de negocio referida a un derecho fundamental, y que dadas las circunstancias (se trata del momento de acceso a un bien escaso como es el empleo) bien puede entenderse que el consentimiento sobre tal extremo no es por completo libre y voluntario”.

Emerge pues un elemento esencial, cual es la defensa de la intimidad del trabajador desde el punto de vista de las TIC, y que no pueda usarse la tradicional debilidad laboral del trabajador, y más aún en un contexto de crisis, para atender con este derecho protector de intimidad telemática a cargo del empresario.

Finalmente el tercero de ellos radica en la consideración de que tal manejo carecería de toda justificación empresarial, trascendencia o utilidad desde el punto de vista económico para la empresa, convirtiéndose por ello en una mera herramienta injustificada de control o fiscalización personal del trabajador, y en consecuencia, invasivo de su intimidad personal.

En resumen, la argumentación de la doctrina constitucional, y que fundamenta lo sustancial del fallo del Tribunal Supremo para el asunto, aparece expuesta en torno a tres ideas modulares:

a) “La celebración de un contrato de trabajo no implica la privación -para el trabajador- de los derechos que la Constitución le reconoce como ciudadano, así como tampoco la libertad de empresa (artículo. 38 CE) justifica que los empleados «hayan de soportar limitaciones injustificadas de sus derechos fundamentales, porque el ejercicio de las facultades organizativas del empresario no puede

traducirse en la producción de resultados inconstitucionales, lesivos de los derechos fundamentales del trabajador”¹⁵⁵.

b) “Dada la posición preeminente de los derechos y libertades constitucionales en el ordenamiento jurídico, la modulación que el contrato de trabajo pueda producir en su ejercicio habrá de ser la estrictamente imprescindible para el logro de los legítimos intereses empresariales y proporcional y adecuada a la consecución de tal fin”¹⁵⁶.

c) “Y que si bien por una parte, los derechos fundamentales del trabajador deben adaptarse a los requerimientos de la organización productiva en que se integra”; igualmente “las facultades empresariales se encuentran limitadas por los derechos fundamentales del trabajador”, de modo que “la efectividad de los derechos fundamentales del trabajador en el ámbito de las relaciones laborales debe ser compatible (...) con el cuadro de límites recíprocos que pueden surgir entre aquéllos y las facultades empresariales, las cuales son también expresión de derechos constitucionales reconocidos en los artículos 33 y 38 CE”¹⁵⁷.

1.3.- Vigilancia electrónica ejercida sobre la actividad de los trabajadores

Es esta una cuestión que ha venido interesando marcadamente a cierta parte de la doctrina¹⁵⁸. Esta comienza por apoyarse en la legislación vigente (artículo 5.1 f) RLOPD), a cuyo tenor: “Son datos de carácter personal cualquier información numérica, alfabética, gráfica, fotográfica, acústica o de cualquier otro tipo concerniente a personas físicas identificadas o identificables”. Así los principios vistos anteriormente sobre de protección de datos personales son de aplicación al

¹⁵⁵ Se citan las SSTC 94/1984, de 16 de octubre; 171/1989, de 19/Octubre; 186/1996, de 25 de noviembre; 196/2004, de 15 de noviembre; 125/2007 de 21 de mayo; y 56/2008, de 14 de abril, FJ 6, STS de 12 de marzo de 2012 –en recurso Nº 254/11 -; y STS de 8 de marzo de 2011 recaída en recurso Núm. 1826/10.

¹⁵⁶ Menciona aquí el Tribunal Supremo entre otras las SSTC siguientes: 6/1982, de 21 de enero, FJ 8; 106/1996, de 12 de junio, FJ 5; 204/1997, de 25 de noviembre, FJ 2 ; 1/1998, de 12 de enero, FJ 3; 90/1999, de 26 de mayo, FJ 3; 98/2000, de 10 de abril, FJ 7 ; 80/2001, de 26 de marzo, FJ 3; 20/2002, de 28 de enero, FJ 4; 213/2002, de 11 de noviembre, FJ 7 ; y 126/2003, de 30 de junio , FJ 7; 99/1994, de 11 de abril, FJ 7 ; 106/1996, de 12 de junio FJ 4; 99/1994, de 11 de abril, FJ 7 ; 6/1995, de 10 de enero, FJ 3 ; y 136/1996, de 23 de julio, FJ 7; 181/2006, de 19 de junio, FJ 6.

¹⁵⁷ En apoyatura de tales aseveraciones se invocan las SSTC de 88/1985, de 19 de julio, FJ 2, 151/2004, de 20 de septiembre, FJ 7; y 56/2008, de 14 de abril, FJ 6. Se cita aparte la STS de 8 de marzo de 2011, recaída en recurso 1826/10.

¹⁵⁸ DESDENTADO BONETE, A.: “Contrato de trabajo y nuevas tecnologías. Una nota sobre algunas cuestiones de actualidad: prueba electrónica, garantías de la intimidad y uso sindical del correo electrónico”. *Revista del Poder Judicial*, Madrid, 2009, Núm. 88, págs. 241-265.

uso de cámaras, videocámaras y a cualquier medio técnico análogo, que capte o registre imágenes, ya sea con fines de vigilancia u otros en los supuestos en los que exista una grabación, captación, transmisión, conservación, o almacenamiento de imágenes, incluida su reproducción o emisión en tiempo real o un tratamiento que resulte de los datos personales relacionados con aquéllas, siempre que tales actividades vengan referidas a datos de personas identificadas o identificables¹⁵⁹. El régimen jurídico de tan interesante y compleja cuestión se completa asimismo con la establecida en el artículo 20.3 ET, según el cual, el empresario puede adoptar las medidas que estime oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales, guardando en su adopción y aplicación la consideración debida a su dignidad humana¹⁶⁰.

Destaca en este terreno la Instrucción 1/2006, de 12 de diciembre, de la AEPD sobre el tratamiento de datos personales con fines de vigilancia a través de sistemas de cámaras o videocámaras. En la misma, la AEPD remite en su artículo 2 a lo previsto en el artículo 6.1 y 2 de la LOPD, donde se establece que “el tratamiento de los datos de carácter personal requerirá el consentimiento inequívoco del afectado, salvo que la Ley disponga otra cosa”, sin perjuicio de que dicho consentimiento podrá quedar excluido, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 6.2 cuando, el tratamiento sea necesario para el adecuado desenvolvimiento de la relación laboral de los trabajadores con la empresa¹⁶¹. Se desprende que la normativa vigente no legitima por sí solo el tratamiento de las imágenes, si bien este será posible, aún sin contar con el consentimiento del afectado en caso de que el trabajador haya sido

¹⁵⁹ ÁLVAREZ HERNANDO, J. *Guía práctica sobre Protección de Datos: cuestiones y formularios*, Lex Nova, Valladolid, 2011, págs. 22 y sigs.

¹⁶⁰ Sin salir del mismo ET, su artículo 64.1 que el comité de empresa tiene derecho a ser informado y consultado por el empresario sobre aquellas cuestiones que puedan afectar a los trabajadores, y en el punto 5 que el comité de empresa tiene derecho a emitir informe, con carácter previo a la ejecución por parte del empresario de las decisiones adoptadas por éste, sobre las siguientes cuestiones, entre otras, el apartado f) se refiere a la implantación y revisión de sistemas de organización y control del trabajo. Como elemento de equilibrio, el mismo precepto dispone que debe ser su comunicado a los representantes de los trabajadores, y así establece que: “El comité de empresa tendrá derecho a ser informado y consultado por el empresario sobre aquellas cuestiones que puedan afectar a los trabajadores...” y en el punto 5 que “El comité de empresa tendrá derecho a emitir informe, con carácter previo a la ejecución por parte del empresario de las decisiones adoptadas por éste, sobre las siguientes cuestiones: (...) f) La implantación y revisión de sistemas de organización y control del trabajo, estudios de tiempos, establecimiento de sistemas de primas e incentivos y valoración de puestos de trabajo”.

¹⁶¹ La línea acabada de exponer se perpetúa en el Informe Gabinete Jurídico de la AEPD Núm. 0006/2009, Artículo 1.

debidamente informado de la existencia de esta medida, debiendo además ser claro que los datos no podrán ser utilizados para fines distintos¹⁶².

Como seguidamente apreciaremos, no se puede obviar el sentir de varios Tribunales Superiores de Justicia, en virtud de la cual dichas medidas (caso de las relacionadas con la utilización de internet y correo electrónico) han de comunicarse expresamente al trabajador, pasando así a formar parte sustancial de la relación laboral, siendo el tratamiento de los datos necesario para el adecuado desenvolvimiento de dicha relación. A modo de síntesis, ÁLVAREZ HERNANDO¹⁶³ resume los parámetros esenciales que debe asumir el empresario responsable del control del uso del correo electrónico en el seno de su empresa. En primer lugar, “los datos (es decir, las imágenes grabadas) no podrán ser utilizadas por parte del empresario, para fines distintos que los propios de vigilancia y control”¹⁶⁴; en segundo término, “deberá respetar el principio de proporcionalidad, es decir, el empresario podrá adoptar esta medida cuando no exista otra más idónea para conseguir los fines perseguidos de vigilancia y control”.

Debe indicarse que la cuestión de la vigilancia electrónica por parte del empresario conoce una rica casuística, que impone verdaderos modos anglosajones de precedente jurisprudencial. Resulta muy interesante ver el papel del Juez a la hora de validar o proscribir conductas, convirtiéndose en un verdadero árbitro o moderador de conductas sociales en cuanto los medios electrónicos entran en la esfera relacional de los sujetos. De entrada, los pronunciamientos del Tribunal Constitucional, desde su cometido esencial de supremo intérprete de la esfera de los Derechos fundamentales, han considerado que la instalación de videovigilancia con la finalidad de control en determinados puestos laborales es conforme al principio de proporcionalidad con otros derechos o de limitación de tales derechos¹⁶⁵. La

¹⁶² Informe Gabinete Jurídico AEPD Núm. 0006/2009, precitado, Pág. 2, que hace cita del artículo 20.3 ET y del artículo 4.2 LOPD. Y el artículo 3 del referido Informe indica: “Los responsables que cuenten con sistemas de videovigilancia deberán cumplir con el deber de información previsto en el artículo 5 de La Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre. A tal fin deberán: a) Colocar, en las zonas videovigiladas, al menos un distintivo informativo ubicado en lugar suficientemente visible, tanto en espacios abiertos como cerrados y, b) Tener a disposición de los/las interesados/as impresos en los que se detalle la información prevista en el artículo 5.1 de la Ley Orgánica 15/1999. El contenido y el diseño del distintivo informativo se ajustará a lo previsto en el Anexo de esta Instrucción”.

¹⁶³ ÁLVAREZ HERNANDO, J.: *Guía práctica sobre Protección de Datos...*, Op. cit, pág. 29.

¹⁶⁴ Conforme a lo exigido por el artículo 4.2 LOPD, en su interpretación jurisprudencial acabada de referir.

¹⁶⁵ En este sentido cabe citar la STC de 10 de julio de 2000. Aparte, el Tribunal Constitucional, en reiteradas ocasiones (STC 99/1994, 6/1995, 186/2000, entre otras), ha señalado que “desde la prevalencia de los derechos fundamentales, su limitación por parte de las facultades empresariales

jurisdicción ordinaria también sigue dicha estela; al entender que resulta posible, cuando sea necesaria para el correcto cumplimiento del control de las obligaciones laborales, la instalación de medios de grabación en los lugares de trabajo, aunque sólo se deben captar imágenes en los espacios indispensables para satisfacer las finalidades de control laboral¹⁶⁶. Tampoco vulnera derecho alguno del trabajador (como premisa general, y siempre en consideración de cada supuesto concreto) la grabación de imágenes en lugares públicos como bares y comedores¹⁶⁷. Por otro lado, no es válida la grabación en otros espacios en los que se entiende que debe prevalecer la protección de la intimidad (vestuarios, aseos, lugares de descanso, lugares de reunión y similares). Debe igualmente ponderarse si la instalación se hace indiscriminada y masivamente o no, si la misma se efectúa a sabiendas de los vigilados o no, aparte de tener en cuenta las razones que justifican la implantación de estos medios, que habrán de tener siempre un motivo laboralmente justificado¹⁶⁸.

El límite máximo tolerable en cuanto a admisión de medidas de vigilancia ha sido tratado por algún pronunciamiento¹⁶⁹, explicativo de un cierto código de conducta para la vigilancia electrónica en los propios centros de trabajo. Así las cosas, resulta admisible la instalación de una cámara oculta en el pasillo de acceso a los servicios para comprobar si se utilizaban irregularmente las tarjetas de acceso a los mismos, extremo sobre el que existían sospechas. No es inconstitucional que esta medida se haga de forma oculta, cuando ello sea necesario por la finalidad pretendida, sin que tampoco produzca nulidad de la prueba la falta de informe previo del comité de empresa o delegados de personal¹⁷⁰, al tratarse de un sistema de control del trabajo,

sólo puede derivar del hecho de que la propia naturaleza del trabajo contratado implique la restricción del derecho". De acuerdo con ello, la videovigilancia por motivos de seguridad, en la medida que implica un tratamiento con imágenes, es decir, con datos personales, y supone una restricción de derechos fundamentales del trabajador, debe entenderse en sentido restrictivo y limitado a los casos en que exista una necesidad real de seguridad. No obstante, el Tribunal Constitucional (STC 196/1987) se ha manifestado partidario de entender como interés constitucionalmente relevante la existencia de una finalidad de seguridad preventiva y genérica, y por lo tanto, entiendo, como parece entender la propia AEPD, que cabe emplearse medidas de videovigilancia con esa genérica finalidad en los centros de trabajo.

¹⁶⁶ STSJ de Asturias de 22 de marzo de 2002, RJ 2922/2001, STSJ de Extremadura de 14 de abril de 2004, Rec. 154/2004 y STSJ de Madrid de 6 de julio de 2004, RJ 315/2004.

¹⁶⁷ STSJ de Galicia de 22 de octubre de 2002, RJ.4211/2002) o grandes almacenes (STSJ Galicia de 29 de marzo de 2001, RJ 1119/2001.

¹⁶⁸ SSTSJ de Madrid de 27 de junio de 2007, RJ 2233/2007 y de 20 de diciembre de 2006, Rec. 3688/2006.

¹⁶⁹ STSJ de Murcia núm. 156/2003 de 3 febrero (RJ 2003\468).

¹⁷⁰ De conformidad con el artículo 64.5.f) ET.

pues podría frustrar la propia finalidad de la prueba¹⁷¹. Debe respetarse el derecho a la propia imagen de los trabajadores, además de la vida privada en el entorno laboral no registrando en particular las conversaciones privadas. Y se debe garantizar el cumplimiento del principio de información en la recogida de las imágenes, mediante la presencia de carteles informativos y tener a disposición de los interesados impresos para el ejercicio de los derechos de acceso y cancelación¹⁷².

Se recomienda que, con el objeto de reforzar el principio de información, además de la comunicación a la representación sindical, como con anterioridad señalamos, la presencia de videovigilancia debe estar anunciada de antemano por medio de los indicativos homologados, así como en la intranet corporativa de la empresa, en el caso de existir¹⁷³. Pero no basta con dicha información a la parte laboral, sino que la empresa debe proceder también a la inscripción del fichero de videovigilancia en el Registro General de Protección de Datos. Deben además ser comunicados de igual modo los contratos que se formalicen con terceros y que permitan el acceso a empresas de seguridad con motivo del mantenimiento del sistema, especialmente cuando ello implique un acceso a las imágenes, ya sea éste puntual o continuado¹⁷⁴.

La intimidad no sólo afecta a las imágenes, sino también, y muy particularmente, al sonido o audio. En principio, la captación de audio podría desbordar el principio de proporcionalidad, por cuanto aquélla podría revestir el carácter de una intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad, si se hace de manera indiscriminada o aleatoria¹⁷⁵. En principio la captación de audio resulta incluso ser más invasiva que la de imágenes, por cuanto permite enterarse no sólo de lo que se dice con relación al trabajo, sino que puede incluir pasajes relativos a la vida íntima del trabajador. Sin embargo, y en contraposición a lo acabado de decir, la grabación oculta de conversaciones podría ser admisible, siempre que la efectúe una de las personas que intervienen en la misma, pues el secreto de las comunicaciones existe frente a

¹⁷¹ STC 186/2000 de 10 de julio y, entre otras muchas, las citadas STSJ de Extremadura de 14 de abril de 2004, RJ. 154/2004 y STSJ de Madrid de 6 de julio de 2004, RJ 315/2004.

¹⁷² ÁLVAREZ HERNANDO, J.: Op. cit, Pág. 30.

¹⁷³ Sobre estos extremos véase en su integridad el artículo de RODRÍGUEZ LÓPEZ DE LEMUS, P.: "Videovigilancia con fines de seguridad privada y control laboral", *Revista El Derecho, Francis Lefebvre*, Madrid 2013, págs. 5 y sigs.

¹⁷⁴ Por mandato del artículo 12 de la LOPD y 20 y siguientes del RLOPD.

¹⁷⁵ Según señaló la STC 98/2000, FJ 2.

terceros, no entre quienes intervienen en la misma¹⁷⁶, o, aunque directamente no lo haga una de ellas, cuando la grabación cuente con la conformidad de alguna de las personas que intervengan en la misma (por ejemplo, cuando la grabación se encargue a un detective provisto de la pertinente licencia) y se trate precisamente de comprobar su denuncia de un fraude que se estaba produciendo a la empresa¹⁷⁷.

Pero no es sólo el empresario el sujeto que ha de resultar potencialmente limitado en el uso que hace de la vigilancia electrónica respecto a sus trabajadores en las condiciones limitadas que hemos venido describiendo. Los representantes de los trabajadores tienen atribuidas, entre otras funciones, la vigilancia del cumplimiento de las normas vigentes en materia laboral, y por ello mismo pueden reclamar al empresario los materiales de grabación que éste haya efectuado con respecto de los trabajadores (Artículo 64.1.9 ET). Pero al no ser dichos representantes propiamente órganos de la empresa, la puesta a su disposición a los mismos por parte del empresario, sea de los instrumentos de videovigilancia, o sea la entrega total o parcial de las imágenes o grabaciones de los trabajadores, constituye una cesión de datos, sujeta a los requisitos de la legislación vigente¹⁷⁸. Ello implica irremisiblemente la necesidad del consentimiento de los trabajadores afectados (es decir, de todos los que hayan sido captados por las cámaras). Consecuentemente, los representantes de los trabajadores no son titulares del derecho de acceso a los datos personales (en este caso, a las imágenes). Se trata de un derecho personalísimo que solo puede ejercitar el propio trabajador interesado, salvo que éste haya otorgado un poder específico para ello, por lo que bien pudiera atribuirse expresamente dicha posibilidad de ejercicio a un representante de los trabajadores.

Más recientemente existe un cierto número de pronunciamientos jurisprudenciales, algunos de procedencias inesperadas, como es la jurisdicción civil, en donde los aspectos de la vigilancia, el control e incluso las grabaciones verificadas desde las empresas para verificar las conductas y comportamiento de los trabajadores se han planteado con carácter general (ello sin perjuicio de contextos más o menos análogos que podremos estudiar posteriormente en aspectos si cabe aún más específicos, como en el caso del correo electrónico, cuando lleguemos al subepígrafe correspondiente dentro de este mismo capítulo que ahora nos ocupa).

¹⁷⁶ SSTSJ de la Comunidad Valenciana de 13 de febrero de 2003, RJ 3314/2003, de Cataluña de 24 de enero de 2006, RJ 7170/2005 y de Madrid de 24 de marzo de 2006, RJ 304/2006.

¹⁷⁷ STSJ de la Comunidad Valenciana de 15 de septiembre de 2004, RJ 1655/2003.

¹⁷⁸ Concretamente, según artículo 11 de la LOPD.

Al menos tres de estos pronunciamientos merecen una reflexión mucho más detallada en esta parte de nuestro desarrollo investigador.

Haremos una primera remisión a un supuesto que resulta tremendamente llamativo en cuanto a los hechos en que se produjo, y recogido en la sentencia en suplicación emitida por el Tribunal de Justicia de Castilla-La Mancha de 23 de marzo de 2015, en el cual el seguimiento de los movimientos por GPS del trabajador y la detección de itinerarios y paradas no relacionados con la actividad laboral estaban en la justificación de un despido disciplinario¹⁷⁹. Indicaremos que en referido pronunciamiento entran en colisión dos entornos distintos, cual es el propiamente procesal, que impide una revisión fáctica en vía de suplicación salvo circunstancias muy tasadas, y el entorno propiamente relativo a la cuestión de la vigilancia ejercida sobre los movimientos del trabajador por parte de la empresa y a sobre quién recae la prueba de demostrar la licitud o no, a efectos de despido de dichos movimientos. En el fallo del Tribunal las cuestiones procesales tienen una incidencia esencial, con un matiz que a la postre resulta ser bastante restrictivo y conservador¹⁸⁰.

¹⁷⁹ Producida en recurso 328/2015, el caso consistía en la situación de un vigilante de seguridad que realiza labores de vigilancia en el entramado de ADIF, cliente de la empresa, la cual constató, como del relato fáctico se desprende que dicho vigilante habría en dos fechas concretas que cuando tenía asignado la protección y vigilancia activa en ruta de las Líneas de Alta Velocidad objeto de supervisión “que el vehículo asignado en esos días habría estado fuera de las rutas del servicio establecida y que el GPS del vehículo indica que el coche habría estado totalmente parado, en una localidad ajena a la vigilancia un domicilio particular, ello, sin previo aviso ni autorización de la empresa”. Para eliminar los efectos que justificaban el despido disciplinario el recurrente intentó aportar determinadas pruebas en descargo, consistentes en demostrar que el vehículo estaba con problemas en los neumáticos, y que debía aportarse por la empresa una factura justificativa de la reparación de los mismos, lo que la empresa no hizo. A este respecto el Tribunal (FJ. 3º) consideró que “la empresa no ha acreditado haber informado al trabajador que el dispositivo de localización GPS del vehículo cumplía los requisitos exigidos por el artículo 5.1 de la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal, declarando la ilicitud de dicho medio probatorio y por lo tanto sin eficacia probatoria alguna en el presente caso”. Y por extensión, se denuncia infracción al artículo 5.2 de la misma LOPD y del artículo 18.4 de la CE, por cuanto “no fue informado por la empresa del establecimiento de un sistema GPS en el vehículo que tenía asignado para el desempeño de sus funciones de vigilancia, es el ilegal uso por parte de la empresa del mismo, y la subsiguiente imposibilidad de sustentarse en los datos obtenidos a través de la información por él suministrada para proceder a su despido”.

¹⁸⁰ Y que son expuestos por el Tribunal con relación al siguiente elenco (FJ. 5º), el cual tiene pese a todo un indudable valor en cuanto a su aplicación inclusive en un contexto de LOPD: “Considerando como requisitos a tener en cuenta para la procedencia de la revisión fáctica:

- 1.- Imposibilidad de aducir cuestiones fácticas nuevas no discutidas en el procedimiento.
- 2.- Precisión y claridad en la concreción del hecho o hechos a revisar.
- 3.- Determinación explícita y concreta de las pruebas documentales o periciales que sirvan de sustento a su pretensión, no siendo viables las interpretaciones distintas de las mismas pruebas ya valoradas por el Juez “a quo”.
- 4.- No pueden servir para la revisión la referencia genérica a las pruebas practicadas, ni la alegación de inexistencia de prueba de hechos declarados como acreditados, ni la mención de determinados medios probatorios desvirtuados o contradichos por otros también incorporados a las actuaciones.

El segundo pronunciamiento al que haremos referencia en un contexto de limitaciones a los derechos de intimidad del trabajador que pueden ser usados por el empresario a los efectos de una acción disciplinaria la tenemos en la sentencia del Tribunal Constitucional 29/2013 de 11 de febrero¹⁸¹. La cuestión esencial radica en si el trabajador estaba o no en condiciones de conocer el sistema de vigilancia

5.- El error del Juzgador debe inferirse directamente de las específicas pruebas documentales o periciales aducidas, y no de hipótesis, conjeturas o razonamientos efectuados a partir de las mismas.

6.- Debe ofrecerse el correspondiente texto alternativo que se pretenda vaya a sustituir al llamado a ser suprimido.

7.- Por último, es necesario que la revisión propuesta, a través de la modificación, supresión o adición instada, resulte trascendente o relevante en orden al enjuiciamiento y resolución del tema litigioso objeto de debate.

Consideraciones las indicadas que aplicadas al caso examinado impiden acceder a la petición revisoria efectuada, por cuanto que la misma, lejos de sustentarse en pruebas de carácter documental o pericial de las que se pueda derivar el posible error valorativo cometido por la Juzgadora de instancia, lo que pretende es que se supriman los datos obtenidos y trasladados por dicha Juzgadora al relato fáctico, y ello en virtud del resultado extraído de las declaraciones efectuadas por diversos testigos, petición carente de toda efectividad”.

¹⁸¹ Explicativa de un contexto que como el mismo Tribunal refiere, planteaba el caso de la presunta “vulneración del derecho fundamental a la protección de datos (artículo 18.4 CE), lo que se sustentaba en la utilización no consentida, ni previamente informada, de determinadas grabaciones para un fin, desconocido por el afectado, de control de su actividad laboral”. Es una sentencia capital que cabe mencionar aquí, pero cuyo detalle omitimos por ser paralela y escrupulosamente respetada en el pronunciamiento elegido aquí para nuestros comentarios. Para mayor indagación acerca de dicho pronunciamiento Vid. FONS CARBONELL, M. R.: “Tribunal Constitucional y vigilancia, comentarios a la reciente jurisprudencia”, *XXV Jornadas Catalanas de Derecho Social*, Barcelona 2014, Pág. 237 y sigs. Aquí el contexto era diferente y se otorgó el amparo solicitado, dado que el desconocimiento del sujeto de que estaba siendo objeto de grabaciones, aunque éstas tenían al parecer todos los permisos, era absoluto. Así las cosas, El TC concluyó que “no hay en el ámbito laboral, por expresarlo en otros términos, una razón que tolere la limitación del derecho de información que integra la cobertura ordinaria del derecho fundamental del artículo 18.4 CE. Por tanto, no será suficiente que el tratamiento de datos resulte en principio lícito, por estar amparado por la Ley (artículos 6.2 LOPD y 20 LET), o que pueda resultar eventualmente, en el caso concreto de que se trate, proporcionado al fin perseguido; el control empresarial por esa vía, antes bien, aunque podrá producirse, deberá asegurar también la debida información previa”, por lo que las sanciones impuestas con base en esa única prueba, lesiva de aquel derecho fundamental, deben declararse nulas”.

Es de destacar la presencia en dicho fallo del voto particular del Magistrado Sr. Ollero Tassara, en función del cual “no puede entenderse en el citado supuesto de hecho que nos encontremos ante el interés empresarial de controlar la actividad de los trabajadores a través de sistemas sorpresivos de vigilancia, pues la Universidad contaba con diecinueve autorizaciones de la Agencia Estatal de Protección de Datos y distintivos señaladores de tal existencia, sin entender que no se valorara la alegación del Ministerio Fiscal sobre la no vigencia de la Instrucción 1/2006, de 8 de noviembre, de la Agencia de Protección de Datos a la fecha de la comisión de los hechos y de la imposición de la sanción, a pesar de ser alegado por el demandante como hecho nuevo y posterior a la sentencia de instancia en el recurso de suplicación. Establece en su fundamento jurídico 3 que las medidas de vigilancia y control por parte del empresario han de ser proporcionadas, tras ponderarse las exigencias de los derechos fundamentales en juego (...).Por último, entiende que la sentencia no se acoge, a la hora de constatar una posible vulneración de la protección de datos a su posible utilización para finalidad diversa de la que había justificado la videovigilancia, concluyendo que hubiera sido muy útil como precedente la STC 202/1999, de 8 de noviembre, que no fue citada”.

establecido por la empresa. La concepción garantista a favor del trabajador reporta notables limitaciones a las prerrogativas de vigilancia a cargo de la empresa¹⁸².

La tercera muestra que analizaremos es la sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 20 de noviembre de 2014, recaída en recurso 3402/2012, y que supone un interesante giro, por cuanto las desavenencias entre las partes enfrentadas, el apoderado de la empresa demandante y una empresa demandada, autora de unas discutidas grabaciones de móvil acaban residenciándose, a partir en un pleito civil por indemnización por presunta lesión al derecho a la intimidad, hasta su conocimiento por la jurisdicción penal. No hay pues una relación laboral entre las partes afectadas; pero por analogía el ejemplo supone un interesante contexto de caso inverso, esto es, que el autor de una labor de vigilancia o grabación sea el empresario a instancias de su agente, aunque sea un apoderado, y no lo que puede parecer la situación normal, esto es, que suceda al revés, que es que el trabajador aparece como sujeto investigado sin su conocimiento. De dicha conversación no obstante sí que aparecen elementos susceptibles de minar la situación del escuchado, en cuanto a trabajador de la otra empresa.

Los hechos probados remitidos de las anteriores instancias que entendieron del procedimiento habría tomado una deriva penal por iniciativa del trabajador, pero tocando los aspectos más básicos y tradicionales de la protección de los derechos y

¹⁸² Para el Tribunal Constitucional (FF. JJ. 3º y 4º): “Tampoco podría situarse su fundamento en el interés empresarial de controlar la actividad laboral a través de sistemas sorpresivos o no informados de tratamiento de datos que aseguren la máxima eficacia en el propósito de vigilancia. Esa lógica fundada en la utilidad o conveniencia empresarial haría quebrar la efectividad del derecho fundamental, en su núcleo esencial. En efecto, se confundiría la legitimidad del fin (en este caso, la verificación del cumplimiento de las obligaciones laborales a través del tratamiento de datos, artículo 20.3 del ET en relación con el artículo 6.2 LOPD) con la constitucionalidad del acto (que exige ofrecer previamente la información necesaria, artículo 5 LOPD), cuando lo cierto es que cabe proclamar la legitimidad de aquel propósito (incluso sin consentimiento del trabajador, artículo 6.2 LOPD) pero, del mismo modo, declarar que lesiona el artículo 18.4 CE la utilización para llevarlo a cabo de medios encubiertos que niegan al trabajador la información exigible”.

Pero este no resulta ser el caso de especie, dado que el Tribunal sí que considera que hay conocimiento por parte del trabajador. En efecto, para desestimar el recurso del afectado el Tribunal que la exigencia de que el trabajador conozca de la existencia y operatividad de dichos dispositivos junto con “la necesaria y suficiente información a dichos trabajadores de su instalación, y de la finalidad que con la misma se persigue”. En la situación tratada el Tribunal considera que (F. J. 5º): “por lo que se refiere al caso examinado se cumplió, siendo ello una cuestión que se declara expresamente acreditada en los hechos probados de la sentencia impugnada, según los cuales el actor tenía conocimiento de que en el vehículo de la empresa que usaba para realiza su trabajo se había instalado un GPS, y, además, el propio actor suscribió un documento sobre tratamiento de datos, en los que prestaba su expresa conformidad, y siendo ello así deberá concluirse en la ausencia de las vulneraciones legales denunciadas, siendo legítimo el uso por parte de la empresa de los datos suministrados por el aludido sistema de vigilancia, elementos que ponen en evidencia de que el actor incumplió sus obligaciones laborales en los términos recogidos en la carta de despido, cuya certeza no ha sido puesta en duda. Todo lo cual implica la necesaria desestimación del recurso y la confirmación de la sentencia impugnada”.

libertades fundamentales¹⁸³. Por otro lado, las argumentaciones de la parte contraria, esto es, la empresa, fundamentaban su actuación en posiciones tendentes a eludir toda responsabilidad penal y a justificar la vigilancia en el conjunto de prerrogativas de control y vigilancia competencia del empresario¹⁸⁴. Indíquese que en fases anteriores del procedimiento, como fueron las verificadas ante la Audiencia

¹⁸³ Así (Considerando 1º): "a) el 12 de agosto de 2009 la demandada grabó con su teléfono portátil una conversación que mantuvo con el demandante, apoderado de la sociedad mercantil Ibex European Express, S.L.; b) en dicha grabación se escuchaba que el demandante le entregaba a la demandada una carta por la que se la amonestaba formalmente y se le imponía una sanción de suspensión de trabajo y sueldo; c) dicha grabación se había realizado sin el conocimiento del demandante y sin autorización judicial; d) atendiendo a lo dispuesto en el artículo 7.1 de la LO 1/1982, la grabación efectuada por la demandada, no autorizada por la autoridad competente o amparada en alguna de las excepciones del artículo 8 de la misma LO 1/1982, constituiría una intromisión ilegítima porque se realizó en el ámbito privado del domicilio de la empresa y sin conocimiento por parte del demandante, apoderado de la misma; e) aunque no pudiera entenderse que "el aparato apto para grabar la conversación estuviera emplazado en el domicilio de la empresa no es menos cierto que es plenamente coherente con la finalidad de la ley el hecho de que se tutele igualmente la intimidad en los casos en los que sea el infractor quien porte consigo el mencionado aparato de grabación, como fue el caso"; y f) por todo lo expuesto procedía que se condenase a la demandada a indemnizar al demandante "con 3.000 € por la lesión del derecho constitucional a la intimidad".

¹⁸⁴ Queda expuesto (Considerando 2º) que : "a) mientras se mantuvo vigente la relación laboral entre la demandada y la empresa de la que el demandante era apoderado, "estuvo sometida a un hostigamiento laboral continuado e inusitado que participó desde vejaciones y ofensas verbales y escritas, impago deliberado de salarios, ostracismo laboral, sanciones reiteradas indebidas, falta de entrega de nóminas, etc., cuyo fin era la consecución del desistimiento de la actora a su puesto de trabajo"; b) dicha situación motivó varias intervenciones de la Inspección de Trabajo de Vizcaya y de los tribunales de la jurisdicción social, que "estimaron sistemáticamente todas y cada una de las demandas que la demandada se vio compelida a interponer para cuestiones tan elementales como recibir sus salarios reconocidos y debidos, impugnar sanciones indebidas y desproporcionadas y desmedidas"; c) realizó la grabación porque "estaba en la creencia, como luego así se confirmó que ese día iba a pasarle algo, ya que el día anterior había recogido como empleada, la carta certificada que la Inspección de Trabajo mandó a la empresa, (lo que ya había motivado otra sanción anulada por los tribunales de lo Social)" y, por ese motivo, desde que salió de su vehículo hasta el centro de trabajo, "se puso a grabar, angustiada por lo que pudiera sucederle laboralmente"; d) al oírle llegar a la puerta del centro de trabajo, el demandante "abrió ésta, sin dejarle entrar, entregándole la carta y enviándole a su casa, previo requerimiento para la entrega de llaves"; e) la demandada grabó "una conversación que le atañía de forma directa, personal e indiscutible, como trabajadora, en la que ella participaba", existiendo un interés real para ello consistente en "intuir lo que iba a pasarle ese día, existiendo antecedentes documentados graves y variados de proceder vejatorio para con ella" y se realizó en la puerta de acceso al centro de trabajo de la empresa al que no se la permitió entrar, "a cuyo acceso y permanencia tenía no solo pleno derecho, sino obligación de permanencia, de no haber sido sancionada enviándole a su domicilio"; f) la grabación no había sido objeto de difusión y se propuso como prueba en proceso judicial, "luego el lugar donde se propuso su escucha, lo fue un Tribunal de Justicia en concepto de prueba, como un instrumento y mecanismo probatorio válido y permitido por la Ley"; g) para que concurriera una intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad del demandante, aparte de la "intencionalidad de inmiscuirse en la esfera privada de un tercero como premisa previa indiscutible", esta tenía que referirse a un ámbito privado al que no se tuviera derecho de acceso, lo que no ocurría porque: h) en cuanto a la intencionalidad, la razón de haberse efectuado la grabación no era "conocer nada del grabado, sino filiar el minuto en que el empleador que participa de un historial de afrentas, se dirige frente a quien las padece en su condición y calidad de empleado, lo que le concierne directa y personalmente"; i) en cuanto al ámbito en que se desarrolló la grabación, este no fue el propio centro de trabajo sino su puerta de acceso; y j) la finalidad de la grabación era "protegerse de ofensas e ilícitos", dejando constancia de estos para los tribunales de justicia, "donde ni siquiera llegó a difundirse la grabación por quedar suficientemente demostrado a juicio de la Juzgadora el improcedente proceder de la empresa con el resto de pruebas aportadas".

Provincial del Bilbao en vía civil, supusieron una desestimación de las posiciones de la empresa demandada¹⁸⁵.

La casación se basaría junto a otras en las ideas medulares de vulneración y daño causado a terceros con la difusión de la conversación¹⁸⁶. Ello habría sido contestado, tanto desde la parte enfrentada en su oposición al recurso, como por el mismo Ministerio Fiscal, asimismo contrario a dicho recurso¹⁸⁷.

¹⁸⁵ Como se refiere en la sentencia del Tribunal Supremo (Considerando 3), la desestimación se habría fundamentado en que "la grabación se hizo en la vía pública y no en el interior del lugar de trabajo y no contenía referencias a la vida personal, familiar o profesional del demandante, solo debía valorarse si implicaba una intromisión ilegítima por el solo hecho de que no era conocida y por tanto no era consentida por uno de sus interlocutores. La sentencia entendió que dicha circunstancia no hacía que la conducta de la demandada vulnerase el derecho a la intimidad del demandante porque eso solo se produciría "en función del contenido de la conversación y en la medida en que éste involucre la esfera de intimidad del participante, lo que en el presente caso no se da, pues el actor tal y como se deduce del contenido de la grabación, se limita a cumplir con las obligaciones derivadas de su condición de representante de la empresa para la que entonces trabajaba la demandada, en el modo en el que considera que ha de actuar, sin que su esfera personal, en la que se encuentra incluida la profesional se vea afectada o minusvalorada". Continuaba la sentencia en apelación: "Nos encontramos con el hecho de que en una situación compleja en la relación laboral entre la demandada y la empresa de la que el actor es su representante legal, como se deduce de la profusa documentación aportada, con intervención de la Inspección de Trabajo y de los Juzgados de lo Social".

¹⁸⁶ A entender del Tribunal Supremo (F. J. 2º) : "Para que haya lesión al derecho a la intimidad no tiene que comportar necesariamente que una conversación privada haya trascendido a terceros, sino que es suficiente con que la grabación de la conversación haya tenido lugar sin el consentimiento del interlocutor, lo que habría ocurrido en el caso enjuiciado". Y prosigue el mismo Tribunal con las siguientes líneas argumentales: "b) la demandada habría grabado una conversación "ilegible, que nunca, siquiera hoy ha sido escuchada en ningún lugar" y que "no resultó audible en el acto del juicio de instancia previo a la sentencia que aquí se recurre" y tampoco fue propuesta como prueba en el proceso laboral; c) el que la grabación fuera de tan mala calidad demostraría que no fue premeditada "e incluso con la legítima finalidad de constituir prueba para un nuevo proceso judicial laboral"; d) la demandada habría realizado la grabación para protegerse de la conducta del demandante; e) el mero hecho de grabar, cuando la demandada "acudía a su centro de trabajo, en plena vía pública, para su autoprotección, desde una doble perspectiva, laboral y personal, (había sido objeto de insultos y vejaciones que requirieron de la intervención continuada de Inspección de Trabajo en Vizcaya de forma sobreabundante y laboral, continuos procedimientos judiciales en los que se pervertían y menoscaban derechos laborales elementales) existiendo razones rotundas y fundadas para proceder de tal modo", no entraría en confrontación con ningún derecho fundamental".

¹⁸⁷ Para el Ministerio Fiscal, tal como refleja el Tribunal Supremo (Considerando 3): "a) la grabación no afectó al derecho a la intimidad o al derecho al honor del demandante y "ni tan siquiera se utilizó de prueba en el acto del juicio laboral"; b) el artículo 18.3 de la Constitución no es aplicable entre los interlocutores de una comunicación pues no existe secreto de las comunicaciones entre quienes mantienen o son destinatarios de una comunicación electrónica o epistolar; c) la protección formal del secreto de las comunicaciones no está pensada para proteger a unos interlocutores, emisores o destinatarios frente a los demás partícipes de la comunicación (...); f) el Tribunal Constitucional ha destacado, especialmente desde la STC 114/1984, de 29 de noviembre, el principio de que el derecho al secreto de las comunicaciones no puede oponerse, sin quebrar su sentido constitucional, frente a quien tomó parte en la comunicación misma así protegida; g) de ello se deduce "una crucial consecuencia: si el acceso al conocimiento de la información que se transmite a través de un medio de comunicación por el interlocutor o destinatario es indiscutiblemente lícito, también lo será, en sí mismo, en un principio, su grabación o almacenamiento por parte de éste".

Con todo, el Tribunal Supremo considera que la cuestión medular es la relativa al grado efectivo de afectación de la intimidad personal con motivo de la grabación¹⁸⁸. Son la intencionalidad y el contexto lo que verdaderamente cuenta, y no tanto la calidad en términos técnicos de la grabación producida, lo cual no deja un tanto de sorprendernos desde nuestro peculiar propósito de investigación¹⁸⁹.

2.- Uso sindical de los medios informáticos propiedad de la empresa

A título inicial es preciso delimitar entre los tradicionales conceptos informáticos de *hardware* y *software*, siendo el primero el conjunto de aparatos físicos empleados a nivel informático y tecnológico, mientras que el segundo se identifica con los programas, instrucciones y comandos que son aplicados por el cauce de los primeros. Tanto unos como otros entran en la categoría amplia de medios informáticos. Y son medios informáticos propiedad de la empresa los elementos tanto de *hardware* como de *software*. Por lo tanto, son también medios informáticos propiedad de la empresa los programas y correos electrónicos que, con el corporativo de la empresa, puedan ser empleados por los trabajadores, sea a un nivel individual como estrictamente colectivo. Entra incluso en consideración el

¹⁸⁸ A este respecto el Tribunal Supremo basa su razonamiento jurídico y posterior fallo desde la siguiente constatación (FJ 3º, 2º párrafo): “Al ser indiscutible que la demandada grabó la conversación que mantuvo con el demandante, pese a que sea difícil la reproducción porque la grabación es casi inaudible, según se afirma en la instancia, debe decidirse si la conversación grabada afectaba a la esfera de la intimidad personal del demandante, requisito necesario para que se haya producido una vulneración de la intimidad”.

¹⁸⁹ Es en el párrafo 4º de ese mismo F J 3º, y tras una muy cita de jurisprudencia del Tribunal Constitucional (Entre la cual destaca muy primordialmente las SSTC 98/2000, de 10 de abril, (FFJJ 6 a 9); y 186/2000, de 10 de julio, -FJ. 5º-, por cuanto que en las mismas se sostiene que “el derecho a la intimidad es aplicable al ámbito de las relaciones laborales”), se concluye en la desestimación del recurso, por cuanto “la conducta de la demandada no supuso una intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad personal del demandante porque la conversación se dio entre ambos y la parte de la conversación que pertenece a lo manifestado por el demandante no puede considerarse referida a un ámbito propio y reservado que no puedan conocer los demás. Aunque la conversación se mantuviera en la puerta del centro de trabajo y se refiriese a cuestiones laborales, ámbito en el que según la doctrina del Tribunal Constitucional se puede desarrollar también la intimidad protegida por el artículo 18.1 de la Constitución, tampoco puede considerarse que hubiera por ello una intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad personal del demandante pues de su contenido se deduce que este está actuando en su condición de representante de la empresa para la que trabajaba la demandada y en el ejercicio de facultades disciplinarias respecto de esta, sin que eso suponga una manifestación de su intimidad. La existencia de una previa situación de conflicto entre las partes añade además una nota de razonabilidad a la conducta de la demandada”. La ausencia en sí del puesto de trabajo y el contexto de especial tensión entre las partes, esto es, la mención del conflicto, hacen que dicho contexto sea entendido como admisible y por lo tanto, no reprobable en términos de una estimación de la casación pretendida por la empresa recurrente.

empleo individual por un trabajador pueda o no tener respaldo desde el punto de vista de un reconocimiento de mayor escala, cual es precisamente la titularidad u origen colectivo del derecho que pretende ejercer. A este respecto parece ser intrascendente que el ejercicio de los derechos se ejercite con medios tanto físicos como de programas por parte de la empresa; cuestión; distinta es que en algunos casos se pretenda por parte de los trabajadores que sea la empresa la que sufrague a su costa dichos medios para su empleo por parte de los trabajadores, si bien la cada vez menor incidencia del coste en estos aspectos hace de todo posible que sean los trabajadores los que emprendan autónomamente tales iniciativas, ante las cuales surgen objeciones y obstáculos por parte de la empresa.

Tanto en el primer caso (falta de cooperación o de comportamientos activos por parte de la empresa a favor de que sus trabajadores puedan usar medios telemáticos), como en el segundo (oposición por parte de la empresa a iniciativas telemáticas verificadas por parte de los trabajadores), la jurisdicción aporta soluciones a un importante volumen de litigios, constituyendo todo ello una doctrina judicial concerniente a las TIC, y que versa sobre el derecho general de información y elementos conexos con relación al ejercicio de prerrogativas colectivas de los trabajadores (de matiz colectivo, o bien de mera expresión individual de aquéllas). Dos son los componentes más significativos que implican el uso sindical de los medios informáticos propiedad de la empresa; correo electrónico y la distribución de la información: el tablón de anuncios virtual. Sendos aspectos se analizarán seguidamente en sus apartados específicos.

2.1.- El correo electrónico: libertad sindical, y control empresarial

El correo electrónico puede entenderse como es el conjunto de mensajes que se envían los usuarios de sistemas informáticos, generalmente a través de una red de ordenadores¹⁹⁰

¹⁹⁰ En efecto, el mensaje de correo electrónico es aquel que parte de una cuenta de correo electrónico y llega a otra cuenta identificada como la del destinatario. En la transmisión el mensaje se divide en varios paquetes que viajan a su destino por distintos canales. Cuando llega al buzón del destinatario, el mensaje se sitúa en una lista donde aparece el remitente y, si éste ha querido hacerlo constar, la materia sobre la que versa el mensaje, así como la hora y fecha del envío. Para acceder a su buzón el destinatario debe introducir su clave personal y, una vez hecho eso, abrir el mensaje concreto para conocer su contenido (si bien en este segundo momento es cierto que en algunos sistemas se puede ver el mensaje sin necesidad de abrirlo). Este fenómeno ha sido estudiado en sus vertientes más próximas a la cuestión relacional entre los interlocutores sociales en modo marcadamente específico a cargo de cierta doctrina. Destaca NIEVES DE NIETO, N.: "El uso del correo electrónico e internet en la negociación colectiva", *Relaciones Laborales*, Núm. 5-6, Madrid, 2009, págs. 8 y sigs. Esta autora se centra eminentemente en el tratamiento de la permisividad del uso del correo electrónico como un factor contemplado en la negociación colectiva

Si un representante de los trabajadores utiliza el correo electrónico de la empresa para enviar a sus representados información de interés sindical, o si un trabajador accede a la página web del sindicato para obtener determinada información, los derechos que pueden ser objeto de posibles injerencias patronales son el derecho a la intimidad y el derecho al secreto de las comunicaciones. El uso de estos instrumentos tecnológicos queda supeditado a un reconocimiento expreso o tácito al respecto. La utilización de los mismos con fines representativos o como concreción de los derechos de participación requeriría de un pacto colectivo, de una concesión unilateral expresa del empresario.

La STC 281/2005 sirvió para establecer en el marco laboral, que los derechos a la intimidad y al secreto de las comunicaciones sólo lo serían con relación a individuos concretos, es decir, el trabajador. Sin embargo, dicha doctrina no resulta extensible como tal a los organismos representativos de los trabajadores, esto es, los sindicatos. Por ende, sólo caben reclamaciones judiciales del trabajador destinatario de una comunicación de contenido sindical interceptada por el empresario, o por los trabajadores afiliados a un sindicato que se ven controlados en la utilización de los medios tecnológicos de la empresa para desarrollar su actividad sindical. Como dicen SEMPERE y SAN MARTÍN¹⁹¹, el derecho fundamental que puede esgrimirse por el órgano representativo es el de la libertad sindical (Artículo 28.1 CE), en su vertiente de acción sindical traducida en las comunicaciones entre representantes y representados.

Debemos diferenciar entre los derechos que forman parte de la libertad sindical y los que son adicionales a la libertad sindical. Entre los primeros, están los de reunión y distribución de la información sindical; entre los segundos, el tablón de anuncios¹⁹². Ahora bien, pudiera mantenerse que el empresario está facultado para controlar el correcto uso del correo electrónico, en orden a evitar riesgos de denuncias por difusión de virus informáticos, lesión de derechos de propiedad intelectual o artística por material descargado de la red, difamación, discriminación, acoso sexual,

a efectos de su utilización por los trabajadores y sus representantes, cuestión de la cual nos haremos especialmente eco en el Capítulo 5 de la presente tesis.

¹⁹¹ AA. VV. (SEMPERE NAVARRO, A. V. SAN MARTÍN MAZZUCONI, C.): *Nuevas tecnologías y relación de Trabajo*, Aranzadi, Pamplona 2003, pág. 155.

¹⁹² El Tribunal Constitucional ya reconoció, entre otras en las SSTC 94/1995 y 168/1996, que la transmisión de noticias de interés sindical, el derecho a informar a los representados, afiliados o no, forma parte del contenido esencial del derecho fundamental a la libertad sindical, al permitir el ejercicio cabal de una acción sindical y propiciar el desarrollo de la democracia y el pluralismo sindical.

sustracción y/o revelación de secretos, etc. Este control, en ningún caso se puede traducir en una potestad de censura previa sobre la información distribuida entre los afiliados o entre los trabajadores en general¹⁹³, tanto en tablón de anuncios como en otro medio como el correo electrónico, ni puede consistir en un control sobre el contenido de la información más allá de que se trata de un contenido sindical¹⁹⁴.

En el aspecto ahora abordado, la legislación positiva española actualmente vigente, la cual se identifica de modo preclaro con el art. 8.1 c) de la LOLS, permite que los afiliados puedan recibir información externa a la empresa y procedente de su sindicato. Sin embargo tal precepto, anterior a la época de consolidación de las TIC nada indica sobre cuál deba ser el medio utilizado por dicha organización para enviar información. Cabe pues preguntarse si estamos ante una simple laguna que la práctica puede suplir con la normalización de las TIC en las relaciones entre los sujetos sociales, o si por el contrario, dicha ausencia equivale en la actualidad a una prohibición, de modo que, salvo la mediación jurisprudencial, el texto positivo no permite, por sí sólo el uso del correo electrónico a los fines ahora estudiados.

Desde la normalización de las relaciones laborales en la actual etapa democrática, se consideró que la información transmitida por el sindicato a los afiliados a través de los medios tradicionales (es decir, medios físicos como el correo tradicional en papel), no volvería jamás a ofrecer mayor problemática. Simplemente el empresario debe tolerar que tales envíos lleguen a la empresa, remitidos por el sindicato y siendo los afiliados como destinatarios. Tampoco puede el empresario rechazar o bien obstaculizar el acceso de esta correspondencia a los trabajadores afiliados con quienes cuente en su empresa, así como debe facilitar que éstos puedan contestar debidamente dichos envíos. Estamos pues ante una doble obligación por parte del empresario, una de facilitar la recepción de la información y otra de entregar los envíos a los trabajadores, o que en cualquier caso los envíos les lleguen de modo efectivo. Sin embargo, y en base al citado art. 8.1 c) de la LOLS, ¿Se podría entender que el correo electrónico es uno de los medios a través de los cuales los afiliados, y el resto de los trabajadores, pueden recibir información de un sindicato? No es menos cierto que determinada jurisprudencia, si bien de orden ajeno al laboral, ha considerado que, *“la dirección de correo electrónico no es distinta de la dirección postal”*, de modo que el indicador de localización postal se equipara y

¹⁹³ STS de 26 de noviembre de 2001 (RJ, 11412/2001).

¹⁹⁴ MARTINEZ FONS, D.: “Nuevas Tecnologías y poder de control empresarial”, *Revista Gallega de Empleo*, Santiago de Compostela, 2000, Núm. 1, págs. 233-317.

sustituye por dirección correspondiente¹⁹⁵. Sirva o no como base autorizante el art. 8.1 c) de la LOLS, lo que sí parece cierto es que el correo electrónico, como sistema de comunicación entre un sindicato y los trabajadores, es un mecanismo tecnológico respecto del cual, la información se envía mediante la utilización de un servidor externo a la empresa. Para la operatividad del mecanismo, la empresa debe recibir en su propio servidor los correos electrónicos que provienen del exterior. En términos característicamente de TIC, el derecho consiste en permitir que el correo entre en el servidor de la empresa y, posteriormente, que el trabajador tenga acceso al mismo desde su ordenador.

La cultura consolidada con respecto del uso de las TIC en el seno de determinadas empresas avanzadas es una incidencia que tampoco se debe desdeñar. En efecto, el derecho a recibir información sindical por correo electrónico parece solamente fluir sin mayores dificultades en aquellas empresas donde ya están implantados tales sistemas tecnológicos, eso sí, siempre y cuando impere un uso racional de los mismos. Estaríamos ante una situación, según la cual, aunque se consagre el derecho de los afiliados a recibir la información que les remita su sindicato, aun no se ha llegado a establecer que haya de ser la empresa la que deba facilitar los medios materiales para llevarlo a cabo. En cualquier caso, no se trataría de que el sindicato envíe la documentación por correo electrónico, y que, en consecuencia, la empresa deba implantar ordenadores para todos los trabajadores. Al contrario, tal implantación existe previamente y eso es lo que permite la transmisión electrónica de la información.

Estas controversias estaban hasta la aparición de la STC 281/2005, ya abordada con anterioridad. Ahora la habremos de traer nuevamente a colación para ser considerada en un análisis más detallado, ceñido al caso del correo electrónico. Dicho pronunciamiento, controvertido y acompañado por un voto particular, reconoce el derecho a utilizar el correo electrónico, que previamente está instalado en la empresa, para fines sindicales. Con dicho precedente, verdadero arranque de la jurisprudencia específica en materia de correo electrónico en cuanto mecanismo relacional entre trabajadores y empresarios en un entorno propio de las TIC, la lectura de los referidos preceptos de la LOLS va a verse sustancialmente condicionada. Algún pronunciamiento posterior confirmará esta dinámica.

Teniendo en cuenta que el artículo 8.1 c) LOLS, no contemplaba expresamente la posibilidad de que la empresa facilite el uso del correo electrónico o internet para

¹⁹⁵ SAP de Madrid, sección penal, de 25 de febrero de 2002, (RJ 2002/149473).

distribuir y recibir información sindical, en ausencia de acuerdo entre las partes, la argumentación utilizada para reconocer este derecho exige una construcción de cierta complejidad jurídica. El máximo intérprete constitucional comparte el planteamiento del Tribunal Supremo y de algún Tribunal Superior de Justicia¹⁹⁶, en el sentido de que hacer recaer sobre la empresa la obligación de poner a disposición del sindicato un sistema de correo electrónico vendría a afectar al contenido adicional del derecho, y la literalidad de la ley no consiente dicha lectura; sería necesaria una mayor concreción legislativa ya que, no cabe entender que exista una obligación legal de facilitar la transmisión de información sindical a los trabajadores, afiliados o no, a través de un sistema de correo con cargo al empleador o, dicho en otras palabras, las empresas no están obligadas a dotarse de esa infraestructura. Desde esta perspectiva, la obligación de permitir la comunicación mediante la utilización de un sistema de correo electrónico no nace de una lectura actualizada de la norma legal contenida en la LOLS, esta vez en su artículo 8.2. Sus previsiones, tal como veíamos antes para el 8.1 c), han quedado igualmente obsoletas, como consecuencia de los avances tecnológicos. El derecho a contar para uso sindical con un sistema de correo a costa del empresario no encaja entonces dentro de los límites que contiene el artículo 8.2 a) LOLS. Aquél sólo podría fundamentarse en una interpretación extensiva del derecho a un tablón de anuncios. La ligazón entre este elemento y el del tablón de anuncios ha de basarse dentro del concepto que la tecnología informática define como del *owner* o titular de la cuenta de correo.

Aun así, conviene insistir en que en la medida en que el derecho a utilizar el correo electrónico de la empresa se hace derivar del propio contenido esencial de la libertad sindical, en su manifestación de transmisión de información, y no de una interpretación extensiva de los preceptos que garantizan el uso de un tablón de anuncios, dotado de los “medios adecuados” para el ejercicio de dicha libertad sindical. Para algunos autores, como ROLDÁN MARTÍNEZ y HERREROS LÓPEZ¹⁹⁷, tal derecho debe exclusivamente reconocerse a las secciones sindicales,

¹⁹⁶ Tal es el fundamento que se utiliza en la relevante STS de 16 de febrero de 2010 (RJ 57/2009) en la que se señala que de la doctrina referida “para nada se compromete con la exigencia de que el sindicato reclamante designe un *owner* como presupuesto para activar su cuenta de correo electrónico, pues con esta designación de la persona individual que haya de responsabilizarse de la administración de la cuenta [limitada, por lo mismo, a la custodia y distribución de los correos], no se desvela ‘secreto’ alguno de los protegidos por el derecho fundamental, ni tan siquiera a nivel de identificación de los interlocutores”. En similares términos, la STSJ de Castilla y León de 30 de julio de 2007 (RJ 505/2007).

¹⁹⁷ Línea sugerida por AA. VV. (ROLDÁN MARTÍNEZ, A.; HERREROS LÓPEZ, J. M.): “El derecho de los representantes de los trabajadores a utilizar los medios electrónicos de comunicación propiedad de la empresa (Aplicación por los Tribunales de la STC 281/2005)”, *Aranzadi Social*, Núm. 11, Pamplona, 2008, págs. 123-143.

y no a las representaciones unitarias, y ello con independencia de que reúnan o no los requisitos del artículo 8.2 LOLS, esto es, con independencia de la representatividad de su sindicato y de su presencia en el comité de empresa. Doctrinalmente podemos disentir de dicha opinión, por cuanto una cosa es que el derecho de representación unitaria no goce de toda la extensión propia del derecho de libertad sindical, y otra distinta, que de todos modos tales facultades de comunicación resulten admisibles en relación a los cometidos que dichas representaciones unitarias efectúan con relación a los trabajadores.

El correo electrónico ha tenido un protagonismo creciente en la jurisprudencia de años posteriores. Así encontramos la STC 241/2012¹⁹⁸, y especialmente, la STC 170/2013 de 7 de octubre¹⁹⁹. Esta última ha ocupado cierto en gran interés a la doctrina, como en el caso de BAZ RODRÍGUEZ²⁰⁰. Este pronunciamiento alcanza un grado de especificidad con relación concreta al uso del correo electrónico en el contexto laboral antes desconocido. En concreto, el Tribunal Constitucional desestimó el recurso de amparo presentado por un trabajador que fue despedido tras comprobar su empresa, en su correo electrónico, que había enviado información confidencial de la empresa a empleados de otra entidad. Para el envío de esa información el trabajador había utilizado medios que eran propiedad de la empresa, en concreto, teléfono móvil y correo electrónico. El caso tuvo además implicaciones penales que llegaron hasta el Tribunal Supremo, por comisión de presuntos delitos de revelación de secretos.

El pronunciamiento del Tribunal Constitucional es coherente con el criterio del Tribunal Supremo en contextos similares, en virtud de la cual, para que se pueda revisar por parte de la empresa el contenido del correo electrónico de los empleados, aunque se trate de una cuenta profesional, el trabajador no debe tener una expectativa razonable de privacidad. Si el trabajador no tiene motivos para saber que la empresa le puede revisar el correo electrónico, el acceso a este por

¹⁹⁸ STC 241/2012 de 17 de diciembre (BOE Núm. 19, de 22 de enero de 2013, páginas 1 a 15).

¹⁹⁹ STC 170/2013 de 7 de octubre (BOE Núm. 267, de 7 de noviembre de 2013, páginas 49 a 67).

²⁰⁰ BAZ RODRIGUEZ, J.: "Control empresarial de la utilización, por parte de los trabajadores, de los medios informáticos de la empresa (correo electrónico). Inexistencia de vulneración de los derechos a la intimidad personal y familiar (artículo 18.1 CE) y al secreto de las comunicaciones (Artículo 18.3 CE); comentarios a la Sentencia del Tribunal Constitucional 170/2013, de 7 de octubre [BOE N° 267, de 7 de noviembre de 2013]". *Revista europea e iberoamericana de pensamiento y análisis de derecho, ciencia política y criminología*, Salamanca, 2014, Núm. 1, págs. 364-367.

parte de su empleador sería ilícito, puesto que vulneraría su derecho a la intimidad (o el del secreto de las comunicaciones, en su caso). Lo habitual, en la práctica y en la jurisprudencia, es que esta expectativa de privacidad decaiga cuanto la empresa ha informado a sus trabajadores de que el correo electrónico puede ser revisado por parte de la empresa, momento a partir del cual el trabajador, consciente de esa situación, no puede alegar tener esa expectativa de intimidad en relación con el uso del correo electrónico.

La STC 170/2013 se encarga, como punto de partida, de efectuar un análisis particularizado del alcance los dos derechos fundamentales afectados por la medida de control empresarial: el derecho a la intimidad personal y familiar (artículo 18.1 CE) y el derecho al secreto de las comunicaciones (artículo 18.3 CE). Se parte de la base de que ambos derechos no presentan una misma extensión ni delimitación técnica con referencia a sus respectivos contenidos. Entra en consideración el derecho a la intimidad como derecho constitucional (artículo 18.1 CE), al margen de sus implicaciones directas en lo laboral. Atendidas las circunstancias concretas del supuesto, no aprecia el Tribunal Constitucional, en definitiva, que el acceso por parte de la empresa al contenido de los correos electrónicos resultase excesivo o desproporcionado para la satisfacción de los intereses empresariales. Se trataba de una medida justificada, en cuanto que concurrían sospechas de un comportamiento irregular del trabajador.

Con vistas a tales parámetros, las medidas empresariales en el caso de especie, con las resultas de la desestimación del amparo solicitado por parte del trabajador, se consideran idóneas en atención a la finalidad pretendida por la empresa, consistente en verificar si el trabajador cometía efectivamente la irregularidad sospechada, es más; tal posición de la empresa sería inclusive necesaria o imprescindible, dado que el contenido de los mensajes había de servir de prueba de la irregularidad ante la eventual impugnación de la sanción por parte del trabajador, sin ser suficiente, a tal efecto, la mera identificación del remitente o destinatario. En último término, el Tribunal Constitucional estima que la empresa cumple con los requisitos de una actuación ponderada, equilibrada y proporcionada, al margen de las garantías con que se realizó el control empresarial (mediante la intervención de perito informático y notario), se accedió a mensajes cuyo contenido no reflejaba aspectos de la vida personal y familiar del trabajador, en la especie, datos empresariales sobre la cosecha de 2007 y 2008. Debe indicarse que el convenio aplicable a la relación laboral tipificaba la conducta realizada por el trabajador como una infracción o falta leve. La cuestión era ver si los contenidos transmitidos

trascendían el ejercicio de los derechos de uso del correo electrónico conferidos al trabajador para pasar a transgredir la buena fe empresarial, por cuanto resultasen reveladas informaciones sensibles para la empresa en cuestión.

Las aportaciones del Tribunal Constitucional pueden subsumirse en tres ideas modulares. Siendo la primera de matiz individual, y las otras dos de carácter colectivos, todas ellas atienden a supuestos concretos especialmente controvertidos, a la par que sugerentes:

a) Alcance de la intimidad del trabajador a los efectos de considerar o no como prueba, con vistas a un posible procedimiento penal, la interceptación de correos electrónicos por parte del empresario, de modo que en los mismos se puedan apreciar indicios racionales de delito.

b) Consideración a la cuestión de la representatividad sindical a los efectos de que, careciendo de la misma, se pueda denegar el acceso de uso del correo electrónico con finalidades de ejercicio de los derechos colectivos y de represión de los trabajadores.

c) Juego de la variable de la proporcionalidad económica, como gastos asumidos por la empresa, como base para denegar el acceso de todo el aparato informático de la empresa a los representantes de los trabajadores, inclusive el coste de una nueva estructura.

De cualquier modo resultaría lícita la prueba obtenida por el empresario a través de los medios de vigilancia y control de las herramientas informáticas de trabajo, siempre y cuando el trabajador fuera conocedor de la prohibición absoluta por parte del empresario de un uso personal de dichas herramientas informáticas. Transgredir dichos márgenes no sería defendible por el trabajador en términos una mera tolerancia por parte de la patronal. Sólo dentro de los adecuados términos de la relación laboral, sin revelar secretos de la empresa y en un desempeño leal de la relación laboral, el derecho al uso del correo electrónico sería reconocido como derecho del trabajador.

La posición del Tribunal Constitucional tiene sus repercusiones en otros ámbitos jurisdiccionales, concretamente la Sala Segunda del Tribunal Supremo. En su orden característico, dicha instancia analiza la eficacia probatoria en el ámbito penal de los correos electrónicos interceptados por la empresa a uno de sus empleados. Pero establece ciertas diferenciaciones; de hecho, la Sala Segunda del Tribunal Supremo niega que los criterios establecidos por la jurisprudencia y aplicados al orden social

sean extrapolables al ámbito penal. La Sala de lo Penal afirma que, para que las comunicaciones de los trabajadores interceptadas por el empresario tengan valor y eficacia probatoria en la jurisdicción penal resultará siempre necesaria la autorización e intervención judicial, según contempla el artículo 18.3 de la CE. Ese valor probatorio, con intervención judicial o no, es lo que diferenciaría el tratamiento del correo electrónico a efectos probatorios, según nos hallemos en el orden penal o en el orden social.

La muestra más significativa la tenemos en la sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 16 de junio de 2014²⁰¹. La sentencia analiza el siguiente supuesto de hecho: un trabajador encargado de la supervisión de la facturación de la empresa y de ordenar los pagos a los proveedores se puso en contacto con algunos de ellos, y mediante ciertas técnicas fraudulentas, procedía a duplicar los cobros y a apoderarse así de las sumas resultantes. La Audiencia Provincial condenó al empleado por un delito continuado de falsedad en documento mercantil, en concurso medial con un delito continuado de estafa. Una de las pruebas valoradas en esa primera resolución fue el contenido de la memoria del disco duro del ordenador que utilizaba el acusado en sus tareas contables. El condenado presentó recurso ante el Tribunal Supremo alegando la vulneración del derecho a un proceso con garantías del artículo 24.2 de la CE, por la forma en la que el empresario obtuvo, sin intervención judicial, la información contenida en el equipo informático utilizado por el trabajador.

El Tribunal Supremo confirma el fallo de la Audiencia Provincial y considera que, con independencia de la información contenida en el disco duro del ordenador interceptado por el empresario, existe material probatorio suficiente para sustentar el pronunciamiento condenatorio. No obstante, la Sala de lo Penal estima necesario clarificar algunas afirmaciones contenidas en la resolución de la Audiencia Provincial, con el objetivo de fijar una doctrina en el ámbito penal en materia de injerencia en el secreto de las comunicaciones del imputado. Queda pues establecida, en el marco de la materia investigada con relación al uso del correo electrónico por parte de los trabajadores, una separación radical entre lo laboral y lo penal, obviando que los derechos fundamentales son únicos y que el ordenamiento jurídico es un todo. La Sala Segunda llega a la conclusión de que la prueba cuya validez había afirmado la jurisdicción social fue obtenida ilegalmente en el marco de la jurisdicción penal y, por ello, debe ser considerada nula.

²⁰¹ STS de 16 de junio de 2014 (RJ 2846).

La Sala Segunda aborda el caso desde la óptica del artículo 18.3 de la CE (derecho al secreto de las comunicaciones), cuyo tenor literal exige previa autorización judicial para acceder a las comunicaciones. En este punto, la Sala de lo Penal realiza las siguientes consideraciones para fundamentar su postura:

a) Rechaza con contundencia los argumentos establecidos por la jurisprudencia social y constitucional, y señala que el artículo 18.3 de la CE no contempla, por tanto, ninguna posibilidad ni supuesto, ni acerca de la titularidad de la herramienta comunicativa (ordenador, teléfono, etc. propiedad de tercero ajeno al comunicante), ni del carácter del tiempo en el que se utiliza (jornada laboral) ni, tan siquiera, de la naturaleza del cauce empleado (correo corporativo), para excepcionar la necesaria e imprescindible reserva jurisdiccional en la autorización de la injerencia.

b) Excluye la posibilidad de que el consentimiento del empleado, otorgado con carácter general, tenga eficacia para suplir la ausencia de autorización judicial. Así, rechaza que una tácita renuncia al derecho por parte del propio trabajador o una renuncia-autorización pueda validar el control del empresario sin intervención judicial. Sin embargo, la Sala Segunda deja sin resolver si un consentimiento *ad hoc*, otorgado para la concreta intervención del empresario previamente a que esta se produzca, supondría una vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones.

c) Justifica este régimen de protección más riguroso en la especial gravedad y trascendencia de esta clase de injerencias, que afectan no solo al derecho al secreto de las comunicaciones del empleado, sino también al de terceros ajenos a la empresa que hayan participado en esas comunicaciones y que no mantienen ninguna relación con el empresario. En este sentido, la sentencia afirma que la incursión (del empresario) en sus comunicaciones (del trabajador) produce automática e inmediatamente la injerencia en el correspondiente derecho al secreto de los terceros que con él comunican, ajenos a esa relación con el titular de la herramienta y de sus condiciones de uso.

La sentencia comentada plantea no pocas dudas, tanto en el ámbito social como en el ámbito penal. A pesar de la distinción entre lo penal y lo laboral o social, y de delimitar los efectos de la resolución a la valoración de la eficacia de las pruebas obtenidas en el procedimiento penal, la Sala Segunda, señala que esa exigencia de control judicial probatorio ejercido sobre el uso del correo por parte del trabajador no solo consta Ley de Enjuiciamiento Criminal, sino también en la Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS). Esta indeterminación es

pues susceptible de generar una gran incertidumbre en el ámbito empresarial, y correlativamente, una sustancial ventaja para la posición de los trabajadores. La cuestión sólo podrá aclararse del todo desde el análisis de las sentencias dictadas por la Sala Cuarta del Tribunal Supremo, en aplicación exclusiva de los términos de la LRJS.

En cualquier caso, desde la perspectiva penal hasta ahora conocida, la sentencia somete al empresario al mismo régimen y requisitos aplicables a Policía y Ministerio Fiscal en materia de intervención de comunicaciones, exigiendo que obtenga una autorización judicial previa. De los razonamientos esgrimidos por la Sala de lo Penal y del tenor de la sentencia se desprende que el poder de control del empresario debe interpretarse en clave estrictamente garantista de la vigencia del derecho al secreto a las comunicaciones de los trabajadores. No obstante, las exclusiones que establece dicha Sala resultan contradictorias con la finalidad apuntada en la propia sentencia, ya que, lejos de garantizar el derecho al secreto de las comunicaciones de los empleados, lo vacían de su contenido material. Por ello, también será necesario que la Sala Segunda del Tribunal Supremo se pronuncie de nuevo y aclare, primeramente, la compatibilidad de este único pronunciamiento de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo con la doctrina consolidada en las jurisdicciones social y constitucional, y en segundo término, que proceda a la determinación de los supuestos que no estarían amparados por el secreto de las comunicaciones, especificando el contenido y alcance de los casos que no exigirían que el empresario obtuviera la autorización judicial previa para llevar a cabo sus funciones de control y vigilancia del trabajador.

Otro aspecto específico de la jurisprudencia sobre el empleo del correo electrónico en el ámbito laboral en su dimensión colectiva radica en la incidencia de la representatividad sindical como elemento de denegación en manos de los empresarios, caso de que eventualmente se carezca de la misma por parte de las fuerzas sindicales que pretenden el uso del mismo. Y aquí encontramos la sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo, de fecha de 20 de mayo de 2011²⁰². Dicho pronunciamiento revisa el caso de una entidad sindical que en el momento del litigio carecía miembros en el Comité de empresa, ni contaba con ningún delegado de personal. De hecho, ni siquiera se presentó a las elecciones sindicales en el centro de trabajo. En tales circunstancias el referido sindicato demanda de tutela de los derechos de libertad Sindical, solicitando que se

²⁰² STS de 20 de mayo de 2011 (RJ 3991).

condenase a la empresa a facilitar a dicho sindicato una dirección de correo electrónico en la red interna de la misma, y que se autorizase la emisión de circulares de carácter sindical en iguales condiciones que el resto de las secciones sindicales de dicha empresa, así como a facilitarle la utilización de un local adecuado para desarrollar sus actividades. Entendiendo de la pretensión de la fuerza sindical la Audiencia Nacional, ésta desestimó la demanda, declarando no haber sido vulnerada la libertad sindical al carecer de la representatividad mínima necesaria ni siquiera por irradiación. El Tribunal Supremo en casación no hizo sino confirmar el criterio de la Audiencia Nacional.

Cabe citar como último caso concerniente al empleo del correo electrónico abordado por la Sala Cuarta del Tribunal Supremo la sentencia de 17 de mayo de 2012²⁰³, que dilucidó en la controversia habida en el uso de este medio. El mismo no figuraba expresamente reconocido en el convenio colectivo aplicable, sino que éste únicamente se limitaba a reconocer el empleo de los medios tradicionales, caso del tablón de anuncios físico. Para el Tribunal Supremo²⁰⁴: “La pretensión de que se permita a las representaciones sindicales comunicarse por correo electrónico con los trabajadores de la plantilla se torna imposible si éstos carecen, en su gran mayoría, de cuenta de correo electrónico dentro del sistema informático de la empresa. Lo que, en realidad, está pidiendo la demanda es que la empresa dote de tales cuentas de correo a los trabajadores de la empresa -así como a los miembros de las representaciones de los trabajadores y, en suma, implante un sistema de comunicación electrónica ahora inexistente. No estamos, pues, ante la valoración de si el uso del sistema de comunicación puede ser aprovechado para la información sindical, sino frente a la pretensión de que se instaure un cauce informático *ex novo*, sin apoyo en mandato convencional alguno (el convenio colectivo aplicable (...) se limita en su artículo 78 a la regulación clásica del tablón de anuncios en cada centro de trabajo).

Lo mismo cabe decir de la utilización de la intranet, a la que los trabajadores acceden como instrumento de trabajo, pues ésta no está creada como vehículo de comunicación entre la plantilla y la utilización para los fines que los sindicatos proponen exige la lógica intervención, reestructuración y adaptación con el coste al que se ha aludido (...). A la anterior conclusión no se opone el dato de que sí dispusieran de cuentas de correo electrónico los 1800 trabajadores que tienen la consideración de personal de estructura y coordinadores, puesto que el modo en

²⁰³ STS Sala Cuarta, de 17 de mayo de 2012 (RJ 4297).

²⁰⁴ FF. JJ. 3º y 4º.

que se lleva a cabo el planteamiento de la pretensión de los sindicatos no permite hacer un análisis parcial de la misma. El eventual acogimiento de la primera de las súplicas de la demanda en relación a estos trabajos hubiera exigido, no sólo la creación de las cuentas de correo electrónico de los propios representantes sindicales, sino el desglose de la posibilidad material de su configuración y de sus costes”.

En resumen, la cuestión del correo electrónico dista mucho de tener una solución única, como se deduce de la lectura de las sentencias citadas. Habrán de valorarse un número de factores casuísticos que hacen, además de su pertenencia a fuerzas sindicales y a la representatividad de las mismas (elementos éstos también determinantes), a la probidad individual del usuario trabajador, y al coste que para los balances financieros de las empresas pueda suponer habilitar tales infraestructuras tecnológicas.

2.2.- La distribución de la información: el tablón de anuncios virtual

El tratamiento de la cuestión, sobre todo a nivel jurisprudencial, aparece estrechamente ligado, y digamos que hasta cierto punto supeditado, al tratamiento antes visto del correo electrónico. Con todo, algunas líneas particularizadas afectan en singularidad a este medio tecnológico en lo tocante a su utilización en las relaciones colectivas.

Sobre la base legal de un derecho de los trabajadores y de sus representantes al empleo del tablón de anuncios en el desarrollo de sus derechos colectivos, algunos autores se plantean un posible fundamento en los preceptos constitucionales relativos a algunos derechos fundamentales. Efectivamente, la CE incorpora como derechos fundamentales los derechos de libertad de expresión, comunicación y de sindicación, pero los mismos se conciben en el seno de una relación de carácter privado caracterizada por la dependencia del sujeto titular del derecho de información, y a ejercer dentro del ámbito patrimonial de la persona a la cual se debe subordinación. Como observan BAYLOS y VALDÉS²⁰⁵, estos medios e instrumentos ideados para transmitir la información comportan conductas positivas a cargo del empresario, suponiendo en la mayoría de los casos un coste patrimonial. La norma laboral no cuantifica este coste, sino que utiliza criterios genéricos que han

²⁰⁵ AA.VV. (BAYLOS GRAU, A. y VALDÉS DE LA VEGA, B.): “El efecto de las nuevas tecnologías en las relaciones colectivas de trabajo” en ALARCÓN CARACUEL, M. R. (coord.): *Nuevas tecnologías de la información y la comunicación y Derecho del Trabajo*. Bomarzo, Albacete, 2004, Pág. 136.

de ser ponderados dadas las circunstancias de la empresa y de lo que sea razonable en función de la finalidad. Así, se considera que el local ha de ser adecuado, que los tablones pueden ser uno o varios y su ubicación correcta. Por otra parte DESDENTADO y MUÑOZ²⁰⁶ resaltan cómo, en lo que concierne al caso concreto del tablón de anuncios virtual, la regulación existente se muestra notablemente insuficiente ante los notables cambios tecnológicos y las nuevas posibilidades que con los mismos se abren para un mejor y más equilibrado ejercicio de los derechos colectivos de los trabajadores.

Ante la indeterminación de los preceptos de la CE por sí solos habría que buscar otros preceptos más específicos de índole laboral. Pero dicha falta de adecuación a los retos planteados por las TIC en lo que concierne al tablón de anuncios virtual es constatada. Tanto el ET en su artículo 81²⁰⁷ como la LOLS en su artículo 8.2²⁰⁸, establecen la posibilidad de que los representantes y afiliados utilicen un local para la función representativa, dispongan de un tablón donde poder colocar la información que ha de llegar a los trabajadores, puedan convocar reuniones y asambleas donde se informe y discutan los temas de intereses laborales y sindicales, circulen libremente por las dependencias de la empresa distribuyendo la información o, en fin, dispongan de un crédito horario para, justamente, proceder a la elaboración y difusión de la información²⁰⁹. El tablón de anuncios es el condicionamiento previo, desde el punto

²⁰⁶ DESDENTADO BONETE, A.: "Contrato de trabajo y nuevas tecnologías..." Op. cit, pág. 246. Destaquemos que el citado autor ha tenido la oportunidad de intervenir como Magistrado en algunos de los pronunciamientos jurisprudenciales más señeros que con respecto al particular investigado por nosotros se han producido en los últimos tiempos.

²⁰⁷ Artículo 81 ET: "En las empresas o centros de trabajo, siempre que sus características lo permitan, se pondrá a disposición de los delegados de personal o del comité de empresa un local adecuado en el que puedan desarrollar sus actividades y comunicarse con los trabajadores, así como uno o varios tablones de anuncios. La representación legal de los trabajadores de las empresas contratistas y subcontratistas que compartan de forma continuada centro de trabajo podrán hacer uso de dichos locales en los términos que acuerden con la empresa. Las posibles discrepancias se resolverán por la autoridad laboral, previo informe de la Inspección de Trabajo".

²⁰⁸ Art 8.2 LOLS: " Sin perjuicio de lo que se establezca mediante convenio colectivo, las secciones sindicales de los sindicatos más representativos y de los que tengan representación en los comités de empresa y en los órganos de representación que se establezcan en las Administraciones Públicas o cuenten con delegados de personal, tendrán los siguientes derechos:

- a) Con la finalidad de facilitar la difusión de aquellos avisos que puedan interesar a los afiliados al sindicato y a los trabajadores en general, la empresa pondrá 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.
- b) A la negociación colectiva, en los términos establecidos en su legislación específica.
- c) A la utilización de un local adecuado en el que puedan desarrollar sus actividades en aquellas empresas o centros de trabajo con más de 250 trabajadores".

²⁰⁹ Al respecto OJEDA AVILÉS, A.: "Locales y tablón de anuncios", *Aranzadi Social*, Núm. 22, Pamplona 2003, págs. 1555-1588.

de vista técnico, que viene siendo exigido en su consolidación, para que con posterioridad se pueda desplegar con toda normalidad el empleo del correo electrónico, tanto en su vertiente colectiva como individual.

No cabe duda que el acceso y la transmisión de la información difícilmente pueden entenderse sin el recurso a las TIC²¹⁰. Privar a los sujetos colectivos del uso de esta tecnología reduce drásticamente las posibilidades de que los trabajadores accedan a la información por un lado, y dificultar enormemente la labor de los representantes de publicar y distribuir la misma, por otro. La principal deficiencia de la regulación vigente deviene de la consolidación de las TIC como medio habitual de comunicación. Su generalización requiere una reformulación de los medios instrumentales previstos en la legislación para preservar la eficacia de la acción representativa. Tanto la finalidad de la norma como la realidad social justifica que la referencia al tablón integrase cualquier soporte (físico o virtual), protegiendo, de esta forma, el derecho a la información que asiste a representantes y representados. Se podría colegir que en aquellas empresas en las que por su actividad el tablón de anuncios se manifieste inoperante, las mismas deberían venir obligadas a suministrar un tablón virtual o sistemas de comunicación electrónica. Sin embargo ha de recordarse que tanto la LOLS como el ET, sin perjuicio de lo que se establezca en el convenio colectivo aplicable, no garantizan más medios que el “tablón de anuncios” como soporte físico sin que se pueda inferir de este derecho ningún deber del empresario en lo que hace a garantizar esta transmisión de información a través de medios telemáticos.

Ante la evidente inadecuación del marco normativo²¹¹, han debido ser los Tribunales los encargados de dar una respuesta a la pretensión esgrimida por las instancias colectivas en orden a exigir el uso de estas herramientas tecnológicas. Inicialmente debemos una vez más hacer recurso a la harto citada STC 281/2005. Aunque este pronunciamiento no aborda directamente los medios instrumentales, tiene una proyección evidente sobre su utilización, al sostener que el derecho que asiste a los

²¹⁰ FERNÁNDEZ HERNANDEZ, C.: “Una propuesta de regulación del uso de los medios electrónicos de comunicación de la empresa”, *Actualidad Legal Aranzadi*, Pamplona 2001, Tomo II, Pág. 1287, quien señala: “Aunque el teléfono, el fax o el correo electrónico son medios de titularidad empresarial afectos a la actividad empresarial y, por tanto, sujetos en su utilización al deber de buena fe que el trabajador mantiene con su empresario”, ello implica que queden excluidos de otro uso, pues “en nuestros días cualquier impedimento reiterado de su utilización prudente para fines particulares por el trabajador iría contra toda lógica y contra el necesario espíritu de convivencia garantizador de la paz social en la empresa”.

²¹¹ Vid. GARCIA SALAS A. I.: “Distribución de información sindical y nuevas tecnologías: el impacto de la STC 281/2005”. *Revista de Contratación Electrónica*, Madrid, 2009, Págs. 12 y sigs.: AA. VV. (VALDÉS DE LA VEGA, B.; BAYLOS GRAU, A): “El efecto...”, Op. cit, pág. 14.

representantes sindicales no alcanza a garantizar que los medios informáticos necesarios para el suministro de información sindical tenga que ser un gasto asumido por el empresario: “Las organizaciones sindicales tienen derecho a que el empresario asuma las obligaciones y cargo que las normas legales o pactadas o sus previos actos les impongan para promocionar la eficacia del derecho de libertad sindical en la empresa, (...), esta obligación no alcanza a demandar actos positivos de esa naturaleza promocional si no existe una fuente generadora de tal obligación”²¹².

En términos de literalidad estricta de la legislación vigente en ET y LOLS, no existe ninguna obligación a cargo del empresario dirigida a facilitar la transmisión de información sindical a los trabajadores, afiliados o no, a través de un sistema de correo electrónico ni, en consecuencia, las empresas están obligadas a dotarse de esa infraestructura informática para uso sindical²¹³. Ahora bien, la jurisprudencia en su conjunto parece reconocer que las redes tecnológicas preexistentes en la empresa debieran poder ser utilizadas por las instancias sindicales presentes en la empresa siempre que este uso no suponga un carga excesiva para la empresa y establece, a estos efectos, una triple limitación: primero, que su uso sea moderado, racional y no abusivo (teniendo que estar a cada caso concreto para valorar la concurrencia de estas notas); segundo, que la comunicación no perturbe la actividad normal de la empresa (habida cuenta que las mismas son al tiempo una herramienta de trabajo); tercero, que dicha utilización no puede ocasionar gravámenes económicos adicionales para la empresa. Es decir, nos hallamos ante un uso

²¹² STC 281/2005 FJ 3º. Parece oportuno recordar que, conforme a esta doctrina constitucional, tanto empresas como representantes legales de los trabajadores han de negociar con el objetivo de establecer una reglamentación tendente a facilitar a los sindicatos y, en su caso, a los representantes unitarios la difusión de información a través de las redes de transferencia de datos de la propia organización. Esta apuesta por la regulación pactada es la tesis que se ha mantenido prácticamente inalterada desde las SSTS de 13 de octubre de 1995 (RJ 626/1995), de 26 de noviembre de 2001 (RJ 1142/2011), posteriormente revocada por la STC 281/2005 de 28 de marzo de 2003 (RJ 81/2003), de 29 de marzo de 2003 (RJ 45/2003). Aun así, la interpretación judicial ha basculado entre una tesis más extensiva de este derecho, en línea con lo dispuesto en la SAN de 6 de febrero de 2001 (Nº Proced. 115/2000) donde se asume que sindicatos y secciones sindicales tienen derecho a transmitir con mesura y normalidad noticias de interés sindical a sus afiliados, y a los trabajadores en general a través del correo electrónico preexistente y puesto a disposición por la empresa, -en el mismo sentido, SAN de 5 de abril de 2002 (Nº Proced. 21/2002), de 29 de abril de 2004 (Nº Proced. 17/2004)-, frente una interpretación más restrictiva en las sentencias que señalan que la empresa no está legalmente obligada a facilitar estos medios. Véase, sin ánimo de exhaustividad, STSJ de Asturias de 1 de marzo de 2002 (RJ 3129/2001) que recuerda que la legalidad vigente “no permite reconocer en términos absolutos (...) el derecho a utilizar el medio de correo electrónico a través del servicio de la empresa para el ejercicio de la actividad sindical”. En el mismo sentido, SSTSJ de Madrid de 21 de junio de 2005 (RJ 962/2005), de Andalucía de 25 de julio de 2007 (RJ 491/2007), y de Navarra de 14 de abril de 2008 (RJ 83/2008).

²¹³ Recálquese que una iniciativa en tal sentido, que fue desestimada en votación el Congreso de los Diputados, fue propuesta por el Grupo Mixto (Vid. BOCG de 18 de mayo de 2000).

condicionado, de modo que los representantes legales de los trabajadores no pueden argüir una interpretación teleológica del tablón de anuncios que establezca un derecho absoluto a utilizar los servidores de la empresa para el tablón basándose en que el acceso a internet y al uso del correo electrónico son libres; justo al contrario, este derecho al tablón de anuncios no se adquiere por automática consecuencia del previo uso de internet y correo, sino que requiere acuerdo expreso entre los interlocutores sociales. Así las cosas, a falta de convenio o acuerdo en el que se pacte esta utilización, su uso debe ser en principio un aspecto expresamente consentido por la empresa. En consecuencia cabe sostener que los sindicatos de hoy tienen tecnológicamente a su alcance nuevas herramientas con las que poder realizar su acción representativa con las que no contaban cuando se promulgaron la LOLS ni las últimas reformas del ET. Pero esta facilidad técnica no tiene su correspondencia directa en un reconocimiento normativo automático de ejercer su uso como derecho frente al empresario.

Se plantea una posible aplicación analógica de las normas existentes a fin de dar respuesta a estas cuestiones introducidas por las TIC. Así, en los casos en los que según ET y LOLS corresponda poner a disposición de los representantes de los trabajadores o de las secciones sindicales un local, éste deberá ser adecuado, en cuanto a lugar donde se encuentre, a sus dimensiones y características y a su equipamiento. A este tenor los Tribunales de Justicia vienen exigiendo que “el local sea adecuado, entendiéndose por tal que ha de servir a los que se entrega que no son otros que el desarrollo por los representantes de las funciones representativas”²¹⁴. No cumplirá tal condición el local que “carece de forma absoluta de mobiliario, línea telefónica y de fax, ordenador, medios que sí se habían proporcionado a las restantes organizaciones sindicales”, puesto que lo exigible es que en el local “pueda desarrollarse eficazmente la actividad de la representación”²¹⁵. En apoyo de estas ideas, para autores como ARGÜELLES BLANCO²¹⁶ no parece dudoso la obligación de suministrar el uso de un local se acompañe de una infraestructura con la cual, a su vez, alcance a “reunir un mínimo de idoneidad”, estando dotado de “material apropiado y suficiente” para desarrollar las actividades previstas.

²¹⁴ Como muestra véase STSJ de la Comunidad Autónoma de Canarias (Las Palmas), de 28 de Junio del 2002 (RJ buscar 2039, FJ 4º).

²¹⁵ STSJ de la Comunidad Valenciana, de 30 de abril de 2002 (RJ 4724, FJ Único).

²¹⁶ ARGÜELLES BLANCO, A. R.: “Derechos para la libre expresión y comunicación de los representantes unitarios: local y tablón de anuncios”, *Actualidad Legal Aranzadi*, Pamplona, 2000, pág. 379. En sentido similar, ÁLVAREZ DE LA ROSA, M., *La organización del sindicato en los lugares de trabajo (Empresa y Administración Pública)*, Civitas, Madrid, 1991, pág. 132.

La “adecuación tecnológica” del local podría ser exigible en aquellas empresas donde el uso de las tecnologías de la información se encuentre plenamente incorporado. En tales circunstancias el local adecuado debería tener lo necesario para realizar una conexión con internet, lo cual supone disponer de un ordenador y módem o instalación para conectarse con la red interna de la empresa. En este contexto, habilitar un local para el uso de los representantes de los trabajadores desprovistos de estas facilidades podría calificarse como una actitud que dificulta el libre ejercicio de las funciones representativas y los derechos de información. En ese caso el local no sería adecuado y la obligación genérica no se podría considerar cumplida. Si empleamos argumentos aún más directos, podría incluso entenderse que el incremento en la utilización de las TIC en las empresas habría dejado obsoleto por sí mismo al tablón físico tradicional, de manera que su lugar ha de entenderse en todo caso como suplido por su modalidad electrónica, más acorde con los tiempos.

Otras reflexiones salen también al paso. Se entiende que las funciones del tablón bien pueden cumplirse a través del correo electrónico y otro tipo de redes informáticas. El hecho de que éstas sean propiedad del empresario no variaría en nada esta conclusión. Los tabloneros también lo son y ello no ha impedido al legislador obligar a aquél a ponerlos a disposición de los representantes. También las salas de reuniones y el papel que muchas veces se utilizan para los comunicados pertenecen al empresario²¹⁷. Hay que considerar entonces que la evolución tecnológica permite el empleo de medios más sofisticados, rápidos, útiles y directos, que el tradicional “tablón” o la no menos habitual “hoja informativa” expuesta en el mismo y/o entregada en mano, de tal manera que en aras a satisfacer ese derecho, no pueden existir impedimentos legales para utilizar otros medios que busquen esa misma finalidad y con las características ya expuestas [costeados por el empresario], aunque, lógicamente, su empleo deba adaptarse a sus particularidades y condiciones, en este caso el correo electrónico. Las particularidades a tener en cuenta serían: a) deben tener acceso al correo electrónico los mismos que normalmente ejercitan tal derecho en los tabloneros de anuncios; b) ha de respetarse la libertad de expresión, si bien con las modulaciones propias de su ejercicio en el ámbito laboral; c) la información no debe desbordar el marco empresarial, yendo dirigida a informar exclusivamente a los trabajadores de la empresa; d) las comunicaciones deben

²¹⁷ En este sentido se ha pronunciado la doctrina. Vid., entre otros, AA. VV. (SEMPERE NAVARRO, A. V.; SAN MARTIN MAZZUCONI, C.): *Nuevas tecnologías...* Op. cit., p. 150; GARCÍA VIÑA, J.: “Relaciones laborales e internet”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, Madrid 2003, Núm. 223, pág. 51.

salvaguardar el sigilo profesional que establece el artículo 65.2 ET; e) la utilización del correo electrónico no debe impedir la actividad empresarial, aunque han de evitarse interpretaciones abusivas sobre tal subordinación y que en la práctica impidan su ejercicio. Sin embargo, otras resoluciones judiciales realizan una interpretación literal del precepto, excluyendo que el tablón de anuncios pueda asimilarse en su reconocimiento para uso sindical a otros medios electrónicos de comunicación²¹⁸. De tal manera, los comités de empresa o delegados de personal solamente podrían hacer uso del correo electrónico empresarial o disponer de un tablón de anuncios electrónico residenciado en el servidor de la empresa constanding el previo pacto o autorización expresa de la empresa.

Por si lo anterior no fuera suficiente, además la articulación de la utilización de los sistemas de comunicación empresariales para fines de interés representativo está sujeta a la buena fe, de modo que las situaciones excesivamente onerosas para el empresario justificarán, con carácter general, la matización de aquella obligación empresarial. Cuando los medios materiales estén afectados a la actividad productiva de la empresa, como podría ser la utilización de los sistemas de comunicación, difícilmente podrán emplearlos cuando su uso colisione con la actividad empresarial²¹⁹.

Desde la STC 281/2005 se entiende que recae sobre el empresario un deber de mantener al sindicato en el goce pacífico de los instrumentos aptos para su acción sindical, siempre que tales medios existan, su utilización no perjudique la finalidad para la que fueron creados por la empresa y se respeten los límites y reglas de uso. Surgiría así un deber de que se suministren o de pongan a disposición de los trabajadores, y a cargo del empresario, tales medios, salvo que los mismos supongan un coste o gravamen inadmisibles para el empresario. La carga de la prueba de dicho perjuicio corresponde en todo caso al empresario que la alegue, de manera que si no logra demostrar dichos perjuicios el derecho de los trabajadores no conoce ya cortapisa alguna²²⁰. Así las cosas, sin mediar acuerdo expreso, el uso

²¹⁸ En este sentido, la SAN de 13 de noviembre de 2013 RJ 4656 FJ. 4º.

²¹⁹ Vid. TUDELA CAMBRONERO, G.: *Las garantías de los representantes de los trabajadores en la empresa*, Tecnos, Madrid, 1991, pág. 211.

²²⁰ Que, con carácter general, no es compensable económicamente ya fue reflejado por la doctrina hace años, Vid. ARGÜELLES BLANCO, A. R.: "Derechos para la libre expresión y comunicación de los representantes unitarios: local y tablón de anuncios", *Actualidad Laboral*, Núm. 2, Madrid, 2000, pág. 370. La suerte de la cuestión a este respecto adolece de una línea unitaria, siendo pues un terreno proclive a la dispersión y al casuismo. En la materia que nos ocupa, casos en que tal conjunto de medios fue reclamado y así reconocido en sede judicial, véanse, entre otras, la STS de 23 de julio de 2008 (RJ 97/2007), y la STSJ de Castilla y León de 30 de julio de 2007 (RJ 505/2007) que califica como una conducta lesiva de la libertad sindical la negativa empresarial de

de estos medios por las secciones sindicales (posibilidad admitida en algunas sentencias en suplicación)²²¹, a entender algunos autores como PÉREZ DE LOS COBOS “constituye una limitación importante de unas facultades típicas del propietario: la facultad de excluir a los terceros del uso de un bien (...)”, y que esta limitación carece de apoyo legal y no tiene fundamento en el artículo 28.1 CE, porque el “contenido esencial de la libertad sindical no incluye las prestaciones del empresario para promover la actividad del sindicato”²²². Algún pronunciamiento habría hecho incluso una interpretación extensiva del derecho a un tablón de anuncios físico, que pasaría a considerarse como un tablón virtual²²³. Se trata de una postura garantista máxima que no es compartida de modo unánime, ni por la jurisprudencia ni por la doctrina.

Se plantea pues, con relación al tablón de anuncios virtual, la necesidad de mediar entre ambas posiciones, una excesivamente restrictiva y otra demasiado extensiva. En el punto de equilibrio debemos valorar las condiciones en las que, por impacto de las TIC, un derecho ejercido sobre medios materiales tiene ahora una dimensión electrónica, y ver hasta qué punto han de ser consideradas razonables las exigencias que determine la empresa. Una interpretación extensiva del artículo 8.2 LOLS sería factible, e incluso muy beneficiosa por los sindicatos. Pero no sería el único modo de garantizar dicho derecho constitucional. Existen cauces que permiten

permitir el uso de los medios informáticos a una sección sindical, permitiendo el uso a otras secciones y al comité. En el mismo sentido, la STSJ de Andalucía de 12 de junio de 2008 (RJ 990/2008) confirmada por STS de 30 de noviembre de 2009 (RJ 3529/2008), y STSJ de Cantabria 16 de octubre de 2009 (RJ 722/2009). No reconocen, sin embargo, este derecho a la luz de las circunstancias concurrentes, las SSTSJ de la Comunidad Valenciana de 15 de febrero de 2007 (RJ 4660/2006) y de Madrid de 4 de junio de 2008 (RJ 1267/2008), en esta última se dirime la legalidad de una práctica empresarial que redacta un protocolo de uso del correo electrónico en el que se contempla una minoración de otros medios (v. gr. fotocopias). De otro lado, en otros fallos se confirma la negativa empresarial a reconocer el derecho al uso de los medios telemáticos por el elevado coste, como en la SAN de 12 de junio de 2010 (Nº Proced. 80/2010), cuyo recurso fue resuelto por la STS de 22 de junio de 2011 (RJ 153/2010), o posteriormente en la STS de 17 de mayo de 2012 (RJ 202/2011).

²²¹ Entre las cuales (admitiendo dicha posibilidad con base a lo dispuesto en el artículo 8.1 c) de la LOLS en lo que hace a un uso individual, mientras que si el uso se reconoce a los representantes unitarios de los trabajadores, la base es el artículo 81 ET y 68.d) la LOLS) destaca la STSJ de Castilla y León de 23 de marzo de 2006 (RJ 199/2006) En cambio se niega tal derecho a un sindicato sin presencia en el comité y que además carecía de la condición de más representativo. La muestra la hallamos en la SAN de 7 de julio de 2010 (Nº. Proced. 86/2010), confirmada por STS de 20 de mayo de 2011 (RJ 169/2010). Veremos que la cuestión de la representatividad del sindicato en cuanto a sus elementos de derecho al acceso a un medio informático como el tablón de anuncios virtual implica una cuestión dirimente de primer orden.

²²² PEREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: “El uso sindical de los medios informáticos de la empresa”. *Relaciones Laborales*, Núm. 5-6. Madrid. 2009, págs. 21 y sigs.

²²³ Cítese a tal tenor la STSJ de Castilla y León de 30 de julio de 2007 (RJ 505/2007).

igualmente la comunicación de los sindicatos con los trabajadores que no imponen a la empresa la obligación de poner a disposición de los trabajadores una suerte de tablón virtual. Si se sigue este segundo planteamiento, el derecho a disponer del tablón de anuncios virtual por parte de los representantes sindicales se vería menoscabado. De cualquier modo, resulta evidente que esta disyuntiva incide sobre el contenido esencial de la libertad sindical, pues los actos dirigidos únicamente a limitar el contenido esencial (aquí informativo) de la libertad sindical son lesivos de ésta. Nos hallamos ante una manifestación del conflicto de intereses entre los derechos de los sindicatos y el funcionamiento de la organización productiva que incumbe al empresario²²⁴.

A la hora de aportar una solución, entendemos con apoyatura en cierta jurisprudencia²²⁵ que lo más apropiado sería operar una lectura actualizada desde parámetros tecnológicos con relación a los artículos 81 ET y 8.2 LOLS. Aquí las empresas ya más familiarizadas con las TIC en su quehacer diario podrían propiciar unas pautas iniciales. Por ejemplo sería factible en el caso de dichas empresas que se les facilitase unos medios técnicos necesarios dentro la intranet corporativa. Éstos pueden consistir en un buzón sindical de libre acceso en la empresa, o en cualquier otro medio tecnológico que resulte eficaz para garantizar la libre comunicación electrónica en el seno de la empresa, con garantía de la privacidad y sin que origine cargas económicas o disfunciones operativas nocivas para el empresario.

La necesidad de esta reforma es evidente. La eficacia de la acción representativa en un escenario productivo sustancialmente diferente al existente en el momento de aprobación del ET y la LOLS requiere de una modificación legislativa que garantice una correcta ponderación de los intereses en juego, es decir, entre las facultades de dirección del empresario y el interés sindical en utilizar estos medios instrumentales.

²²⁴ Ya puso de relieve la STC 281/2005 (FJ 7º) que sería incompatible con la efectividad del derecho la negativa del empresario a poner a disposición de los sindicatos los instrumentos de transmisión que resulten aptos y “cuyo empleo sindical pueda armonizarse con la finalidad para la que hayan sido creados, lo que sucederá cuando la negativa constituya una mera resistencia que no encuentre justificación en razones productivas o en la legítima oposición a asumir obligaciones específicas y gravosas no impuestas al empresario, pues en esa hipótesis de acción meramente negativa el acto de resistencia únicamente daría como resultado la obstaculización del ejercicio fluido, eficiente y actualizado de las funciones representativas, sin ocasionar, en cambio, provecho alguno”.

²²⁵ Sirviendo de referente la STSJ de Cantabria de 16 de octubre de 2009 (RJ 722/2009), al cual enuncia que, ante la ausencia de pautas legales, debieran “emplearse los instrumentos de comunicación, de manera que permita armonizar su manejo por el sindicato y la consecución del objetivo empresarial que dio lugar a su puesta en funcionamiento, prevaleciendo esta última función, en caso de conflicto”.

La regulación debiera establecerse con un claro ánimo promocional, que favoreciese el ejercicio de los derechos de reunión, comunicación e información sindical. Hasta dicho momento tendrá que ser la negociación colectiva la que pautе los términos de uso de estos medios informáticos, es decir, el acceso a la intranet de la empresa o la posible creación de un espacio virtual, que, con denominaciones diversas (sitio, página web, tablón virtual de anuncios, portal sindical, tablón electrónico) garantice esta comunicación. MARTÍNEZ CAMPAL, apunta que serán los hechos consumados de la revolución tecnológica, en unión a la autonomía colectiva, los que consagren definitivamente al tablón de anuncios virtual como medio ordinario en los procesos comunicativos habidos entre las partes sociales²²⁶.

3.- Incidencia tecnológica en la conflictividad laboral y el derecho de huelga

En el presente epígrafe habría que distinguir el concepto mismo de TIC a los efectos del derecho de huelga, tal como viene reconocido en el artículo 28.2 de la CE. Es el único derecho fundamental que aún permanece sin su correspondiente Ley Orgánica de desarrollo. Su normativa de referencia sigue siendo el RDL 17/1977, de época preconstitucional, y actualizado por una jurisprudencia casuística y compleja. Y a dicha complejidad se acumula la existencia de unas relaciones laborales cada vez más marcadas por la componente tecnológica. Tendremos pues, con relación a la huelga, de que tecnologías hablamos en realidad. Debe entenderse que sólo constituyen TIC aquellas tecnologías que entran en la noción de informática en su más amplio sentido, sea para facilitar la comunicación a distancia de personas, sea incluso para sustituir la actividad de las personas por medio de actividades de programación. El modo en que éstas TIC inciden en el marco de la huelga y de la conflictividad laboral entraría plenamente en nuestro objeto de investigación. Pero no es menos cierto que otras tecnologías no son TIC, en concreto, las cámaras y demás dispositivos de registro y grabación de audio y video, conocen desde hace ya largo tiempo un creciente impacto en el modo en que se desarrolla el derecho a la huelga. Ello nos lleva a operar el estudio del impacto tecnológico en el derecho de

²²⁶ Vid. MARTÍNEZ CAMPAL, A. *La libertad sindical y el uso de las nuevas tecnologías de comunicación en el ejercicio de las libertades de expresión e información por los representantes de los trabajadores*, Iustel, Madrid, 2011, pág. 298. Este autor confía en el papel de las soluciones aportadas por los convenios colectivos, las cuales son tremendamente diversas. De la mano de dicho autor apreciamos que en alguno de ellos se establece una transición en el sentido de reducir el volumen de las comunicaciones remitidas por los medios tradicionales (fotocopias, notas en soporte papel, teléfono, etc.) y la empresa, a cambio, sufragará este espacio virtual.

huelga desde dos puntos de vista, el de las tecnologías ajenas a las TIC y de las que constituyen la referida categoría. Esta es la diferenciación a la que se ajustan los epígrafes siguientes.

3.1.- Derecho a la huelga y tecnologías de grabación de imagen y sonido

Las implicaciones tecnológicas en el marco del derecho constitucional a la huelga sólo se entendieron desde parámetros de control en su ejercicio. Como decíamos arriba, no se trata propiamente de TIC, sino de instrumentos de grabación y registro de audio y video, empleados como mecanismos de vigilancia según el empresario y autoridades (para los trabajadores de coerción o intimidación) en el ejercicio de este derecho. Desde la polémica, autores como SEMPERE y SAN MARTIN²²⁷ apuntan que pueden darse tentaciones excesivas por parte del empresario si se usan indiscriminadamente de medios tecnológicos que registran a los huelguistas. Efectivamente éstos pueden llegar a cohibirse a la hora de usar de este derecho. A este respecto la posición de los Tribunales, si bien conoce importantes aportaciones, no disipan todas las complicaciones que reviste la cuestión sobre el terreno práctico. Para los Tribunales es el ánimo o intención existente en el empresario que usa de los mecanismos de vigilancia el elemento esencial que ha de tomarse en cuenta para calibrar la licitud o no su empleo aplicado sobre los trabajadores huelguistas. Dicho ánimo debe circunscribirse a un mantenimiento de la seguridad en los bienes y propiedades del empresario, a la par que garantiza el derecho a trabajar de quienes no quieren secundar la huelga²²⁸. En modo alguno debe existir en la conducta empresarial una intención disuasoria encaminada en sí misma a desmotivar el ejercicio de la huelga por parte de los trabajadores que la apoyan. Si ya resulta complejo el uso de los instrumentos de vigilancia dentro del centro de trabajo, más aún lo es cuando la actividad de huelga se hace fuera del centro de trabajo y adquiere desarrollo en espacios públicos. Al poder existir cámaras en tales espacios, algunos Tribunales entienden en cualquier caso que los límites no existen. Las cámaras están allí por meros motivos de seguridad, y en espacio público y no

²²⁷ Aspecto por el que AA. VV. (SEMPERE NAVARRO, AV. y SAN MARTIN MAZZUCCONI, C.): *Nuevas tecnologías...* Op. Cit., pág. 166 demuestran una peculiar inquietud.

²²⁸ En la STSJ de Murcia de 11 de mayo de 1999 (RJ 1999/1596) se entendió que no se producía intimidación reprochable al empresario, ya que las cuatro cámaras de circuito cerrado de televisión habían sido instaladas en la empresa por razones de seguridad veinte meses antes de que se iniciara el conflicto colectivo, y su instalación no era desconocida por los trabajadores. En otro pronunciamiento, concretamente en STSJ de Murcia de 20 marzo de 2000 (RJ 2000/316), el mismo Tribunal sí entendió que la instalación de cámaras obedecía *ex profeso* a la existencia de la huelga, decretándose la impropiidad e inadmisibilidad de su uso por parte del empresario.

cabe inferir de ello obstáculo alguno que coarta el derecho de huelga²²⁹. Tampoco habría vulneración cuando lo registrado consiste en reuniones que se llevan a cabo dentro de la empresa con la intención de convocar una huelga, pues son actos de indubitado carácter público²³⁰.

3.2.- TIC y derecho de huelga

La parquedad aún más acusada en el entorno normativo propio del derecho de huelga hace que la cuestión sea aún más compleja. Sobre el papel la única limitación que en el RDL 17/1977 incide sobre las facultades de la empresa es la que prohíbe la sustitución de los trabajadores huelguistas (artículo 6.5). Otras disposiciones posteriores, ya en período plenamente constitucional, han tocado tangencialmente cuestiones relativas al derecho de huelga, pero siempre de un modo fragmentario e indirecto, en definitiva análogo al antes visto²³¹. Ha sido el Tribunal Constitucional, el que ha ido interpretando el contenido del derecho a la huelga de modo acorde a la realidad social. Su pronunciamiento capital ha sido todo este tiempo la STC 11/1981 de 8 de abril, que para muchos ha tenido un valor práctico asimilable a esa LO sobre el derecho de huelga que no existe²³². En lo tocante al derecho a la huelga, el Tribunal Constitucional tenido, con el paso de los años y la creciente complejidad tecnológica de la economía, que dar soluciones en situaciones muy complejas. Tal el caso de las relaciones que se dan entre empresas contratadas y subcontratadas, con los problemas que en semejante contexto se derivan para los trabajadores en huelga²³³.

²²⁹ STSJ de Galicia de 14 de julio 1992 (RJ 1992/3863).

²³⁰ STSJ de Galicia de 14 diciembre 1999 (RJ 1999/3944).

²³¹ Caso del RDL 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, limitándose su artículo 8, 10º a considerar como únicos "actos del empresario lesivos del derecho de huelga" los consistentes en la sustitución de los trabajadores huelguistas, por otros "no vinculados al centro de trabajo", mientras que el artículo 19, 3º, a) de la misma norma, sanciona la sustitución con trabajadores puestos a disposición por una empresa de trabajo temporal.

²³² STC 11/1981 de 8 de abril (BOE Núm. 99, de 25 de abril de 1981).

²³³ A título de simple muestra, recordaremos las SSTC 77/2010 de 19 de octubre de 2010 (BOE de 18 de noviembre de 2010) y 101/2012 de 16 de noviembre (BOE de 17 de diciembre de 2012), en los que se declaraba la nulidad del despido de los trabajadores acordado por la empresa contratista, como consecuencia de que la empresa principal rescindió la contrata estando expresamente prevista en el contrato de trabajo esta posibilidad, ya que el motivo de rescisión de aquella contrata no es otro que la huelga realizada por los trabajadores de la contratista. Y sigue diciendo el Tribunal Constitucional: "de poco servirían las prohibiciones, garantías y tutelas establecidas en la legislación laboral en relación con las actuaciones empresariales lesivas del derecho de huelga si se admitiera que éstas alcancen únicamente al contratista, empresario directo en la relación laboral, y no al empresario principal, que es sobre quien habrán de recaer en

Pese a dicha escasez normativa, lo que sí parece cierto es que la actuación del empresario como interlocutor en la huelga reduce o impide sus facultades regulares de dirección y control de la relación laboral mientras dure el conflicto. Por su parte, en consideración a aspectos ya vistos, la convocatoria de huelgas sea por correo electrónico o tablones de anuncios virtuales estaría sometido a las mismas problemáticas ya tratadas anteriormente en dichos ámbitos.

Todo ello resulta lógicamente ser del lógico desagrado del empresariado. El hecho de que las TIC se usen para movilizar a los trabajadores en contra de los empresarios en procesos de huelga y movilización, incluso para conseguir un apoyo popular por medio de redes sociales y similares, provoca precisamente una reacción empresarial contraria. Y tal reacción lo es asimismo en clave de las mismas TIC, las cuales son crecientemente vistas por los empresarios como un medio de liberarse de la amenaza de la huelga y de sus resultas, al menos en lo tocante al desarrollo normal de los procesos productivos en la empresa. Ciertos autores ya se han pronunciado sobre este particular como MORALO GALLEGO²³⁴. Paradójicamente el elevado nivel de desarrollo al que está llegando la informática permite a ciertas empresas sostener durante la huelga su proceso productivo sin la más mínima participación de nuevos trabajadores, tan sólo programando sus sistemas informáticos con antelación al inicio de la huelga. Los equipos son pues ajustados de forma automatizada, infalible, con total precisión y exactitud en el tiempo, quedando plenamente operativos mientras se mantiene la situación de conflicto²³⁵.

Cabría pues preguntarse si además de la tradicional prohibición de contratar trabajadores sustitutos de los huelguistas no sería también preciso declarar como ilegal la habilitación de mecanismos de este tipo en escenarios de huelga. Tenemos

última instancia los efectos económicos lesivos de la huelga y quien, por tanto, podrá estar igual o más interesado que el contratista en combatirla”.

²³⁴ MORALO GALLEGO, S.: “El ejercicio del derecho de huelga y el impacto de las nuevas tecnologías y la descentralización productiva”, en FALGUERA BARÓ, M. (Coord.): *El ejercicio del derecho de huelga y el impacto de las nuevas tecnologías y la descentralización productiva*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2003, pág 218. MORALO infiere que puede aumentar la tentación por parte del empresario de acudir a las TIC con la intención de depender cada vez menos de los trabajadores, y evitar así la generación de huelgas. Para dicho autor: “En ciertos sectores el alto nivel de tecnificación permite reducir al mínimo la necesidad de la mano de obra en determinados momentos del proceso productivo, pudiendo incluso llegar a suprimirse íntegramente la participación de los trabajadores, por más que sea de manera puramente temporal y transitoria y se reduzca la calidad y cantidad del servicio que se ofrezca a los clientes”. Para otras visiones complementarias se recomienda también a AA. VV. (BAYLOS GRAU, A., y VALDÉS DE LA VEGA, B.): “El efecto...”, Op. cit, págs. 153-154.

²³⁵ MORALO GALLEGO, S.: *La tutela judicial de los derechos fundamentales; el derecho de huelga*, Actas del XI Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España (ACE), Madrid, 2012, pág. 29.

así los casos de las empresas de telefonía, radio y televisión, sobre los que ha habido algunos polémicos precedentes. También está todo el sector bancario, en especial en lo aplicable a los cajeros automáticos. En estos supuestos, el principio de no alteración de la normalidad productiva se garantiza autónomamente desde la misma tecnología desplegada por la empresa.

En dichos sectores ya de por sí tecnificados, cuestiones esenciales como la prestación de los servicios mínimos en contextos de huelga resultan suplidas por intervención de la Administración ante la ausencia de acuerdo posible entre las partes en conflicto. Cuando así se ha producido, siempre ha sido con descontento general y en medio de agrias polémicas. La casuística respecto a este particular es muy acusada, y los ámbitos propios del sector tecnológico no son una excepción. Sería pues adecuado traer al recuerdo algunas muestras, de entre las cuales destacan las procedentes de la huelga acaecida en RTVE el 20 de junio de 2002.

Se adoptaron hasta un total de cinco RD con ocasión de dicha huelga, los numerados respectivamente como 527 a 532/2002 de fecha de 14 de junio. El primero de ellos impuso unos servicios mínimos, consistentes en que debían mantenerse durante la huelga, “la emisión, dentro de los horarios y canales habituales de difusión, de una programación grabada”, junto con la producción y emisión de la normal programación informativa²³⁶. Este tipo de prescripciones se trasladó también en los supuestos de radios y televisiones privadas, sobre la base del carácter “esencial” de estos servicios, de manera que se garantiza ante la huelga tanto la continuidad de la programación en su totalidad²³⁷. Para el Tribunal Supremo, por otra parte, la televisión privada es un servicio público y, según parece, la interrupción de la emisión, por mínima que fuera “supondría el vaciamiento absoluto de los derechos al ejercicio de la actividad televisiva y a recibir emisiones televisivas reconocidos y garantizados en el artículo 20.1 d) de la CE”, teniendo en cuenta que el derecho de huelga queda preservado porque la programación grabada ha permitido la reducción de la plantilla que debe estar presente el día de huelga²³⁸.

²³⁶ RD 527/2002, de 14 de junio, artículos 2 a) y b).

²³⁷ RD 531/2002, de 14 de junio, artículos 3 a) y b).

²³⁸ STS de 17 de enero de 2003, que resuelve la impugnación del RD 531/2002 de 14 de junio por la UGT. La sentencia cuenta sin embargo con un interesante voto particular, obra de los Magistrados Maurandi Guillén y Murillo de la Cueva, en el cual, recordando la propia doctrina de la Sala al respecto, entienden que la emisión de un programación grabada en horario normal de emisión, priva de repercusión apreciable a la huelga al dar una apariencia de normalidad al servicio que conculca directamente la función y la eficacia de la huelga como medida de presión.

Con ocasión de la mencionada huelga general de 2002, también se consideraron servicios esenciales los sectores con predominio de las tecnologías de información y comunicación. El artículo 2 del RD 529/2002 de 14 de junio aseguró que “la red constituye el soporte de los servicios de difusión de televisión”, y que fundamentalmente se dirige a los operadores por cable de televisión. La referida norma declaró rotundamente que, en caso de huelga, se debía garantizar “la continuidad en el funcionamiento de las redes de telecomunicaciones soporte de los servicios de difusión de la televisión”. Para el poder público había que proteger de manera completa la posibilidad de los ciudadanos de poder ver la televisión, y comoquiera que “ciertos usuarios” ven la televisión por cable, esta opción minoritaria de acceso a la televisión debía también garantizarse de manera completa.

El artículo 2 b) del RD 530/2002, de 14 de junio, entendió conveniente garantizar en situaciones de huelga, junto con el “encaminamiento de las llamadas a servicios de emergencia”, y la conexión entre los puntos de terminación de las redes fijas y móviles y las redes públicas, la actividad de transmisión de datos, y en especial al acceso a internet. Para la Administración esta actividad debía mantenerse en su totalidad, sin que se interrumpiese el servicio, tanto en el acceso a internet en los servicios de empresa como en el acceso a particulares. Diversas órdenes ministeriales precisaron esta idea con mayor exactitud, de acuerdo con los parámetros propios de la noción europea del “servicio universal”²³⁹, de manera que tal servicio o actividad “forma parte del servicio universal la transmisión de datos a velocidades suficientes para acceder de forma universal a internet, con lo que se trata de una prestación que debe garantizarse a la generalidad de los ciudadanos”. Resulta más que obvio que semejante cuestión se desvela especialmente importante para “los ciudadanos trabajadores a distancia o teletrabajadores”, para quienes “las comunicaciones en internet son tanto o más esenciales que los servicios de transporte físico”²⁴⁰. Asimismo, y en aplicación de la línea descrita, el principio de continuidad se impone también en los servicios de telefonía móvil.

²³⁹ Contenida en la Directiva 2002/22/CE, de 7 de marzo.

²⁴⁰ Orden del Ministerio de Ciencia y Tecnología de 18 de junio de 2002 sobre servicios mínimos en Eresmas Interactiva, S. A. El mecanismo es siempre el mismo, se garantiza la prestación del servicio sin interrupciones y se fija la plantilla necesaria para ello, permitiendo en consecuencia que los trabajadores que no sean necesarios para asegurar la prestación correcta del servicio puedan secundar una huelga que no puede interrumpir ni modificar el mismo. La designación de estos trabajadores se hará por acuerdo con los representantes de los trabajadores en la empresa, o por sorteo en caso de desacuerdo. En este último caso se excluirían del sorteo los representantes de los trabajadores, permitiéndoles así secundar la huelga que sus sindicatos han convocado.

Los pronunciamientos jurisdiccionales con los que actualmente se cuenta parecen confirmar los extremos seguidos por los Reales Decretos acabados de estudiar, y demás normativa en materia de servicios mínimos en materia de TIC adoptados por la Administración, sólo que trasladados mucho más específicamente a un entorno laboral mediatizado por el uso de las TIC. La cuestión toma un triple interés; primero, por su implicación en la componente relacional y humana; segundo, porque acontece claramente en un contexto de interacción por parte de los actores sociales, en el que las TIC son protagonistas; y tercero, porque las mismas TIC son parte esencial en un mundo globalizado e interconectado, por lo que cualquier acción de huelga podría ser considerada como un ataque o impedimento contrario a dicha realidad, considerada ya por muchos ciudadanos como un patrimonio común e irrenunciable de derechos²⁴¹.

²⁴¹ Cítese por ejemplo la STSJ de Cataluña de 9 de marzo de 1998 (RJ 2292), confirmada íntegramente por STS de 27 de septiembre 1999 (RJ 5843), que considera que la empresa se encuentra legitimada para intentar mitigar en la medida de lo posible los efectos de la huelga, mientras no incurra en alguna de las conductas prohibidas de sustitución de trabajadores, no estando imposibilitada para utilizar los recursos técnicos de que disponga para minimizar sus consecuencias. Por su parte, el Tribunal Supremo en sentencia de 11 de junio 2012 (RJ 5579) falló que: “no existe ningún precepto que prohíba al empresario usar los medios técnicos de los que habitualmente dispone en la empresa, para atenuar las consecuencias de la huelga”. De ello se deduciría que, si las emisiones pre-programadas se realizaron sin ser interrumpidas, ello mismo resultaría lícito y no incompatible con el legítimo ejercicio del derecho a la huelga, siempre y cuando: “los huelguistas no hubieran sido sustituidos por otros trabajadores, ni extraños a la empresa, ni de su propia plantilla”. El argumento seguido sería porque el derecho de huelga: “garantiza que los huelguistas puedan realizar los paros sin ser sancionados por ello, pero no asegura el éxito en sí de la iniciativa de huelga, ni en el logro de los objetivos pretendidos, ni en el de conseguir el cese total de la actividad empresarial”.

CAPÍTULO IV

TIC Y CAMBIOS ESPACIOTEMPORALES EN LA RELACIÓN LABORAL; EL TELETRABAJO

Al abordarse en el presente trabajo de investigación el impacto de las TIC en el entorno de las relaciones laborales, el teletrabajo resulta del máximo interés. El teletrabajo está enmarcado en una tendencia, que se muestra imparable, cual es la conocida como de “terciarización” de la economía²⁴². Si en la relación laboral, la cuestión espacio-temporal ha sido uno de los elementos más significativos, puesto donde se materializaba dicha relación era el puesto de trabajo, ubicado en el centro del trabajo) en el teletrabajo el lugar de la prestación se desplaza precisamente fuera de dicho entorno empresarial. Nada pues como el teletrabajo como piedra de toque para dilucidar hasta qué punto el impacto de las TIC trastorna las pautas relacionales de los sujetos.

1.- Delimitación de la figura del teletrabajo y sus elementos constitutivos

El teletrabajo presenta un marco especialmente complejo y multiforme, respecto del cual, ya la incipiente doctrina, tanto legal como científica, no ha hecho sino apuntar sus primeros pasos. La venida del trabajo a casa gracias a las TIC, y no ya a la inversa, arroja para el estudio todo un novedoso e inquietante microcosmos, que procederemos a desgranar a continuación. A este fenómeno varios autores dedican sus investigaciones al teletrabajo. Entre ellos, el principal resulta ser como jurista THIBAUT ARANDA²⁴³, cuyo testigo han tomado otros juristas en los años

²⁴² Vid. ALONSO OLEA, M.: *Introducción al Derecho del Trabajo*, Edición Revisada, renovada y ampliada al cuidado de CASAS BAAMONDE, M. E. y ALONSO GARCÍA, E.), Civitas, Madrid 2013, Pág. 147. Dicho autor proclama abiertamente que la entronización de las TIC en el marco laboral han provocado un creciente fenómeno de terciarización de la economía. Ello no deja de tener su notable impacto, además de propiciar un drástico cambio en la configuración del mismo sector terciario. En efecto: “Por más que también haya alcanzado a los servicios la avalancha irresistible de las nuevas tecnologías; aunque sea en los servicios en donde se perciben aun ‘yacimientos de empleo’, aquéllas son causa de la eliminación masiva (así en trabajos sectoriales y de comunicaciones) de puestos ‘terciarios’ sustituidos por máquinas que trasladan antiguos trabajos por cuenta ajena al público en general (el ejemplo del cajero automático es el más representativo); o su desplazamiento al ‘sector informal’ `por medio de contrataciones –que no contratos- de servicios ante los costes tremendos (por ejemplo, en superficie de oficina) de su empleo formal”.

²⁴³ Este autor tiene una prolija obra dedicada al fenómeno del teletrabajo desde una perspectiva jurídica, en obras tanto individuales como colectivas. Sobre las primeras Vid. THIBAUT ARANDA, J.: “Aspectos jurídicos del teletrabajo”, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, Madrid, 169

siguientes²⁴⁴. Desde otra perspectiva, como resulta ser el enfoque sociológico, el autor más destacado es BELZUNEGUI ERASO, quien proporciona interesantes datos estadísticos²⁴⁵, y que concibe el teletrabajo como una suerte de modernización

1998, Núm. 11, págs. 93-108; THIBAUT ARANDA, J.: *Teletrabajo y teledisponibilidad. Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo: X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Zaragoza, 28 y 29 de mayo de 1999, Zaragoza, 2000, págs. 895-910; THIBAUT ARANDA, J.: *Teletrabajo y ordenación del tiempo de trabajo III Jornadas sobre informática y sociedad*, Miguel Ángel Davara Rodríguez (ed.), Madrid, 2001, págs. 233-250; THIBAUT ARANDA, J.: "Teletrabajo forzado a domicilio", *Actualidad laboral*, Madrid, 2006, Núm. 4, págs. 386-396. En relación a las segundas Vid. AA. VV. (THIBAUT ARANDA, J., FANDOS, J. J., ALVAREZ, J. M. BRIZ, J. L.): *El teletrabajo. Acciones e investigaciones sociales*, Zaragoza 1998, Núm. 8 (Ejemplar dedicado a: Actas de las Jornadas sobre Nuevos Empleos, Nuevas Empresas, Nuevas Relaciones Laborales, Zaragoza, del 13 al 16 de mayo de 1998, Escuela Universitaria de Estudios Sociales, págs. 201-234; AA. VV. (THIBAUT ARANDA, J., PEREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.): *El teletrabajo en España: perspectiva jurídico-laboral*. Ministerio de Trabajo e Inmigración, Madrid, 2001; AA. VV. (THIBAUT ARANDA, J., JURADO SEGOVIA, A.): "Algunas consideraciones en torno al Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo", *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, Sevilla 2003, Núm. 72, págs. 35-67.

Aparte, este autor cuenta, tanto en solitario como conjuntamente, con una significativa relevancia en el estudio de la incidencia de las TIC en general con relación al mundo de las relaciones laborales. Como obras de autoría individual destacan: THIBAUT ARANDA, J.: "La incidencia de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal, en el ámbito de las relaciones laborales", *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, Madrid, 2000, Núm. 2, págs. 169-186; THIBAUT ARANDA, J.: *Teletrabajo y derecho del trabajo*, Universitat Autònoma de Barcelona, Barcelona, 2000; THIBAUT ARANDA, J.: *El teletrabajo: análisis jurídico-laboral*, CES, Madrid, 2000; THIBAUT ARANDA, J.: *El trabajo en la sociedad digital Internet y pluralismo jurídico: formas emergentes de regulación*. Pompeu Casanovas (ed.), Barcelona, 2003, págs. 189-210; THIBAUT ARANDA, J.: *Principios de derecho de internet*, Pablo Luis García Mexía (ed.), Madrid, 2005, págs. 546-590; THIBAUT ARANDA, J.: "La vigilancia del uso de internet en la empresa y la protección de datos personales", *Relaciones Laborales*, Madrid, 2009, Núm. 1, págs. 215-226. Y como obras colectivas pueden citarse de su extensa producción las siguientes aportaciones: AA. VV. (THIBAUT ARANDA, J., PEREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.): El uso laboral del ordenador y la buena fe (a propósito de la STS de 26 de septiembre de 2007, rec. 966/2006), *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, Madrid, 2008, Núm. 1, págs. 549-557.

²⁴⁴ Entre esos otros autores que han destacado en los últimos años en su estudio sobre el teletrabajo citaremos muy especialmente SIERRA BENÍTEZ, E. M.: *El contenido de la relación laboral en el teletrabajo*. Consejo Económico y Social de Andalucía, Sevilla, 2011; ROLDAN MARTINEZ, A.: "El marco jurídico del teletrabajo", *Boletín Jurídico de la Universidad Europea de Madrid*, Madrid, 2004, Núm. 7, págs. 1-30; BERLENGUER HERNANDEZ, S.: "El régimen jurídico del trabajo a distancia", *IusLabor*, Madrid 2015, Núm 1, págs. 1-13; LAHERA FORTEZA, J.: "El impacto del teletrabajo en el derecho del trabajo a la luz de la nueva regulación española", *Revista de Derecho de la Universidad Complutense*, Madrid, 2015, págs. 57-74; SELMA PENALVA, A.: "Propuestas y reconsideraciones sobre el teletrabajo", *Anales de Derecho, Universidad de Murcia*, Murcia, 2013, págs. 20-45.

²⁴⁵ Véanse entre otras obras del mencionado autor: BELZUNEGUI ERASO, A.: *El teletrabajo: estrategias de flexibilidad*. Consejo Económico y Social, Madrid, 2002; BELZUNEGUI ERASO, A.: "Teletrabajo en España: acuerdo marco y Administración Pública", *Revista Internacional de Organizaciones* Madrid, 2008, Núm. 1, págs. 129-148; BELZUNEGUI ERASO, A.: "El teletrabajo en España: implicaciones sobre las condiciones de trabajo", *Revista Universitaria sobre Deficiencias del Trabajo*, Barcelona 2010, Núm. 6, págs. 287-296. Igualmente destaca de BELZUNEGUI su estudio editado por la Universitat Autònoma de Barcelona en 2011 *Diversificación de las condiciones de trabajo y cambios organizativos en las empresas: un estudio sobre el teletrabajo*.

Dicho autor es especialmente meticuloso a la hora de analizar el teletrabajo en sus dimensiones estadísticas. BELZUNEGUI en "El teletrabajo en España: implicaciones..." Op. cit., recaba importantes datos estadísticos con relación al número estimado de teletrabajadores y los sectores más afectados por esta modalidad en España. Dicho autor señala (págs. 289-290) que: "Según el

del taylorismo”²⁴⁶. Otras estadísticas sobre teletrabajo en España, de carácter oficial a cargo del propio INE, las suministra BERLENGUER HERNANDEZ con un matiz

informe *Status Report on European Telework: New Methods of Work 1999*, publicado por la Dirección General de la Sociedad de la Información de la Comisión Europea, los datos estimados del teletrabajo en España son los siguientes:

— En 1999 había 162.000 personas que teletrabajan en su domicilio un día a la semana como mínimo, a jornada completa y por cuenta ajena. Esta cifra representa el 1,3 por 100 sobre el total de la fuerza de trabajo.

— Los teletrabajadores móviles que realizan al menos 10 horas a la semana fuera del lugar tradicional de trabajo son aproximadamente 32.000, lo que representa un 0,5 por 100 de la fuerza de trabajo.

Por último, el citado informe cuantifica el número de teletrabajadores autónomos en 32.000, representando el 0,3 por 100 del total de trabajadores.

Según un informe presentado en la IX Asamblea Europea del Teletrabajo (París, 25-27 de septiembre de 2002), en España la cifra de asalariados que trabaja desde casa al menos un día a la semana, habría aumentado desde 1999: del 1,3 por 100 a cerca del 4,9 por 100. También otras modalidades de e-trabajo, como el trabajo móvil y los ciberautónomos habrían crecido: de ser prácticamente inexistentes en 1999 han pasado a representar en 2002 cerca del 3 por 100 de la población activa”.

Posteriormente, en “Teletrabajo en España...” Op. Cit., BELZUNEGUI actualiza sus estadísticas, a la par que facilita interesantes gráficos acerca de la evolución del teletrabajo en Europa (Págs. 135-136): “Más recientemente, la Oficina de Estadísticas de la Unión Europea, EUROSTAT, publicó para 2005 los datos correspondientes a los indicadores de ciencia y tecnología en los Estados miembros, datos entre los que figura el porcentaje de empresas con empleados que trabajan parte de su tiempo fuera de la empresa y acceden a los sistemas informáticos a distancia. Los datos ofrecidos por el EUROSTAT reflejan diferentes ritmos en la penetración social de las tecnologías de la información y la comunicación, así como también puede observarse una cierta «brecha digital» como resultado de su desigual distribución y uso social. Los países con puntuaciones más elevadas en diversos indicadores son Suecia, con un gasto en TIC equivalente al 8% del PIB (España, 5,2%), con un 85% de individuos entre 16 y 74 años que usaron internet en el último año (España, 48%), con un porcentaje de acceso a banda ancha en los hogares del 40% (España, 21%), un 41% de empresas que utiliza el e-comercio (España, 4%) o con un 40% de empresas con empleados que trabajan parte de su tiempo fuera de la empresa y acceden a los sistemas informáticos de las mismas a distancia (España, 8%). A Suecia le sigue un grupo de países como Dinamarca, Finlandia, Eslovaquia, Países Bajos, entre los mejor posicionados. España presenta cifras muy desiguales en los diferentes conceptos ya señalados, comparativamente con los países de la UE”.

En cualquier caso, en la opinión de dicho autor, “El teletrabajo en España: implicaciones...”, Ibid. Supra: “Sin embargo, estos datos han de ser tomados con prudencia. En España no existe un registro estadístico de la incidencia del teletrabajo, por lo tanto es arriesgado dar cifras sobre su peso porcentual respecto al total de la fuerza de trabajo. Las cifras pueden estar ocultando un volumen de teletrabajo mayor del que ofrecen las estimaciones, ya que el teletrabajo ha sido adoptado en muchos casos como estrategia de autoempleo y como estrategia de flexibilidad de la mano de obra, externalizando trabajadores.

Aun teniendo estas prevenciones, se pueden identificar sectores productivos y actividades donde el teletrabajo ha tenido más incidencia: generalmente el teletrabajo se ha centrado en profesiones como, abogados, periodistas, analistas informáticos, traductores, agentes de seguros, publicistas, auditores, consultores, formadores, comerciales, etcétera, y en sectores productivos en los que se pueden externalizar ciertas actividades como el diseño de productos, la consultoría, auditoría, formación, etcétera.

Los sectores en los que más intensamente se ha introducido el teletrabajo en España son: El sector de la información en el sentido más amplio: medios de comunicación (la reconversión de los antiguamente denominados free lance) e industria del entretenimiento (sobre todo en el ámbito de los dibujos animados); el sector del diseño industrial de prototipos y de productos para lanzar al mercado; el sector informático de producción del *software* que elabora productos para el consumo masivo de entretenimiento y de aplicación específica en organizaciones; y el sector de la teleoperación donde se utilizan teletrabajadores para el marketing telefónico de productos de servicios como, por ejemplo, las entidades bancarias, telefonía, energía e industria editorial”.

²⁴⁶ BELZUNEGUI ERASO, A.: “El teletrabajo en España...”, Op. cit., Pág. 138: “El teletrabajo que se desarrolla bajo los preceptos de la organización “taylorista” del trabajo, parte de las ideas base que señala CORIAT (1993), como a) el desarrollo y la utilización de los instrumentos tecnológicos

muy crítico²⁴⁷. Es cierto han existido intentos de dar un acomodo normativo el teletrabajo. Tenemos para comenzar una iniciativa europea, cual es Acuerdo firmado el 16 de julio de 2002 en Bruselas, por los interlocutores sociales europeos CES (Confederación Europea de Sindicatos), UNICE/UEAPME en materia de teletrabajo²⁴⁸.

con el objetivo de minimizar los fallos humanos; b) la separación entre el trabajo de planificación y el trabajo de ejecución; c) la intensificación de los controles sobre el trabajo que, en estos casos, suelen realizarse a través de las tecnologías de la información y la comunicación; d) la concepción economicista de la motivación, y e) un sistema de organización del trabajo altamente jerarquizado. En definitiva, la idea básica es que quien domina el proceso de producción se adueña también de los tiempos de producción. En este sentido, una de las ideas atractivas del teletrabajo, a saber la posibilidad de gestionar más autónomamente los tiempos de trabajo, queda reducida a una mera ilusión en la medida en que este tipo de teletrabajadores al no ejercer control alguno sobre el proceso de producción, pierden también la posibilidad de ajustar el trabajo efectivo a la medida de los tiempos que más les convengan. Este hecho pone de manifiesto, una vez más, cómo es de importante el tiempo como medida de la productividad de la prestación realizada por los teletrabajadores en determinadas actividades productivas; en el caso del mecanografiado electrónico, del dibujo animado o de la industria de la programación en serie, el destajo es la norma de productividad, una norma individualizada que imposibilita el diseño personalizado tanto de la carga de trabajo como del tiempo de realización del mismo, así como del ajuste de ambos en una solución autónoma y particularizada. Para este tipo de teletrabajo, la conciliación de la vida laboral y personal puede llegar a ser un objetivo difícilmente alcanzable debido a los ritmos y a las exigencias del trabajo”.

²⁴⁷ BERLENGUER HERNANDEZ, S.: “El régimen jurídico del trabajo a distancia...”, Op. cit., pág. 11: “Sólo un 27%40 de las organizaciones cuenta con empleados que trabajan fuera de la oficina y que una de cada cuatro empresas españolas dispone de un programa de teletrabajo. En números relativos, España se mantiene por debajo de la media europea, donde la media es del 35%. Si lo comparamos con los datos de 2011, eran el 26% de los españoles los que realizaban algún tipo de trabajo desde casa, por lo que en tres años y tras la reforma, sólo ha aumentado en un 1%. Esto, aunado al 22’5% de desempleo que había en 2011 y 23’67% en 2014, deja claro que no es una medida eficaz para fomentar la ocupación, fundamentalmente debido a su falta de implementación”.

²⁴⁸ De esta iniciativa nos ocuparemos en el Capítulo 6 dedicado a los aspectos propios de nuestra investigación auspiciados desde la Unión Europea. Con respecto al mismo se ha comentado: “existe una muy escasa regulación, a través de convenio colectivo, de algunos aspectos relacionados con el teletrabajo, pero nunca de forma global con éste se pueden observar cláusulas que circunscriben la prestación laboral fuera de las oficinas centrales de las empresas, pero en ningún caso se especifica que se esté tratando de teletrabajo. Estas cláusulas se ciñen al uso del correo electrónico, a ciertas condiciones laborales de la prestación en lugares remotos, como por ejemplo tiempo de actuación, salida o reportes, etcétera, pero nunca clara o globalmente sobre teletrabajo. los convenios o acuerdos de empresa regulan la prestación de trabajadores, que, aun siendo teletrabajadores de facto, son considerados por las empresas como empleados de plantilla en el sentido tradicional” (BELZUNEGUI ERASO, “El teletrabajo en España...”, Op. cit. págs. 290-291). Prosigue dicho autor: “Tampoco existe por parte de los interlocutores sociales (organizaciones empresariales y organizaciones sindicales) ni de las instancias administrativas una definición consensuada de lo que es teletrabajo ni de las condiciones laborales a las que ha de estar sujeto. Los sindicatos y las organizaciones empresariales españolas se atienen, en principio, a la definición expresada en el Acuerdo Marco pero sin dotarle de ninguna efectividad jurídica ni regulatoria” (BELZUNEGUI ERASO, “Teletrabajo en España, Acuerdo Marco...”, Op. cit. págs. 130-131.

La iniciativa española principal, aparte de la reforma del artículo 13 del ET, viene determinada por el Preámbulo y el Punto cuarto del III Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva, vigente para los años 2015, 2016 y 2017²⁴⁹.

En realidad, el teletrabajo corresponde a una realidad carente de apoyatura concreta en el ordenamiento español vigente. De este modo, a la hora de definir el teletrabajo las primeras aportaciones provienen de las definiciones existentes en obras generalistas Derecho del Trabajo. Destacamos a título ejemplo inicial la definición propuesta por CARRASCO PÉREZ y SALINAS, quienes lo describen “actividad profesional realizada a distancia y haciendo uso de las telecomunicaciones”²⁵⁰. Esta concepción está asimismo presente, tanto en obras de carácter más específico²⁵¹, como en el parecer de los mismos agentes sociales. Así, en la consideración de los propios interlocutores sociales, para el sindicato CC. OO., sin ir más lejos, el teletrabajo “describe una realidad, multiforme y diversa, de actividades laborales de trabajo no presencial en las empresas, sustentados sobre las diferentes tecnologías de la información y de la comunicación. Si bien el trabajo no presencial o a distancia de los centros de trabajo es un hecho tradicionalmente extendido en algunas actividades productivas (como el trabajo a domicilio en el textil o el calzado), el

²⁴⁹ BOE Núm. 147 Sábado 20 de junio de 2015. Esta iniciativa recoge menciones al teletrabajo, tanto en su Preámbulo como en su punto cuarto. El Preámbulo menciona su término al teletrabajo como uno de los criterios a manejar “en materia de empleo y contratación”. Por su parte, el mencionado punto cuarto se expresa así: “4. Teletrabajo Partiendo del reconocimiento por los interlocutores sociales del teletrabajo como un medio de modernizar la organización del trabajo para hacer compatible la flexibilidad para las empresas y la seguridad para los trabajadores, consideramos oportuno establecer algunos criterios que pueden ser utilizados por las empresas y por los trabajadores y sus representantes:

El carácter voluntario y reversible del teletrabajo, tanto para el trabajador como para la empresa.

La igualdad de derechos, legales y convencionales, de los teletrabajadores respecto a los trabajadores comparables que trabajan en las instalaciones de la empresa.

La conveniencia de que se regulen aspectos como la privacidad, la confidencialidad, la prevención de riesgos, las instalaciones, la formación, etc.

Más allá de estos criterios, las Organizaciones empresariales y sindicales volvemos a recordar el contenido del Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo, suscrito por los interlocutores sociales europeos en julio de 2002, y revisado en 2009, en el que se recogen pautas relativas al desarrollo del teletrabajo”.

²⁵⁰ AA. VV. (CARRASCO PÉREZ, R., SALINAS LEANDRO, J. M.): *Teletrabajo*. Ministerio de Obras Públicas, Transportes y Medio Ambiente, Madrid, 1994, pág.11.

²⁵¹ Recomendamos las investigaciones en materia de teletrabajo desarrolladas por RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M. (Director del equipo integrado por y formado por los investigadores de la Universidad de Huelva GALLEGO, F. J., MARTÍNEZ LÓPEZ, F. J., PALMA MARTOS, L., PÉREZ YAÑEZ, R., y los Auxiliares de Investigación CASTELLANO BURGUILLO, E., FERNÁNDEZ VILLARINO, R., PÉREZ GUERRERO, M. L., y VALDÉS ALONSO, A.: *Negociación colectiva y sectores emergentes: el papel de la negociación colectiva*. Colección Informes y Estudios. Serie Relaciones Laborales. Informe Núm. 33. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Madrid, 2001, págs. 227 y sigs; ORTIZ CHAPARRO, F.: *El teletrabajo, una nueva sociedad laboral en la era tecnológica*, McGraw-Hill, Madrid, 1995, especialmente págs. 28 y sigs.

teletrabajo difiere de estas prácticas en sus características intersticiales, es decir, es susceptible de ser implantado en diversas actividades profesionales y en distintos tipos de trabajo, alterando sustancialmente las prácticas y estructuras organizativas de las empresas, así como las condiciones espaciales y temporales de la prestación laboral por parte de los trabajadores”²⁵².

La doctrina carece de un criterio unívoco en cuanto a los elementos constitutivos del teletrabajo. Algunos autores como THIBAUT²⁵³, consideran que son tres los elementos, a saber: localización, la utilización de las nuevas tecnologías informáticas y de la telecomunicación y el cambio en la organización y realización del trabajo. Para otros como la venezolana RAMÍREZ COLINA²⁵⁴, podemos hablar de dos elementos esenciales del teletrabajo, siendo el primero el de la prestación de servicios fuera de la sede de la empresa, mientras que el segundo sería el de la utilización de medios telemáticos o informáticos como principal herramienta de trabajo. Ya ALONSO OLEA hizo reflexiones similares. Según este autor, las TIC, “de los que la televisión e internet son un símbolo (...) propician que el trabajador ejecute “para un empresario de manera preponderante en su domicilio o en el lugar por él libremente elegido, de modo alternativo a su desarrollo presencial en el centro de trabajo en la empresa”. Apunta por seguro un “incremento basado en el uso intensivo de las TIC, cuyos medios de utilización (ordenadores, móviles, VDUs, o *video display units*) pueden ser instalados en el domicilio o lugar dispuesto por el trabajador, que desde allí presta sus servicios, conectados con los de una red general”. En consecuencia, para ALONSO OLEA el teletrabajo, en unión a una “disposición organizativa de la empresa posibilita la conciliación entre tiempo de trabajo y personal familiar, son uno más de los efectos de las nuevas tecnologías sobre las relaciones de trabajo, aun sobre la vida en el domicilio propio, como consecuencia de la intromisión en el hogar de asuntos relacionados con el trabajo”²⁵⁵. Esto lleva a considerar que los rasgos básicos del teletrabajo podrían agruparse en: espacial (fuera de la empresa), cualitativo (relativo a los instrumentos

²⁵² GÓMEZ MANZANEQUE, B.: “El teletrabajo: entre el sueño tecnológico y la realidad humana”. *Revista Acción sindical, Sindicato Comisiones Obreras*, Madrid, 2000, págs. 12 y sigs.

²⁵³ THIBAUT ARANDA, J.: *El teletrabajo. Aspectos jurídico-laborales...* Op. cit, Págs. 23-29.

²⁵⁴ RAMÍREZ COLINA, S. P.: *El teletrabajo y su sujeción a la Ley orgánica del Trabajo*, en Derecho y Tecnología, Universidad Católica de Táchira, Centro de Investigaciones en Nuevas Tecnologías, San Cristóbal, Venezuela, 2003, Págs. 61-80. De la misma autora: “El teletrabajo y su sujeción a la Ley del Estatuto de la Función Pública”, *Revista de Derecho del Trabajo, Fundación Universitas, División de Investigaciones*, Barquisimeto, Venezuela 2006, Págs. 301-345.

²⁵⁵ ALONSO OLEA, M.: *Introducción...*, Op. cit. págs. 165-166.

y equipos) y cuantitativo (prestación predominante fuera de los lugares habituales en la empresa y utilización habitual de tales medios al respecto).

En cuanto al elemento de la prestación de servicio fuera de la sede de la empresa, se trata de un trabajo que no es realizado en el lugar típico de referencia laboral, lugar, que por excelencia es centro de imputación normativa, sobre el que recae la representación de los intereses de la empresa, las medidas de seguridad, salud y fiscalizaciones previstas en las leyes respectivas. Prestar el servicio fuera de la sede de la empresa implica que el trabajo es ejecutado a distancia del empleador o cliente a quien va destinado de manera que el contratante del trabajo, no puede vigilar físicamente la ejecución del mismo. Es importante señalar que esta limitación física no debe asimilarse a falta de control, debido a que la utilización de medios telemáticos e informáticos, herramientas fundamentales del teletrabajo, permiten como se verá más adelante, ejercer en la mayoría de los casos, un mayor control sobre la prestación de servicio del teletrabajador. En este punto no existe unanimidad. RAMÍREZ COLINA²⁵⁶ no comparte la opinión de quienes exigen la existencia de una distancia mínima entre quien presta el servicio y las instalaciones de la empresa. Lo fundamental para considerar la presencia de este elemento del teletrabajo, es que la prestación del servicio se ejecute fuera de la sede de la empresa, sin importar la distancia que exista entre el lugar de ejecución del servicio y la sede de la empresa.

El segundo elemento caracterizador del teletrabajo se apuntó que era la utilización de medios telemáticos o informáticos como principal herramienta de trabajo. El teletrabajo se caracteriza por la utilización de medios telemáticos o informáticos que permiten ejecutar y externalizar la actividad encomendada, además de favorecer una constante y más rápida comunicación con la empresa. No se trata solo de un trabajo ejecutado fuera de la empresa, sino que, además es requisito indispensable que con el uso intensivo del teléfono, fax, correo electrónico, videoterminal, videoconferencia u otras técnicas informáticas y telemáticas existentes se aporte valor a la actividad desempeñada. En estos aspectos son coincidentes los teóricos más especializados, como THIBault y SIERRA²⁵⁷. Ahora bien, no toda prestación de servicios a

²⁵⁶ Opiniones vertidas en la ponencia remitida por la misma autora en el II Congreso Mundial del Teletrabajo, celebrado en Madrid, en septiembre de 2002.

²⁵⁷ Para SIERRA BENÍTEZ, E. M.: *El contenido de la relación laboral en el teletrabajo...* Op. cit, pág. 34, citando entre otros a THIBault ARANDA, J.: *El teletrabajo: análisis jurídico-laboral...*, Op. cit, pág. 25, es "la doctrina italiana toma como referencia la definición de la OIT, al entender por teletrabajo la prestación de quien trabaje, con un videoterminal, geográficamente fuera de la empresa a la que la prestación está dirigida. Esta definición incluye los dos rasgos básicos que caracterizan el teletrabajo: el del trabajo a distancia y el de trabajo prestado con un instrumento de

distancia realizada con los medios telemáticos merece la calificación de teletrabajo, bien porque la mayor parte de esa actividad no se preste a distancia, o porque el uso de ordenadores con *software* de la propia empresa no se use una parte sustancial del horario de trabajo. Además quedan excluidos como teletrabajo los casos en los que el ordenador cumple funciones de máquinas de escribir, o aquellos otros en los que el fax y correo electrónico se utilizan sólo para enviar informaciones.

En resumen, el teletrabajo consiste fundamentalmente en recibir, tratar y enviar informaciones inmateriales por naturaleza, lo que le distingue del “trabajo a domicilio” clásico basado en el intercambio de bienes materiales cuantificables y fungibles. Aplicado a un caso práctico, se observa que el traductor no teletrabaja cuando desarrolla su actividad de modo tradicional y envía el resultado por el correo de la empresa. En cambio, si ese mismo traductor recibe el texto a traducir en su terminal portátil, utiliza el correo electrónico como medio de comunicación con la empresa, recibe las instrucciones a través de un módem y transmite la traducción a la empresa por vía telemática, sí podría considerarse que está teletrabajando.

2.- Tipologías de teletrabajo

En la actualidad, al igual que sucede con la definición y elementos del teletrabajo, no existe un único criterio de clasificación de para las modalidades de teletrabajo. Siguiendo autores tales como THIBAUT²⁵⁸, ESCUDERO²⁵⁹, y a VALENCIANO²⁶⁰, existirían hasta cinco criterios o elementos de consideración del teletrabajo, a saber; el criterio locativo (ubicación fuera del centro de trabajo), el comunicativo (empleo de las TIC), el cualitativo (que la actividad realizada tiene en la informática su razón de ser), el normativo (que exista un contrato de trabajo en términos de la legalidad vigente) y el que diferencia entre teletrabajo individual o en equipo. Algunos autores van aun más allá a la hora de definir los tipos de teletrabajo, manejando

carácter informático, siendo el resto de los elementos derivaciones de los anteriores. No obstante, a estos dos rasgos básicos debemos añadir un tercero para poder obtener los tres elementos comunes a la definición del teletrabajo, que es aquél que consiste en el cambio en la organización o en la realización del trabajo”.

²⁵⁸ Mencionado en THIBAUT ARANDA, J.: *El teletrabajo. Aspectos jurídico-laborales...* Op. Cit. pág. 32.

²⁵⁹ ESCUDERO RODRÍGUEZ, R.: *Teletrabajo, Ponencia Telemática III, X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social en Zaragoza*. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 1999, pág. 784

²⁶⁰ VALENCIANO SAL, A.: “El teletrabajo, ¿Un nuevo sistema de organización del trabajo?” *Revista de Información Laboral*, Madrid, 2012, págs. 102 y sigs.

precisamente los criterios acabados de indicar. Tales son los ejemplos de BELZUNEGUI²⁶¹ y de ALONSO OLEA. Este último autor advierte que “existen numerosas formas de trabajo y teletrabajadores a distancia, y aun varias de teletrabajo a domicilio (a tiempo parcial y a tiempo completo para un empresario; autónomo para un único cliente del que económicamente depende o para varios empresarios o clientes). Y si place, compruébese la realidad, ya que éste, hace unos años, aviso: viviremos pronto en una sociedad que marginalizará, incluso penalizará, a quienes no hayan obtenido las aptitudes básicas para emplear bases de datos o utilizar telecomunicaciones para emitir o recibir informaciones”. Por lo tanto, y con excepción tal vez del criterio que distingue entre trabajo individual o en equipo, explicativo por sí mismo, y del normativo, los demás criterios o elementos definitorios del fenómeno del teletrabajo pueden resultar particularmente útiles a la hora de considerar el teletrabajo como un fenómeno laboral esencial con relación al impacto de las TIC.

Disquisiciones aparte, la plena normalización de los teletrabajadores como unos trabajadores más por cuenta ajena se consolida en términos legales con la actual redacción del Estatuto de los Trabajadores. En concreto su artículo 13 les da cabida como empleados que pueden desempeñar su labor por cuenta de ésta. Dentro de este teletrabajo en régimen laboral se puede asimismo distinguir entre trabajo a tiempo parcial o a tiempo completo, diferenciación característica de toda relación laboral. Supuesto extremo es el que se produce cuando el empresario habilita un “domicilio” para un trabajador, cuya única finalidad es la de ser sometido a la contemplación curiosa (o morbosa) de los espectadores. Nos referimos al fenómeno mediático de los *reality shows*, con todos los problemas de calificación de la relación laboral y de los aspectos propios de la misma, como remuneración y salario, que ello comporta²⁶². Ello nos lleva a reflexionar mucho más allá de hasta dónde y en qué formas nos encontramos ante la noción misma de teletrabajo.

²⁶¹ BELZUNEGUI ERASO, A.: “El teletrabajo en España...” Op. cit. Pág. 288, quien apunta: “Los interlocutores sociales en España vienen considerando que existe teletrabajo cuando los teletrabajadores realizan todo o parte de su trabajo utilizando tecnologías de la información y telecomunicaciones, englobando cuatro formas de teletrabajo: (1) el realizado en casa de manera puntual, el trabajo móvil (durante viajes o en las casas de los clientes), (3) el denominado SOHO (*small office, home office*), es decir, en que el domicilio propio es la principal base del trabajo, y (4) aquel que se realiza desde instalaciones compartidas y externas a las empresas o al domicilio, como los centros de recursos compartidos, los telecentros o los *telecottages*”.

²⁶² En ámbito tan controvertido hemos de referirnos necesariamente a la investigación realizada por MALDONADO MONTOYA, J. P.: *El trabajador del reality show*, Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración, Núm. 83, Madrid 2010, Págs. 355-372. A este respecto dicho autor (pág. 358) señala muy acertadamente: “La productora facilita a los concursantes alimentos, bebidas, cigarrillos, casa, calefacción y otras cosas de consumo necesario o habitual por cualquier persona.

Otras diferenciaciones son más propias del teletrabajo; así se diferencia entre teletrabajar todo el tiempo de trabajo o compartir un sistema mixto de trabajo en la sede de la empresa y mediante trabajo. Fuera del marco jurídico laboral, la otra categoría dentro de este criterio viene deparada por el teletrabajo en régimen mercantil. Se produce la misma cuando el teletrabajador mantiene una prestación de servicios con la empresa, pero trabajando por cuenta propia. Este tipo de actividad suele considerarse como extraña al ámbito estricto del Derecho del Trabajo, si bien se puede entender que sí se trata de teletrabajo en un sentido amplio apto para nuestros fines investigadores²⁶³. No obstante lo anterior, son tres los elementos definitorios del teletrabajo (el locativo, el comunicativo y el cualitativo), que resultan más relevantes para nuestro propósito investigador, y que por ello merecen una reflexión más profunda.

El criterio locativo es el que clasifica el teletrabajo dependiendo del lugar donde se ejecute la prestación del servicio. Dentro del mismo hallamos una primera figura cual es la del teletrabajo a domicilio, conocido también como *electronic home work*. El mismo se refiere al ejecutado en el propio hogar del trabajador. La sede de la empresa o su oficina en la que prestan sus servicios se sustituye por el propio domicilio del trabajador como el lugar en que se lleva a cabo el trabajo habitual, trabajo que puede ser realizado en grupo familiar o individualmente, bien y para un patrón o para varios patronos. La mayoría de las empresas que utilizan el teletrabajo optan por la solución denominada “teletrabajo alternado”, en el que los empleados sólo trabajan en casa una parte del tiempo, transcurriendo el resto de la jornada laboral en la oficina. Esta forma de teletrabajo ofrece mayores posibilidades de comunicación entre el empleado y la empresa que el trabajo en casa a tiempo completo. La segunda modalidad es el teletrabajo en centros de trabajo o “telecentros”, los cuales constituyen pese a todo verdaderos centros de trabajo en el sentido más característico del Derecho del Trabajo. En estos contextos, el teletrabajador no se desplaza de su domicilio a la sede de la empresa, sino que lo hace a un centro específicamente diseñado para el desarrollo del trabajo, vale decir

Surge la duda de si estamos ante salario en especie o estamos ante instrumentos de labor, lo que no es fácil deslindar (curiosamente, como ocurre con aquellos trabajos más próximos a antiguas formas de servidumbre y de tardía laboralización, como los empleados al servicio del hogar familiar y los porteros de fincas urbanas)”.

²⁶³ RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.: “Negociación colectiva y sectores emergentes: el papel de la negociación colectiva”. *Colección Informes y Estudios. Serie Relaciones Laborales. Informe Núm. 33. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*. Madrid, 2001, págs. 227 y sigs, especialmente pág. 232.

a un “telecentro”, conocido como lugar de trabajo, con recursos compartidos, y con las instalaciones informáticas y de telecomunicaciones necesarias para llevar a cabo el desarrollo de determinada actividad. Generalmente los “telecentros” se ubican en las afueras de las grandes ciudades, en lugares de fácil acceso y buena comunicación o bien en zonas rurales, en ocasiones deprimidas económicamente. De ahí que esta modalidad de teletrabajo sea también conocida como “telealdeas”, “telecabañas”, “telepabellones” o centros vecinales, entre otros términos empleados. Ocasionalmente revisten la forma de oficinas vacacionales (*resort offices*) en las que se conjuga el ocio y el trabajo. Estos centros están dirigidos a todo tipo de empresa, pero principalmente a las pequeñas y medianas (PYMES), debido a que pone al alcance de éstas avanzadas tecnologías informáticas y telemáticas, que de no ser así, su uso les estaría prácticamente prohibido por su alto coste. Por otra parte, los “telecentros” son lugares de trabajo compartidos por diferentes usuarios, (asalariados o autónomos) gestionados por empresas con ánimo de lucro, o directa o indirectamente por la Administración Pública, por cuya utilización se da una contraprestación o pueden ser gratuitos.

Existe una modalidad específica de “telecentros”, también conocidos bajo el apelativo de “oficinas satélites”. Son centros concentrados de trabajo a distancia *ad hoc*, con equipos informáticos y de telecomunicaciones en permanente conexión con las oficinas centrales de la empresa, ubicadas en zonas de rápido y fácil acceso. Estas oficinas reciben también el nombre de oficinas remotas, debido a que son lugares colectivos de trabajo que se asemejan a los auténticos centros de trabajo, no obstante en estructura física son mucho más pequeñas y la actividad en ellas desempeñada está directamente relacionada con la utilización de las mencionadas técnicas telemáticas e informáticas. Muchas empresas han creado en grandes megalópolis oficinas satélites. Ejemplo de este tipo de teletrabajo son los centros de llamadas que las entidades financieras abren en muchos países para manejar directamente las operaciones con los clientes. Las oficinas satélites pueden resultar útiles gracias a la reducción de los gastos inmobiliarios y de los gastos generales. Los costes de personal pueden ser inferiores en las zonas geográficamente alejadas, y también puede aumentar el número de puestos de trabajo. Esta modalidad del teletrabajo está en directa conexión con otro de los aspectos fundamentales que determinan el pulso de las modernas relaciones laborales, cual es de la globalización económica a escala mundial. Se produce así la existencia de centros especializados en la elaboración de datos en lugares *offshore*, como el Caribe, Filipinas y la República Popular China, por poner algunos ejemplos. La

última nomenclatura de teletrabajo según el criterio locativo lo tendríamos en el conocido como “teletrabajo móvil o itinerante”. Se da esta figura cuando el puesto de trabajo no está situado en un lugar determinado, sino que el teletrabajador, con una movilidad permanente, cual si de un verdadero argonauta se tratase, dispone de un equipo telemático portátil que le permite desempeñar su actividad en cualquier lugar. Este tipo de teletrabajo atiende a razones, complementarias entre sí: la primera, garantizar la mayor proximidad posible a la clientela, asegurándole un mejor y más rápido servicio, hecho que motiva que el teletrabajador preste su servicio en algunas oportunidades desde la sede de la empresa; la segunda razón es posibilitar que cierta información obtenida directamente de los puntos de contacto con los clientes fluya velozmente en tiempo real a las oficinas centrales de la empresa a fin de procesarla. Esta modalidad de teletrabajo enlaza en el fondo con fórmulas de trabajo ya conocidas en el pasado y aún presentes en la realidad laboral, como es el caso de los representantes de ventas que han prestado sus servicios con el mismo *modus operandi* que el descrito para el teletrabajador móvil, pero con la diferencia que ahora utilizan las nuevas tecnologías de la información y de la telecomunicación.

El segundo criterio de clasificación del trabajo es el comunicativo, que está referido al tipo de enlace utilizado entre el teletrabajador y la empresa. Con respecto a dicha conexión tenemos dos modalidades. La primera es la del teletrabajo *off line* o desconectado. En este caso el teletrabajador, tras recibir las instrucciones iniciales, desarrolla su actividad sin enlace informático directo con la computadora central de la empresa, a la que sólo después, hace llegar los datos. El teletrabajador recibe o envía por transporte convencional, correo o mensajería, las especificaciones del trabajo o el resultado del mismo. Cabe destacar que no existe conexión informática constante con la empresa matriz, aunque sí puede haber una comunicación telefónica o por otra vía distinta de aquella, enviando el resultado del trabajo por medios convencionales, como sería el correo, mensajería urgente o entrega personal en la empresa. A este respecto se conoce cierta disparidad doctrinal. La mayoritaria, encabezada por THIBAUT, preconiza el carácter consustancial de las TIC y la informática con relación al mundo del teletrabajo²⁶⁴ Pero existe otra corriente minoritaria, representada por ESCUDERO RODRIGUEZ, la cual mantiene

²⁶⁴ THIBAUT ARANDA, J.: *El teletrabajo: análisis jurídico-laboral...*, Op cit., pág. 28 considera que la informática una condición necesaria y las telecomunicaciones una condición suficiente, siendo también teletrabajo la actividad que se realiza mediante herramientas informáticas. Reitera esta precisión en PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F., THIBAUT ARANDA, J.: *El Teletrabajo en España. Perspectiva jurídico laboral...*, Op. cit., p. 19.

que el teletrabajo puede ser posible sin conexión informática permanente, pues ésta puede ser suplida por ejemplo mediante el uso del teléfono²⁶⁵.

En contraposición a la submodalidad acabada de describir encontramos el teletrabajo *on line* o “conectado” (interactivo). Este modo operativo acontece cuando el teletrabajador hace uso de las telecomunicaciones para recoger las informaciones específicas del trabajo, para realizarlo o para enviar el resultado del mismo. La comunicación *on line* no significa necesariamente que el teletrabajador esté conectado todo el tiempo. Normalmente el teletrabajador intercambia la información con el centro en forma de archivos, para que los tiempos de conexión sean breves y enfocados exclusivamente a la recuperación o envío de la información. Tal sería el caso de los trabajadores experimentados que trabajan en casa y, de forma ocasional, tienen acceso a los archivos de la empresa y leen su correo electrónico. En particular, en el caso del teletrabajo *on line*, tal como señala la más acreditada doctrina (MONTROYA MELGAR), cuando el teletrabajador está conectado a través de su terminal a la computadora central de la empresa, el empleador debido al sistema de conexión utilizado, puede ejercer un control si cabe aún más intenso y continuo sobre la prestación de servicio del teletrabajador²⁶⁶. Así, el empleador puede impartir sus instrucciones, controlar la ejecución del trabajo y comprobar la calidad y cantidad de tarea, de forma instantánea y en cualquier momento, ejerciendo en muchos casos un control mayor al ejercido sobre el trabajador que labora en los locales de la empresa. En estos casos el ordenador actúa al mismo tiempo como instrumento de trabajo y como medio de control de la actividad del trabajador.

El último criterio de clasificación del teletrabajo, directamente conectado con el anterior, más teniendo una entidad cada vez más diferenciada por efecto directo del desarrollo de las TIC en el entorno laboral, es el que atiende al momento cualitativo de la prestación, incidiendo sobre el enlace entre trabajador y empresa. Estos diferentes tipos de conexión del trabajador con la empresa inciden directamente en la forma en que se ejercen el poder de dirección y el control de la prestación (desde una escasa presencia en el momento final e inicial de la misma hasta un control

²⁶⁵ En tal sentido Vid. ESCUDERO RODRÍGUEZ, R.: “Teletrabajo: Ponencia Telemática III”, *Actas del X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social en Zaragoza*, MTAS, Madrid 2000, pág. 770, citado a su vez por SIERRA BENÍTEZ, E. M.: *El contenido de la relación laboral en el teletrabajo*. Op. cit, pág. 51.

²⁶⁶ MONTROYA MELGAR, A.: “Sobre el trabajo dependiente como categoría delimitadora del derecho del Trabajo”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, Madrid, 1998, Num. 91, págs. 709-724.

absoluto en tiempo real). Por ello, el modo en que se establece el enlace comunicativo, aunque no determina el status jurídico del teletrabajador, sí resulta relevante, como se verá, a la hora de calificar determinados supuestos de hecho, que trascienden en mucho lo meramente económico o legal, para adentrarse, en plena coherencia con nuestro propósito investigación, en el vasto campo de lo relacional y humano.

En efecto, una primera modalidad dentro de este último criterio definitorio del teletrabajo la tenemos en el teletrabajo denominado *one way line* o “en un solo sentido”. Aquí el teletrabajador desarrolla su actividad con un terminal conectado del modo más rudimentario, volcándose hacia el ordenador central de la empresa, a la que fluyen directamente los datos que remite desde su propio equipo, sin que, no obstante, sea posible una intervención directa desde esta sobre el terminal externo. Se trata de una conexión en sentido único, como en el caso de un teletipo altamente perfeccionado. Diferente el anterior es el teletrabajo realizado bajo la modalidad del *two way line*, también conocido como “teletrabajo interactivo”. Esta es la forma que se está convirtiendo en la más típica y extendida. En la misma el teletrabajador desarrolla su actividad con la utilización de un terminal inserto en una red de comunicaciones electrónicas, que permite un diálogo interactivo entre la computadora central y los diferentes ordenadores, siendo en este caso posible que tanto las directrices como el control por parte de la empresa se lleve a cabo en tiempo real.

3.- Ventajas e inconvenientes del teletrabajo

El teletrabajo supone un ejemplo vívido de conflictividad social y de entorno esencialmente conflictivo en un marco concreto de relaciones humanas, con el impacto indudable de las nuevas tecnologías y el creciente proceso de globalización propiciado por el aumento exponencial de las TIC. Ventajas e inconvenientes existen tanto para el trabajador (teletrabajador en este caso), como para el empresario.

En principio para el trabajador el teletrabajo supone una mejor calidad de vida en la asignación del tiempo de trabajo, la compatibilización de éste con la vida familiar, así como una reducción del tiempo destinado a desplazamientos, con menores gastos en comidas fuera del domicilio. Además, permite la elección del lugar del trabajo por

parte del trabajador²⁶⁷. Se reduce el estrés del trabajo en un entorno de oficina, y es más factible que el teletrabajador se adapte a su puesto de trabajo. No es necesario vestir de manera formal, a la par que se incrementan las nuevas oportunidades de salida al mercado de trabajo de personas como los discapacitados, lo cual ha tenido un reconocimiento expreso a nivel de la Unión Europea²⁶⁸. Para los trabajadores con incapacidades físicas constituye una manera efectiva de integrarse al mercado de trabajo, dado que teóricamente elimina de raíz los problemas de movilidad y de acceso.

En el debe del teletrabajo a favor del empleado encontramos menos molestias y gastos de transporte; alivio a los viajes cotidianos del hogar al trabajo, mayor autonomía e independencia, autogestión del tiempo de trabajo adaptando las horas de trabajo a las necesidades personales, ejecución del trabajo, una más fácil consecución de la flexibilidad e integración entre la vida familiar y laboral, con posibilidad de atender en casa, al tiempo que se trabaja, a niños o personas ancianas o enfermas²⁶⁹. El teletrabajador experimenta, también en teoría una mayor libertad psicológica al no estar sometido a la jerarquía laboral existente cotidianamente en la empresa, gozando además una mayor flexibilidad respecto del rendimiento y la productividad. Factores como la libertad en temas como vestuario y relaciones con los compañeros, o el aumento de satisfacción y reducción de estrés y fatiga parecen asimismo ser puntos a favor del teletrabajo, por no hablar de la reducción de horas extraordinarias a favor de un ambiente de trabajo más tranquilo en casa, libre de interrupciones, y dentro de un mejor entorno en el que realizar la prestación laboral, cuando en la empresa las condiciones de espacio, ruido, ventilación, confortabilidad, no son frecuentemente las más idóneas. La consecución de ese sueño consistente en la libertad de residencia geográficamente alejada de los centros de trabajo, unida a una mejor adaptación al propio ritmo de

²⁶⁷ RODRÍGUEZ PIÑERO ROYO, M.: “Negociación colectiva...”, Op. cit. págs. 244-250.

²⁶⁸ Nos referimos al Acuerdo Marco sobre el Teletrabajo suscrito en el ámbito europeo el 16 de julio de 2002, del cual nos ocuparemos en el Capítulo 6 de la presente tesis.

²⁶⁹ En efecto, parece que la componente “tiempo de trabajo”, enmarcada en el conjunto de la variable tiempo, puede verse esencialmente modificada, en lo que respecta a los trabajadores, con la implantación del teletrabajo. Diversos estudios han realizado verdaderos estudios exhaustivos desde la perspectiva temporal del trabajo. Véase a título de muestra AA. VV. (ARIZA, J. A., CARBONERO, M., GUTIERREZ, B. y LOPEZ, M. C.): “Situación laboral y distribución del tiempo: un estudio empírico”, *Revista de Fomento Social, ETEA*, Córdoba, 2005, Núm. 60, págs. 57- 86. Siendo, en nuestro personal parecer profundamente acertado el modelo empleado por los mencionados autores, quizás están aún pendientes estudios que trasladen dicho enfoque de una manera más decididamente concluyente desde la perspectiva del creciente empleo de las TIC en el entorno laboral.

trabajo, hacen que el teletrabajo se erija, en lo que hace al prestador de la actividad laboral, como una opción prácticamente idílica.

Pero la doctrina también apunta no pocas desventajas para el teletrabajador²⁷⁰. En efecto, como inconvenientes del teletrabajo para el mismo prestador de la actividad se destacan otros factores como el sentimiento de soledad, aislamiento, marginación en el seno de la empresa, temor al fracaso, estrés por finalizar los trabajos, retroalimentación propia del contacto diario con los jefes, mezcla de la vida familiar y laboral, eliminación de factores profesionales y las posibilidades tradicionales de promoción. Se pierden actitudes sociales, e incluso se puede perder la motivación. El teletrabajador se convierte en un gestor de su actividad laboral, y el grado de autoexigencia que tiene que afrontar se hace mayor, por cuanto no tiene mandos o supervisores en sus proximidades. Según los casos el teletrabajador debe tener conocimientos de tipo contable, fiscal, laboral, marketing, planificación y capacidad de autodisciplina, conociendo pues una barrera insalvable para encontrar un apoyo laboral y obtener respuesta en tiempo breve a consultas que se puedan formular.

Otras dificultades proceden del hecho de que, aunque el teletrabajo se realice desde casa, la misma no es, en sí, un lugar espacial esencialmente concebido para el desempeño exclusivo de actividades laborales. No debe pasarse pues por alto la necesidad de inversiones en equipos y adecuación de las viviendas al trabajo, aspectos muchas veces corren a cargo del propio trabajador, la falta de los preceptivos sistemas de seguridad e higiene y la posible intromisión en el hogar de sistemas de supervisión, tanto virtuales como por personas, lo que vulnera el derecho a la intimidad y a la privacidad de las personas. Ello aboca directamente a la casi imposibilidad para separar el trabajo de la familia. Se produce en este terreno una cierta falta de armonía entre la legislación laboral y otras normas, como las relativas a la inviolabilidad del domicilio, a la intimidad de las comunicaciones o a la protección de datos de carácter personal. Tales impedimentos distan aun de estar resueltos legislativamente de una manera satisfactoria, lo que puede conducir a un incremento exponencial de los problemas así descritos.

²⁷⁰ Recomendamos el elenco de desventajas e inconvenientes del teletrabajo confeccionadas por OCHOA HORTELANO, J. L.: en sus *Anotaciones sobre lecturas acerca del teletrabajo*. Portal CEDERUL (Grupo internacional e interdisciplinar de expertos en Desarrollo sostenible, y auspiciado en España por la Universidad de Zaragoza y la Exma. Diputación de Huesca, 2008), págs. 238-239, que nos han servido de directa fuente de inspiración. Dicho autor sintetiza los principales inconvenientes del teletrabajo en los siguientes: deterioro de las condiciones de trabajo; solapamiento de la vida privada o familiar por el trabajo o vida laboral; utilización del teletrabajo como fórmula encubierta de reducción de plantillas, trabajo precario y mal pagado que propicie la explotación de minorías menos favorecidas; y rebaja en los niveles de protección o “dumping social” mediante desplazamiento del trabajo a países con costes sociales más bajos.

Finalmente, puede resultar falaz la idea del teletrabajo como forma más liviana de ejercer la prestación, especialmente en materia de horarios. Las TIC permiten la disponibilidad del trabajador veinticuatro horas al día, lo que puede generar sobreexplotación y pérdida de privacidad, cuando no de la auto-explotación, que es cuando dicha obsesión o exceso laboral procede de la propia iniciativa del trabajador. El teletrabajador conoce dificultades relacionales al encastillarse en su domicilio, y puede ser objeto de rechazo por parte de los demás trabajadores al considerarle (desde una visión idílica) como titular de privilegios que los trabajadores tipo no tienen, ello sin descartar los desfases horarios, y sus impedimentos en lo que conciernen a una dificultad de comunicación entre aquellas personas que cuentan con horarios rígidos y otras con horarios flexibles²⁷¹

Si ese es el cuadro de ventajas e inconvenientes del teletrabajo para los propios realizadores de la prestación, los trabajadores, otro tanto sucede desde la perspectiva del empresario. La doctrina apunta ciertas líneas que justifican la preferencia empresarial por el teletrabajo²⁷². Cabría pensar en una simetría perfecta, en la línea de que lo que para uno es ventaja para el otro es inconveniente, y viceversa; pero un examen detenido nos pone sobre la pista de que ello no es necesariamente así. Inicialmente, la empresa puede ver ventajas en el teletrabajo, destacando la de los costes, pudiendo conseguir ahorros significativos en material, alquiler de inmuebles, e incluso en personal. El factor más relevante es el incremento de productividad o adaptar la empresa a la nueva sociedad de la información. La empresa puede recurrir a un mercado laboral globalizado, en el que se puede retribuir por objetivos y no únicamente por tiempo de trabajo. La expansión permite que puedan tener presencia en otras zonas territoriales y en muy diversos países, sin necesidad de grandes inversiones, ni dilatados periodos de tiempo, aumentando de esta forma la incorporación a nuevos mercados. El teletrabajo también se afianzará en los puestos de máxima cualificación, permitiendo a las empresas contratar a teletrabajadores muy especializados mientras que problemas

²⁷¹ Lo que entraría en toda una corriente general que pone el acento en el marcado deterioro de la situación laboral en los últimos años, y en el que las TIC también han tenido su parte de culpa. Especialmente ilustrativo a este particular recomendamos el artículo de ZUBERO, I.: "Flexibilización del trabajo y precarización vital: el reto de la cohesión social", *Revista de Fomento Social, ETEA*, Córdoba, 2006, Núm. 61, págs. 519- 560.

²⁷² En tal sentido BELZUNEGUI ERASO, A.: *El teletrabajo en España: implicaciones...*, Op. cit., Pág. 139, apunta: "La liberalización de las formas contractuales ha hecho que los empresarios puedan contratar mano de obra en el lugar clásico de trabajo sin tener que recurrir a una externalización forzosa de ciertas tareas o actividades productivas. Se puede afirmar que hay una mayor incidencia del teletrabajo en las tradicionales profesiones liberales relacionadas con la transmisión de información y el entretenimiento, pero también con ciertas actividades de sectores industriales centradas en el diseño de los productos".

tradicionales, como el absentismo laboral, pueden llegar a minimizarse. Pueden así sintetizarse las siguientes ventajas del teletrabajo desde el punto de vista de la optimización económica del rendimiento empresarial: menos problemas de convivencia entre empleados; mayor productividad debido a la implantación del trabajo por objetivos; menor coste por producción; menor infraestructura necesaria; más acceso a profesionales de alto nivel, eliminación de control horario; mejora de plazos de entrega; posibilidad de modificar horarios de trabajo; eliminación del absentismo laboral; implantación generalizada de las TIC; reducción de costes (la creación de un puesto de teletrabajo se calcula alrededor de un 50% más barato que un puesto presencial; facilidad de expansión geográfica; obtención de crecimiento sin cambios estructurales; y mejor aprovechamiento de los puestos de trabajo, que pueden ser compartidos por distintos trabajadores

Sin embargo el teletrabajo tampoco está dispensado de inconvenientes desde la perspectiva de los propios empleadores o empresarios. En efecto, son numerosos los problemas que van desde el mencionado cambio del sistema de seguimiento del trabajo hasta los relacionados con la salida de información. En muchos casos, el trabajo no se puede supervisar hasta que no se entrega en la empresa, lo que puede ser demasiado tarde para rectificar en un entorno tan dinámico como el actual, existiendo aparte otro cúmulo más de desventajas²⁷³: incremento de costes en adaptación de la nueva organización del trabajo debido a posibles deficiencias en el intercambio de información o demoras en la toma de decisiones: dificultad de mantener la confidencialidad de los procedimientos e información de la empresa; imposibilidad de supervisión directa del desarrollo del trabajo; o la dispersión de los trabajadores puede generar un proceso de desestructuración y pérdida de imagen corporativa e incluso de pérdida de fidelidad de los trabajadores, una cierta desafección que forzará a imaginar nuevos métodos de confianza.

4.- Encuadramiento jurídico del teletrabajo desde las TIC

La producción de bienes y servicios se encuentra precedida de la realización de una actividad que el trabajador puede ejecutar por cuenta y riesgo propio como trabajador autónomo, o puede ejecutarse por cuenta ajena como trabajador subordinado. Lo mismo ocurre con la prestación de servicio propia del teletrabajo. Sí ésta se realiza por cuenta propia, estaremos por regla general en presencia de un

²⁷³ Reseñadas por OCHOA HORTELANO, J. L.: *Anotaciones...* Op. cit. pág. 237.

teletrabajador autónomo. Por el contrario, si se ejecuta por cuenta ajena, es muy probable que se trate de un teletrabajador asalariado. Siendo el teletrabajo una innovadora modalidad de prestación de servicios, la primera preocupación de los estudiosos de los fenómenos sociales, muy especialmente los iuslaboralistas, es determinar la naturaleza jurídica de tal prestación. Como primera opción, se analiza la posibilidad de incluirlo en alguna de las categorías legales ya existentes o la necesidad de la creación de una regulación jurídica *ad hoc*.

Dadas las características de esta nueva forma de prestación de servicio, el teletrabajo, se halla en esa difícil zona gris de delimitación entre lo mercantil y lo laboral. RAMÍREZ COLINA²⁷⁴, considera que el carácter de autónomo o no de una prestación de servicio no viene dada precisamente por la exteriorización de la actividad, sino por la presencia en ella de los elementos constitutivos de la relación laboral, que estudiados en cada caso, determinarán la existencia de un hecho regulado por normas de derecho laboral o por normas de las demás ramas del derecho. A fin de clarificar la idea de que el teletrabajo puede ser objeto de tutela jurídica por parte del Derecho del Trabajo, habrá que estudiar si se pueden aplicar los postulados tradicionales del derecho laboral, y adaptarlos en cuanto a rasgos definitorios del mismo. Resultan ser cinco dichos rasgos, a los que dedicaremos sus apartados correspondientes: carácter personal, voluntariedad, ajenidad, dependencia o subordinación y remuneración.

4.1.- Carácter personal

Cuando un trabajador firma un contrato de trabajo se compromete a prestar el servicio por sí mismo, sin que quepa la sustitución por cualquier otra persona. Si no hay un trabajador que asuma este rol en la situación bilateral y sinalagmática que junto con el empresario construye la relación laboral, la misma no puede existir. En consecuencia, sólo la persona física, natural o individual, puede ser sujeto del contrato de trabajo en calidad de trabajador, ya que hemos afirmado el carácter personal de la prestación objeto del contrato de trabajo como algo que define la especialidad del contrato de trabajo.

En las relaciones laborales tradicionales en el centro de trabajo, la supervisión del empresario o de otros asistentes o capataces determinaba con relativa facilidad demostrar que coincidía la identidad del trabajador contratado con el que efectuaba la prestación. Cuando se trataba de plantillas numerosas se acudía a otros medios

²⁷⁴ Ponencia de la autora en el II Congreso Mundial del Teletrabajo celebrado en Madrid en septiembre de 2002, y referida anteriormente.

de identificación, tales como carnets de acceso y fichas, documentos de acreditación y similares.

Por el contrario, en el caso del teletrabajo los medios para asegurar la coincidencia entre las personalidades del trabajador contratado y del que realiza la actividad en un momento dado tienen que pasar por instrumentos o mecanismos igualmente relativos a las TIC. Los medios más habituales son el uso de *passwords* o claves de acceso, inserción de fichas o tarjetas y similares. En algunos casos se usa la *webcam*, acompañada incluso de un lector de elementos biométricos en las facciones del sujeto enfocado, para ver si es éste quien realmente realiza la prestación. Y ello no sólo derivado por meras cuestiones de fraude laboral, sino porque están en juego otros elementos aun más peligrosos, como cuestiones de espionaje industrial o revelación de secretos. Todas estas cautelas que pueden aplicar las empresas pueden por otro lado llegar a colisionar con cuestiones que hacen a la intimidad y a la protección de datos personales del trabajador. En tales aspectos nos remitimos a las partes de la presente tesis que tocan dichos aspectos²⁷⁵.

4.2.- Voluntariedad

La libertad o voluntariedad constituye el rasgo inexcusable de todo trabajo a partir de sociedad moderna basada en un Estado de derecho, factor este del cual, por razones evidentes, tampoco el teletrabajo puede sustraerse.

La voluntariedad en la prestación de trabajo ha de verificarse no sólo en el instante de nacimiento de la relación laboral, sino también a lo largo de toda su existencia, por lo que es regla general que el trabajador puede libremente dar por concluido el contrato de trabajo en cualquier instante y sin necesidad de alegar causa justificativa, por medio de instituto de la dimisión (Artículo 49.1.d) ET) al tiempo que queda taxativamente prohibido la celebración del contrato de por vida (Artículo 1.583 del CC). De igual forma, la libertad está presente en muchas otras regulaciones como la libertad de elección de profesión y oficio (Artículo 35 CE.), la libertad de empresa (Artículo 38 CE.), la libertad de afiliación sindical (Artículo 2.1 LOLS), libertad de voto en las lecciones a representantes de los trabajadores, libertad de adhesión o no a las huelgas convocadas, etc.

²⁷⁵ Especialmente en los Capítulos Tercero y Sexto.

4.3.- Ajenidad

La ajenidad significa que los resultados de la realización de una actividad no repercuten directamente en la persona que la ejecuta, sino en el ente (persona natural o jurídica) que la recibe, siendo este último, el beneficiario y a la vez responsable de dicha actividad. Sobre esta noción jurídica cabe citar especialmente las aportaciones la opinión de ALONSO OLEA, autor de referencia para la concreción del concepto de ajenidad en el marco del Derecho del Trabajo ²⁷⁶

Podemos ampliar el concepto viendo la ajenidad desde dos perspectivas. La primera es la que entiende la ajenidad desde la consideración a los frutos del trabajo. Los resultados del trabajo se atribuyen no al trabajador, sino al empleador. Los bienes o servicios que produce el trabajador no le van a reportar a él directamente ningún beneficio económico directo, ese beneficio económico corresponde al empleador. La otra vertiente de la ajenidad es la que concierne a los riesgos. Así, el trabajador no asume los riesgos del trabajo que ejecuta de tal manera que a cambio de su trabajo recibe un salario garantizado, con independencia de los resultados obtenidos por el empleador.

Ambas vertientes no se hayan excluidas, cuanto menos en el teletrabajo dependiente, por cuanto en el mismo sí hay propiamente relación laboral en sentido estricto. En efecto, en esta figura, las más característicamente iuslaboralista, el trabajador se integra a un sistema de producción diseñado por el empresario, añadiéndole valor al producto o servicio que resulta de dicho sistema, el cual

²⁷⁶ Vid. ALONSO OLEA, M.: *Introducción al Derecho del Trabajo*, Rev. de Derecho Privado, Madrid, 1963, págs. 7, 20, 40, 110, 120, 141, etc., ALONSO OLEA, M. *En torno al contrato de Trabajo*, Anuario de Derecho Civil, Madrid 1967, págs. 117-151, en tiempos más recientes, como en ALONSO OLEA, M. y TORTUERO PLAZA, J. L.: *Instituciones de Seguridad Social*. Civitas, Madrid, 1998, pág. 58 y ALONSO OLEA, M. y CASAS BAAMONDE, M. E.: *Derecho del Trabajo*, Madrid, 2013, págs. 52 a 59, La ajenidad se traduce en la apropiación por parte del empleador del resultado de la actividad personalmente desarrollada por el trabajador. Tal enajenación se realiza a través de un contrato de trabajo, que por consecuencia misma de otros caracteres socio-económicos ligados a la revolución industrial, se caracteriza en régimen de dependencia y subordinación del trabajador con respecto del empresario, mas con el concurso mediador del Derecho del Trabajo a favor del primero. Para OLEA “puede aceptarse que lo que el trabajador cede para el otro de su trabajar es su energía misma, su actividad laboral, si se piensa que postura distinta distiende el concepto de frutos a límites no tolerables. En cualquier caso diríamos entonces que el trabajo objeto del contrato de trabajo es, además de humano, productivo y libre, un trabajo por cuenta ajena” (OLEA, *En torno al contrato de trabajo...*, Op. cit, pág. 119). Dicha realidad sería coincidente con lo que se conoce como ajenidad en los frutos. Esta nota es la ajenidad o transmisión a un tercero de los frutos o resultados del trabajo prestado; ajenidad que no cabe apreciar cuando tales frutos o resultados se destinan a un fondo social o familiar común. Este autor se preocupa de diferenciar las nociones dependencia y ajenidad, que suelen confundirse. Así, mientras que la dependencia es el presupuesto sustantivo básico en la delimitación de las relaciones laborales, los presupuestos de remuneración y ajenidad concurren en otras formas contractuales, no necesariamente laborales. Contrariamente, la dependencia es nota característica de la relación laboral en sentido estricto.

pertenece al empleador. Éste queda siempre como el dueño de los factores de producción, y es quien asume los riesgos del proceso productivo y de la colocación del producto o servicio. El teletrabajador entonces recibe una compensación, por lo general fija y en forma de sueldo o salario²⁷⁷. Incluso si el teletrabajador aporta los locales, el *hardware* y los demás instrumentos, el hecho que el *know-how* suministrado por la empresa, sea de tal entidad que como consecuencia de su integración a los ordenadores o al proceso productivo se produzca un resultado económico distinto y más importante, refuerza el carácter laboral de la prestación.

La extensión de la ajenidad al teletrabajo ha preocupado a la doctrina como en el caso de SELMA PENALVA, quien ve en el teletrabajo un complejo núcleo de cuestiones que van desde su atipicidad contractual hasta la dificultad de aplicar en el mismo los parámetros propios de esa misma ajenidad, e inclusive del régimen de dependencia²⁷⁸. En sentido contrario, para que el teletrabajador lo sea

²⁷⁷ THIBAUT ARANDA, J.: *El teletrabajo. Aspectos jurídico-laborales...*, Op. cit, Pág. 55, refleja la componente de la ajenidad en el teletrabajo en los términos siguientes: "...Aunque todas las manifestaciones de la ajenidad pueden resultar operativas según los supuestos de hecho, las peculiares características del teletrabajo, hacen que la ajenidad en la titularidad de los medios de producción resulte especialmente útil para individualizar el criterio de laboralidad en el teletrabajo. La dependencia tecnológica, esto es, la propiedad o no de *know-how* deviene como elemento de contraste, especialmente aquellas actividades de alto valor añadido, de suerte que si el sujeto ha creado de forma autónoma el *software* que utiliza, será expresión de su independencia, mientras que quien opera sobre el *know-how* ajeno, necesita recurrir a los programas bases de datos y ayuda de terceros para conseguir resultados originales, lo hará mediante su integración en la unidad productiva del titular".

²⁷⁸ Vid. SELMA PENALVA, A.: "Propuestas y reconsideraciones sobre el teletrabajo...", Op. cit, pág. 23-24. A entender de esta autora: "El teletrabajo, como resultado de un proceso de reestructuración interna de la organización de la empresa moderna, no está exento de ciertos inconvenientes. El más grave de ellos es el que causan las dificultades de identificación derivadas de su atipicidad. En ocasiones la naturaleza laboral de un supuesto de teletrabajo puede pasar desapercibida porque el haz de indicios tradicional resulta ser totalmente ineficaz para reconocer nuevas formas de dependencia jurídica. El teletrabajador será aquél que realice el servicio comprometido no por cuenta propia, sino integrado en el ámbito de organización y dirección de otro sujeto. Lo que ocurre es que los rasgos de integración productiva son muy diferentes a los que identificaban la prestación laboral en el modelo fordista de producción. Y es que al mismo tiempo que evoluciona el contenido de la prestación laboral clásica y se modernizan las herramientas de trabajo, también cambia al mismo ritmo la forma de ejercer el control empresarial. Pero la confusión entre laboralidad y autonomía no es el problema más grave al que tienen que enfrentarse los teletrabajadores dependientes. El contexto en que se desarrolla el teletrabajo constituye el campo idóneo para que prospere el trabajo negro. El hecho de que en la mayoría de los casos el servicio se lleve a cabo en el propio domicilio del trabajador, empleando muchas veces además sus propios instrumentos de trabajo (en este caso el equipo informático) permite hacer pasar desapercibida no sólo la dependencia laboral con que se presta el servicio, sino incluso el simple hecho de que verdaderamente se está prestando esta clase de colaboración productiva. Este peligro de precariedad haría aconsejable introducir en nuestro sistema alguna garantía legal que ofrezca a los teletrabajadores dependientes un tipo más elevado de protección de la que ahora disponen.

Y es que, por el momento no existen instrumentos de control específicos que impidan, no sólo el genérico fraude de hacer pasar desapercibida cierta relación laboral de cara a cumplir las correspondientes obligaciones fiscales y con la Seguridad Social, sino también, otros fraudes más específicos, como por ejemplo, que se disfrute indebidamente de la prestación por desempleo mientras se realiza una teleprestación laboral de servicios no declarada (pues la labor de la

definitivamente por cuenta propia éste debe correr, a diferencia con el caso anterior, con los riesgos de la actividad, pero también recoger los frutos que ésta origina²⁷⁹. Siguiendo a SIERRA²⁸⁰, diremos que por regla general, los tribunales niegan la presencia de la nota de la ajenidad a las profesiones liberales, porque permiten al trabajador prestar los servicios con autonomía. Sin embargo, esta apreciación no es posible en los casos de titulaciones de formación profesional que impiden la realización de la actividad de manera autónoma por necesitar una supervisión total, lo cual implica la existencia de la nota de la dependencia junto a la de ajenidad²⁸¹.

La casuística sobre la concurrencia o no de la ajenidad en el contexto del trabajo resulta ser enormemente rica. Por ejemplo, respecto a la nota de la ajenidad para un supuesto de reportero gráfico telecolaborador, la doctrina jurisprudencial afirma que, si bien el trabajo puede realizarse también por cuenta propia, con elección de reportajes o trabajos por parte del colaborador y posterior ofrecimiento de los mismos a las empresas, esta calificación no puede ser válida cuando el intercambio del trabajo, realizado por una retribución, está determinado de antemano en sus elementos principales mediante encargo o intervención de la empresa periodística²⁸². Esta interpretación también es extensible al supuesto en que el trabajo se desempeñe en el propio domicilio, incluso con los medios del trabajador, puesto que estas aportaciones no tienen la virtualidad suficiente para convertir la actividad del trabajador en titular de una explotación o empresa, en la que el objetivo de lucrar un rendimiento por el capital invertido prevalece sobre la obtención de una renta por el trabajo realizado²⁸³. Por último, la ajenidad aparece también en el supuesto de los telemaquetadores de revistas al ser los trabajos realizados tan esenciales en la empresa como lo son las portadas de las revistas, sin los cuales no

Inspección de Trabajo se ve limitada por la inviolabilidad del domicilio, en el que no podrán entrar sin consentimiento de su titular o autorización judicial”.

²⁷⁹ Así lo ha entendido el Tribunal Superior de Justicia de Baleares en su sentencia de 30 de mayo de 1995 (Repertorio Aranzadi, 1995, Tomo 5, Núm. 1790), relativa a unos teletrabajadores dueños de los ordenadores y de otros medios, al entender como indicio de laboralidad el que los informes, fruto de la prestación, devinieran *ab-initio* propiedad de la empresa, que era la que se lucraba con su comercialización y venta a sus clientes, sin que aquellos pudieran disponer de los mismos a favor de otras empresas comercializarlos o utilizarlos de cualquier otra forma, sino era a través de la indicada empresa.

²⁸⁰ SIERRA BENÍTEZ, E. M.: *El contenido de la relación laboral en el teletrabajo...* Op. cit. pág. 60 y sigs.

²⁸¹ STSJ de Cataluña de 14 de mayo de 2002 (RJ 2002/2130).

²⁸² STS de 31 de marzo de 1997 (RJ 1997/3578).

²⁸³ STSJ de Cataluña de 11 de febrero de 2000 (RJ 2000/1243).

podía cumplirse el objeto de la empresa, siendo la misma la que corría con el riesgo y ventura, ya que los trabajadores percibían idéntica cantidad, con independencia del número de ejemplares vendidos y de la mayor o menor complejidad de cada portada, viviendo exclusivamente del fruto de su trabajo para la empresa²⁸⁴. Igualmente, la ajenidad se manifiesta de forma inequívoca cuando la empresa aporta los enseres, utensilios y material para el desarrollo del trabajo, por cuanto es la que incorpora los frutos del trabajo del trabajador, obteniendo directamente los beneficios sin que éste sea titular de una organización empresarial propia, sin infraestructura propia y “sin que sean datos trascendentes al efecto, y sí sólo formales, la facturación por sus servicios”²⁸⁵.

4.4.- Subordinación

La subordinación o dependencia comporta que el trabajo se lleva a cabo dentro del ámbito y organización del empresario (Artículo 1.1 ET). Consecuencia de ello es que el trabajador está obligado a realizar el trabajo bajo la dirección del empresario (Artículo 20.1 ET), quien ostenta al respecto importantes facultades, como la movilidad funcional (Artículo 39 ET), geográfica (Artículo 40 ET), introducción de modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo (Artículo 41 ET), así como la de imponer sanciones al trabajador, a tenor del ejercicio de su poder disciplinario, por las infracciones a las obligaciones contractuales en que aquél pudiera incurrir (Artículo 58 ET). Como reverso de la moneda se le impone al trabajador un deber de obediencia a tenor del cual debe cumplir las órdenes e instrucciones del empresario en el ejercicio regular de sus facultades directivas (Artículo 5.c) ET). En este terreno, autores como ROLDAN MARTINEZ llaman la atención sobre carácter laboral o civil de la relación de teletrabajo alrededor de la problemática de los llamados los “falsos” autónomos²⁸⁶.

²⁸⁴ STSJ de Madrid de 30 de septiembre 1999 (RJ 1999/3321).

²⁸⁵ STSJ Cataluña de 10 de julio 2006 (RJ 2007/47812).

²⁸⁶ ROLDAN MARTINEZ, A.: “El marco jurídico del teletrabajo...”, Op. cit, pág. 10- 11 Tras hacer una comparativa de la cuestión en diversos países de nuestro entorno, dicho autor sostiene que En España el teletrabajador será trabajador dependiente o autónomo según que se realice la prestación en situación de subordinación o no y por cuenta ajena o no. Para que el teletrabajador esté encuadrado o considerado como trabajador por cuenta propia o autónomo, se precisará que el mismo posea la facultad de disponer de plena autonomía en la organización de la actividad económica propia de desarrollo, con la consiguiente reversión en beneficio propio de la utilidad patrimonial resultante de dicha actividad económica, así como la asunción del riesgo derivado de su ejecución. Además, se precisará que concurren cuatro requisitos objetivos: el ánimo lucrativo con que debe ejercitarse la actividad económica; la habitualidad con que ha de desarrollarse; la intervención directa y personal en la misma, y la inexistencia de contrato de trabajo.

En cualquier caso tendremos que considerar que, aun dentro del teletrabajo, no debemos descartar las consideraciones generales que con relación al poder de dirección del empresario ha formulado la doctrina más acreditada. Por ejemplo, este poder de dirección, aunque amplio, no resulta ser absoluto, omnímodo o ilimitado. En efecto, como sostiene MONTOYA MELGAR, aunque disponer de tal poder de dirección faculta al empleador a dar órdenes discrecionales, la discrecionalidad no debe entenderse como sinónimo de arbitrariedad. Ha de regir en este sentido un concepto amplio pero ya sólo referido a la prestación de trabajo, incluyendo el *ius variandi*²⁸⁷. Para MONTOYA MELGAR ha de operarse un genérico rechazo tanto a la obediencia absoluta e ilimitada del trabajador a cualquier tipo de ordenación empresarial, como a la desobediencia ante todo tipo de desviación jurídica (o sospecha de desviación) de la orden empresarial. La regla general sigue siendo la de la obediencia y posterior reclamación por parte del trabajador a la orden o instrucción que, en su opinión, no ha sido ejercida dentro de las facultades regulares de dirección del empleador²⁸⁸.

Igualmente ha de tenerse en cuenta que el desarrollo de los servicios que ofrece internet, permite saber si el terminal del teletrabajador está conectado y el tiempo transcurrido desde la última acción que ejecutó sobre su ordenador. Igual ocurre en los casos en que la labor del teletrabajador consiste en la atención telefónica, empleador para comprobar si el teletrabajador está cumpliendo con su deber, solo ha de emplear la misma vía que un posible cliente y esperar la respuesta de su empleado. Al respecto, la Organización Internacional del Trabajo, puntualiza: “Cuando existe un enlace directo entre el terminal del trabajador y la computadora central de la empresa, el trabajo se hace bajo el control del empleador a través de dicha computadora, y por lo tanto, existe una situación subordinada, en tal caso puede considerarse que el terminal es una prolongación de la empresa...”²⁸⁹. En el caso del teletrabajo realizado con enlace *one way line*, el control del empleador puede darse igualmente de un modo intenso, pero ya no en tiempo real, sino a

²⁸⁷ MONTOYA MELGAR, A.: *El poder de dirección del empresario*. Instituto de Estudios Políticos. Madrid, 1965. Págs. 140 y sigs.; MONTOYA MELGAR, A.: “Poder del empresario y movilidad laboral”. *Revista Española de Derecho del Trabajo*, Madrid, 1989, Núm. 38, Pág. 139.

²⁸⁸ MONTOYA MELGAR, A.: *El poder de dirección...*, Op. cit., pág. 589.

²⁸⁹ Referencia presente en THIBAUT ARANDA, J.: *El teletrabajo. Aspectos jurídico-laborales...*, Op. cit. Pág. 45.

través del “trabajo firmado”, en la medida en que la máquina permite el control minuto a minuto sobre “quién” ha tratado la información y “cómo” lo ha hecho²⁹⁰.

Las consideraciones anteriores permiten concluir que trabajar dentro o fuera de la empresa no es indicativo determinante para que exista una mayor o menor subordinación o dependencia. En el teletrabajo, la subordinación o dependencia se puede manifestar en el mismo grado que en el trabajo tradicional, solo que se ejerce con la utilización de los avances tecnológicos: telemáticos e informáticos. El empresario se aleja físicamente de los teletrabajadores al mismo tiempo que “inmaterialmente” se acerca a ellos, navega por la red, pudiendo ejercer un control directo, sobre la prestación de servicio del teletrabajador. Así, el Tribunal Supremo entendió la calificación de un trabajo como dependiente y por cuenta ajena, y no como arrendamiento de servicios, por concurrir en la misma una “estricta dirección”, verificada a través de “un programa informático confeccionado por la empresa”²⁹¹.

4.5.- Remuneración

La remuneración, al igual que la ajenidad y subordinación o dependencia, es un elemento tradicional del Derecho del Trabajo, y se entiende como la contraprestación que recibe el trabajador por la prestación de su servicio. En el teletrabajo, la ausencia física del trabajador en la empresa no justifica a priori una nueva concepción de la relación salarial ni existe ningún fundamento para considerar que su retribución pueda ser inferior a la de un trabajador que realiza la prestación en los locales de la empresa. En principio, el teletrabajador debe gozar de las mismas condiciones económicas y sociales que el resto de los trabajadores que desarrollan la misma actividad en la sede física de la empresa.

Las remuneraciones y restantes prestaciones que perciban los teletrabajadores estarán muy vinculadas al tipo de contrato de trabajo, así como, por supuesto, a la cualificación de las actividades desarrolladas. En cualquier caso el salario no podrá ser inferior al de un trabajador ordinario de categoría profesional equivalente en la localidad en la que se presten los servicios, ya que lo contrario podría acarrear problemas de discriminación. De cualquier modo ciertos estudios estadísticos

²⁹⁰ GAETA, L.: “Teletrabajo y Derecho: La experiencia italiana”. *Documentación Laboral*, Madrid, 1996, Núm. 49 pág. 43., citado en THIBAUT ARANDA, J.: *El teletrabajo. Aspectos jurídico-laborales...*, Op. cit. Pág. 46.

²⁹¹ STS de 22 de abril de 1996 (RJ 1996/2882).

parecen demostrar que los teletrabajadores ganan generalmente menos que los trabajadores "tradicionales"²⁹².

La jornada de los teletrabajadores será la fijada en convenio colectivo o en su contrato de trabajo, no pudiendo tener una duración superior a la del resto de los trabajadores de la empresa. Cuestión distinta es si el horario de los teletrabajadores debe ser igual al de sus compañeros de la oficina central, en este punto habrá que estar a las concretas cláusulas del convenio colectivo, para ver si el horario es disponible o no por parte del teletrabajador. Llamamos la atención sobre este punto en relación con los trabajadores a domicilio, estos trabajadores no están sujetos a horario de trabajo específico y por lo tanto corresponde a ellos el autogobierno de la jornada. En cambio, entendemos que el teletrabajador sí va a tener en su mayor parte el mismo horario que la oficina central.

Toda la problemática relacionada con la jornada máxima así como con el horario de trabajo son cuestiones de resolución muy difícil por la dificultad de control sobre su cumplimiento, sobre todo cuando el trabajo se realice en el propio domicilio del teletrabajador, por lo que puede abrirse camino a la realización de jornadas prolongadas muy superiores a las legales o convencionales. A nadie se le escapa que su control por la Inspección de Trabajo es prácticamente inviable, si tenemos en cuenta que la entrada en el domicilio de los particulares, de no existir consentimiento de éstas, necesita autorización judicial. Esta situación, de falta de control, puede dar lugar a la realización de horas extraordinarias excesivas que dejarían de cotizar a la Seguridad Social.

Pero no todo son inconvenientes en materia salarial en lo que concierne al teletrabajo. Para ciertos autores, la experiencia comparada muestra que, en general, los teletrabajadores que desarrollan la actividad en su domicilio reciben un salario superior al de los trabajadores a domicilio de tipo tradicional. Esto se debe, entre otras razones, a que el grado de cualificación y nivel de estudios de los teletrabajadores es superior. Como justificación a esta diferenciación salarial, los estudios realizados contemplan diversas razones. Primero, que el teletrabajo es algo voluntario y que puede considerarse como algo ventajoso por sí mismo, ya que evita desplazamientos al centro de trabajo. Y por estas mismas razones, el teletrabajador tiene menos gastos de transporte, ropa y comida, suponiendo una disminución en

²⁹² Vid. BELZUNEGUI ERASO, A.: "El teletrabajo en España: implicaciones...", Op. cit., pág. 289.

los gastos que pueden llegar en torno al 10% del salario en un trabajador tradicional²⁹³. Y no olvidemos que otra cuestión compleja y conexas a la cuestión de la remuneración dentro del teletrabajo es la que comprende a la Seguridad Social del teletrabajador, de la cual cierta doctrina se ocupó los tiempos de la aparición de esta modalidad alertando sobre los fraudes que respecto a esta cuestión se producían ya de modo incipiente²⁹⁴.

Sin embargo, estos puntos de vistas no son considerados unánimemente por la doctrina. Este trato diferencial del teletrabajador, podría significar la virtualización de las garantías mínimas del trabajo asalariado. Como indica ZOPOLLI, citado por THIBAUT: "No cabe justificar objetivamente este recorte aduciendo que el trabajador afronta menores gastos: no se ha oído nunca que las tarifas contractuales sean diferentes en función de la distancia entre el lugar de trabajo y el domicilio del trabajador"²⁹⁵. Tanto en el teletrabajo como en el trabajo tradicional, la remuneración está ligada a la cualificación del trabajador. Cuanta más cualificación profesional posea el trabajador, mejores condiciones de trabajo puede exigir, y a la inversa, con menores cualificaciones o excesos de ofertas de trabajo en su puesto, puede ver reducidos sus ingresos.

²⁹³ Observaciones suministradas por THIBAUT ARANDA, J.: *El teletrabajo. Aspectos jurídico-laborales...*, Op. cit. pág. 102. Como ejemplo el autor hace mención del convenio colectivo interprovincial de la empresa DHL Internacional España, S. A., cuyo artículo 17, referido al teletrabajo, dispone: "Las condiciones económicas correspondientes a esta modalidad serán objeto de estudio y acuerdo en el seno de una Comisión Paritaria de trabajo, no siendo aplicables las existentes en la actualidad. Dicha Comisión (...) deberá tener en cuenta los factores que delimitan y configuran el trabajo en el domicilio, entre otros, y necesariamente, el menor tiempo invertido para el desempeño del puesto".

²⁹⁴ Vid. BENITO-BUTRÓN OCHOA, J. C.: *Teletrabajo y Seguridad Social, descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo*, Actas del X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Zaragoza, 28 y 29 de mayo de 1999, MTAS, Madrid, 2000, págs. 1109 y sigs., especialmente pág., 1118; LEONÉS SALIDO, J. M.: "Razones urgentes para una regulación del teletrabajo en España", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, Núm. 431, 2000, págs., 1-15, especialmente pág. 3. Por todos, resume SIERRA BENÍTEZ, E. M.: *El contenido de la relación laboral en el teletrabajo...* Op. cit, pág. 97-98: "El problema principal con el que nos encontramos son las serias dificultades que existen para controlar el posible fraude en los casos en que se compatibiliza el ejercicio de una actividad de teletrabajo con la percepción de una prestación a cargo de la Seguridad Social, situación que se agrava cuando el teletrabajador desempeña la actividad laboral en su propio domicilio. El tipo de conexión interactiva puede servir como un tipo de control válido cuando exista constancia de los registros de control empresarial del propio *software*, donde figuren la hora de encendido y de apagado del ordenador. Sin embargo, la conexión *off line*, que *a priori* escapa de la vigilancia empresarial, puede ocasionar la situación de fraude, cuestión que debe ser tenida en cuenta por el legislador cuando estas circunstancias objetivas se produzcan. Las propuestas de soluciones deben intentar garantizar la efectividad del cumplimiento de la normativa en el teletrabajo, y el papel de control y vigilancia del cumplimiento de las normas laborales y de la Seguridad Social por la Inspección de Trabajo".

²⁹⁵ THIBAUT ARANDA, J.: *El teletrabajo. Aspectos jurídico-laborales...*, Op. cit. Pág. 103.

5.- Tratamiento normativo del teletrabajo en España; perspectivas de futuro

En España el teletrabajo ha carecido tradicionalmente de regulación específica, aspecto que comparte con un significativo número de países de nuestro entorno²⁹⁶. Otras naciones se encuentran significativamente más avanzadas con relación a esta novedosa figura jurídico-laboral, mientras que a nivel europeo, como veremos en su momento, las iniciativas no han pasado de lo programático a nivel de iniciativas desempeñadas a cargo de los mismos interlocutores sociales²⁹⁷. El protagonismo

²⁹⁶ Como precedentes normativos en España, a parte de la ya comentada de la anterior redacción del artículo 13 del Estatuto de los Trabajadores, habría que citar el Decreto-Ley del Ministerio de Trabajo de 26 de julio de 1926 sobre el Trabajo a domicilio y su Reglamento de 20 de octubre de 1927 (declarado Ley de Trabajo a domicilio, el 9 de septiembre de 1931). También en 2007 hubo un intento de regularizar el teletrabajo en la Administración General del Estado, sin embargo no pasó de ser un proyecto de Real Decreto que nunca vio la luz.

²⁹⁷ Nos referimos al Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo, Acuerdo firmado el 16 de julio de 2002 en Bruselas, por los agentes sociales CES (Confederación Europea de Sindicatos), UNICE/UEAPME (Unión de las Industrias de la Comunidad Europea) y CEEP, del cual haremos análisis pormenorizado en el sexto capítulo de la presente tesis. Algunos autores señalan que ésta iniciativa fue el arranque de la preocupación, al menos por la vía de los convenios colectivos, en cuanto a la regulación normativa del teletrabajo. Así BELZUNEGUI ERASO, A.: *El teletrabajo en España: implicaciones...*, Op. cit., Págs. 139-140: "Previamente al Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo de 2002, precitado, podemos encontrar en España una muy escasa regulación sobre el teletrabajo; la que encontramos se desarrolla en el marco de los convenios colectivos y se centra en algunos aspectos relacionados con el teletrabajo, pero nunca de forma global con el mismo. Así, en ciertos convenios, como por ejemplo, el del marketing telefónico, el de Siemens Nixdorf España, Ibermática España o DHL Internacional en España, se pueden observar cláusulas que circunscriben la prestación laboral fuera de las oficinas centrales de las empresas, pero en ningún caso se especifica que se esté tratando de teletrabajo. Estas cláusulas se ciñen al uso del correo electrónico, a ciertas condiciones laborales de la prestación en lugares remotos, como por ejemplo tiempo de actuación, salida o reportes, etc., pero nunca claramente o globalmente sobre teletrabajo. Es así porque los convenios o acuerdos de empresa regulan la prestación de trabajadores que aunque siendo teletrabajadores de facto son considerados por las empresas como empleos de plantilla en el sentido tradicional. Como ejemplo, el Acuerdo Interconfederal para la Negociación Colectiva 2003 incorporó los preceptos del AMET, formando parte de las orientaciones dirigidas a los negociadores para el diálogo social.

Las centrales sindicales con mayor representación en España, CC. OO. y UGT, se han visto, esta última década, concernidas por el desarrollo del teletrabajo en diversas empresas y sectores económicos. En la medida en que las instituciones regionales y municipales han ido fomentando la puesta en práctica de experiencias de teletrabajo (sobre todo en la modalidad de centros de recursos compartidos o telecentros), los sindicatos han ido participando en el diseño de estas propuestas, intentando introducir elementos de protección destinados a los trabajadores que se han visto involucrados.

Las instituciones municipales y regionales han sido las más entusiastas a la hora de poner en marcha experiencias de teletrabajo como forma de autoempleo y de corrección del problema de la desocupación en España; algunas de estas iniciativas han tenido éxito en zonas rurales, pero en la mayoría de los casos, estas iniciativas han sido reconvertidas a experiencias de utilización de las tecnologías de la información y la comunicación, no estrictamente a lo que aquí se viene considerando como teletrabajo".

Por tanto, podemos afirmar que, en los últimos diez años, no ha habido cambios regulatorios de carácter general y transversal que afecten a las partes contractuales ni a la Administración; del 197

regulador habría correspondido eminentemente a iniciativas sindicales, en las cuales los empresarios habrían actuado a remolque, pues no en balde ellos habrían venido siendo los primeros favorecidos, en opinión de la doctrina, de semejante situación de desregulación²⁹⁸.

mismo modo, tampoco se ha observado regulación autonómica, regional y/o local para paliar la falta de regulación. Desde nuestro punto de vista, la causa de esta falta de regulación se debe, entre otros factores, al hecho de que el teletrabajo se ha venido considerando como una parte sustantiva de la denominada «organización del trabajo» que, en los convenios colectivos, queda reservada a la parte empresarial y, por consiguiente, es escasamente negociable. Este hecho hace que en lo relativo al teletrabajo haya una fuerte discrecionalidad de la parte empresarial en la delimitación de las prácticas asociadas a las diversas formas de teletrabajo”.

²⁹⁸ Así es como lo considera BELZUNEGUI ERASO, A.: *El teletrabajo en España: implicaciones...*, Op. cit., págs. 141-143, a la hora de analizar el papel de los interlocutores sociales y las condiciones de trabajo. En su opinión: “Los sindicatos españoles, considerando la elevada discrecionalidad por parte de la empresa en la implantación de los diseños de teletrabajo, han venido incorporándose al debate sobre las prácticas del teletrabajo demandando una mayor participación de los representantes de los trabajadores en la marcha de dichos diseños. Por ejemplo, se ha puesto una especial atención a todo lo que tiene que ver con la situación contractual de los teletrabajadores, ya que una buena parte de los mismos han aparecido en el mercado como trabajadores autónomos, considerando los sindicatos una más que probada relación de subordinación entre la mayoría de los teletrabajadores y las empresas que los contratan como realidades jurídicas independientes. Para los sindicatos, el teletrabajo que pueda demostrar que en la prestación existe esta subordinación, ha de ser asimilado a las condiciones salariales previstas en la propia norma (Estatuto de los Trabajadores), sin perjuicio del desarrollo de normas de regulación colectivas que puedan acoger a este colectivo de trabajadores.

Algunos ejemplos de la discrecionalidad que envuelve al fenómeno del teletrabajo, como resultado de la falta de criterios regulatorios de los diversos ámbitos que se ven afectados, son los siguientes:

a) Las empresas trabajan con bases de datos de los empleados confidenciales que no son facilitadas a sus representantes laborales. Generalmente tampoco las empresas han adoptado una política de facilitar las direcciones electrónicas de estos teletrabajadores a los comités de empresa o a sus representantes laborales, con lo cual se dificulta el contacto entre aquéllos y el resto de trabajadores.

b) Por otra parte, las empresas trabajan con protocolos internos de confidencialidad en el manejo y transmisión de datos relativos a la prestación de los teletrabajadores.

c) Para solventar las deficiencias de formación de los teletrabajadores las empresas más avanzadas han puesto a disposición de sus empleados (teletrabajadores o no) aulas virtuales en su intranet a través de las cuales los trabajadores pueden acceder a algún tipo de formación requerida para el puesto de trabajo. La formación, así, sale del ámbito de la negociación colectiva y de las horas de trabajo, para pasar a ser una actividad que relaciona individualmente al teletrabajador con la empresa.

d) Los teletrabajadores en domicilio con estatus de autónomos no tienen la protección en materia de seguridad y salud como el resto de trabajadores, aunque en casos puntuales las empresas realizan inspecciones (siempre con el permiso del teletrabajador) de las instalaciones desde las que opera. Los teletrabajadores que practican la movilidad y están ligados contractualmente a la empresa, si gozan de la protección de seguridad y salud que brindan las empresas, además de negociar ciertas especificidades como los riesgos asociados a la movilidad con la que realizan la prestación. En casos puntuales, la empresa también vela porque las condiciones de salud e higiene de las empresas clientes sean las adecuadas para realizar la prestación.

e) No existe una jornada laboral estándar en las prácticas del teletrabajo, variando enormemente la flexibilidad/rigidez de la misma en función de otros factores como, por ejemplo, el estilo de dirección de la empresa, la actividad, los clientes de la misma, el tipo de mano de obra, la carga de trabajo, etc. Sin embargo, puede afirmarse, en líneas generales, que el teletrabajo no ha supuesto en la mayoría de los casos una relajación de la prestación, si se entiende por aquélla, un tipo de prestación más conciliadora con otros ritmos de vida marcados por las obligaciones diarias. Bien al contrario, en la mayoría de estudios se pone de manifiesto la existencia de una mayor carga de trabajo trasladada hacia el teletrabajador que acaba repercutiendo en el alargamiento de las jornadas laborales diarias.

Esta sería la razón en virtud de la cual, rompiendo en parte tal situación, la Ley 3/2012 de medidas urgentes para la Reforma del Mercado Laboral²⁹⁹, ha supuesto por vez primera la regulación del acuerdo entre trabajador y empresario que establece el trabajo a distancia. Dicha nueva redacción del artículo 13 del ET con relación a la figura del teletrabajador (o trabajador a distancia), fue abordada con interés por la doctrina a la postre de la reforma laboral de 2012, destacando las aportaciones de LAHERA y BERLENGUER³⁰⁰.

La nueva regulación deja atrás la concepción tradicional del contrato de trabajo a domicilio contemplada en la antigua redacción del artículo 13 ET en la que se definía

Los sindicatos consideran, asimismo, que con el teletrabajo se dificulta la conexión de los representantes sindicales con sus representados, así como de éstos con el propio sindicato. Para corregir este déficit de comunicación ante el desarrollo unilateral del teletrabajo por parte de las empresas, los sindicatos se han comenzado a plantear dos necesidades de futuro imprescindibles: por un lado potenciar los comités de empresa europeos ya que una buena parte del teletrabajo puede desarrollarse en la modalidad de trabajo transfronterizo, y por otro, garantizar la interlocución para los teletrabajadores en los convenios colectivos de empresa. En cualquier caso, los sindicatos españoles mayoritarios están viendo la necesidad de crear redes de comunicación telemáticas con sus representantes y con los teletrabajadores, utilizando como vehículo de comunicación las tecnologías de la información y de la comunicación. En este terreno se plantea un conflicto de importancia creciente ya que los sindicatos consideran que estos instrumentos han de ser los mismos que la empresa pone a su alcance para realizar la prestación, mientras que las empresas, por lo general, se niegan a que sean utilizados como instrumento de comunicación sindical. Existen algunos casos en los que la filial de una empresa en un país garantiza a los representantes de los trabajadores la utilización de bases de datos y correos electrónicos de los trabajadores para que puedan contactar con ellos, mientras que otra filial en otro país lo prohíbe sin ninguna posibilidad de negociación”.

²⁹⁹ BOE Núm. 162 de 7 de julio de 2012.

³⁰⁰ Vid. LAHERA FORTEZA, J.: “El impacto del teletrabajo en el derecho del trabajo a la luz de la nueva regulación española...”, Op. cit, pág. 60 a 66. Este autor indica que son varios los aspectos a tener en cuenta, como la voluntariedad en los cambios de trabajo presencial a teletrabajo o mejoras en el modo de articular la retribución. Asimismo Vid. BERLENGUER HERNANDEZ, S.: “El régimen jurídico del trabajo a distancia...”, Op. cit. Para esta autora, la nueva regulación supone que “Se modifique el artículo 13 del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido del ET, que se había mantenido sin modificación alguna desde la versión inicial de 1980, sustituyendo de esta forma el contrato de trabajo a domicilio para dar cabida al trabajo a distancia” y con dicha denominación al teletrabajo (págs. 2-3). Después dicha autora recalca aspectos de tramitación, como son el control de legalidad en torno a la copia básica del contrato y la forma del contrato de trabajo a distancia. BERLENGUER recalca que la forma del contrato de trabajo a distancia sigue siendo escrita por imperativo legal, convirtiéndose de esta manera en un requisito *ad solemnitatem*, y siendo el objetivo de esta previsión normativa el de dotar a estos contratos de seguridad jurídica. La asimilación en materia de derecho a la información, igualdad en materia de retribución, derecho a la representación colectiva, formación y promoción profesional, así como derechos de seguridad social resultan cubiertas con la nueva regulación en la opinión de BERLENGUER, más de un modo insuficiente. En las conclusiones al final de su artículo declara que estamos ante “una reforma superficial en la que los cambios realizados responden a la misma aparición de las nuevas tecnologías y se pone de manifiesto la necesidad de una regulación específica que de garantía a cada una de las especialidades de los trabajadores a distancia”. Es tanta la regulación que el trabajo a distancia precisa que sería más conveniente la creación de un nuevo cuerpo legal sobre el teletrabajo que recoja ampliamente la protección de los derechos y especialidades de los teletrabajadores” (págs. 11- 12).

como trabajo aquel que se desarrollaba “sin vigilancia del empresario”³⁰¹. La Exposición de Motivos nos desvela la finalidad de esta modificación³⁰².

Es significativo que solamente en este texto del citado Preámbulo se hable del “teletrabajo”, mientras que en todo el desarrollo posterior, la Ley se refiere a “trabajo a distancia” en la reformulación del artículo 13 ET³⁰³. Pese a todo, los cambios son muchos; cambia la denominación, y así de la denominación “contrato a domicilio” se pasa a la de “trabajo a distancia”. Los matices que van de la antigua a la nueva

³⁰¹ Dicho artículo 13 ET presentaba en su antigua versión la redacción siguiente: “1. Tendrá la consideración de contrato de trabajo a domicilio aquel en que la prestación de la actividad laboral se realice en el domicilio del trabajador o en el lugar libremente elegido por éste y sin vigilancia del empresario.

2. El contrato se formalizará por escrito con el visado de la oficina de empleo, donde quedará depositado un ejemplar, en el que conste el lugar en el que se realice la prestación laboral, a fin de que puedan exigirse las necesarias medidas de higiene y seguridad que se determinen.

3. El salario, cualquiera que sea la forma de su fijación, será, como mínimo, igual al de un trabajador de categoría profesional equivalente en el sector económico de que se trate.

4. Todo empresario que ocupe trabajadores a domicilio deberá poner a disposición de éstos un documento de control de la actividad laboral que realicen, en el que debe consignarse el nombre del trabajador, la clase y cantidad de trabajo, cantidad de materias primas entregadas, tarifas acordadas para la fijación del salario, entrega y recepción de objetos elaborados y cuantos otros aspectos de la relación laboral interesen a las partes.

5. Los trabajadores a domicilio podrán ejercer los derechos de representación colectiva conforme a lo previsto en la presente Ley, salvo que se trate de un grupo familiar”.

³⁰² Así establece en su apartado III que :”El deseo de promover nuevas formas de desarrollar la actividad laboral hace que dentro de esta reforma se busque también dar cabida, con garantías, al teletrabajo: una particular forma de organización del trabajo que encaja perfectamente en el modelo productivo y económico que se persigue, al favorecer la flexibilidad de las empresas en la organización del trabajo, incrementar las oportunidades de empleo y optimizar la relación entre tiempo de trabajo y vida personal y familiar. Se modifica, por ello, la ordenación del tradicional trabajo a domicilio, para dar acogida, mediante una regulación equilibrada de derechos y obligaciones, al trabajo a distancia basado en el uso intensivo de las nuevas tecnologías”.

³⁰³ Que presenta los términos siguientes: “Artículo 13. Trabajo a distancia.

1. Tendrá la consideración de trabajo a distancia aquel en que la prestación de la actividad laboral se realice de manera preponderante en el domicilio del trabajador o en el lugar libremente elegido por este, de modo alternativo a su desarrollo presencial en el centro de trabajo de la empresa.

2. El acuerdo por el que se establezca el trabajo a distancia se formalizará por escrito. Tanto si el acuerdo se estableciera en el contrato inicial como si fuera posterior, le serán de aplicación las reglas contenidas en el artículo 8.4 para la copia básica del contrato de trabajo.

3. Los trabajadores a distancia tendrán los mismos derechos que los que prestan sus servicios en el centro de trabajo de la empresa, salvo aquellos que sean inherentes a la realización de la prestación laboral en el mismo de manera presencial. En especial, el trabajador a distancia tendrá derecho a percibir, como mínimo, la retribución total establecida conforme a su grupo profesional y funciones.

El empresario deberá establecer los medios necesarios para asegurar el acceso efectivo de estos trabajadores a la formación profesional para el empleo, a fin de favorecer su promoción profesional. Asimismo, a fin de posibilitar la movilidad y promoción, deberá informar a los trabajadores a distancia de la existencia de puestos de trabajo vacantes para su desarrollo presencial en sus centros de trabajo.

4. Los trabajadores a distancia tienen derecho a una adecuada protección en materia de seguridad y salud resultando de aplicación, en todo caso, lo establecido en la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, y su normativa de desarrollo.

5. Los trabajadores a distancia podrán ejercer los derechos de representación colectiva conforme a lo previsto en esta ley. A estos efectos dichos trabajadores deberán estar adscritos a un centro de trabajo concreto de la empresa”.

redacción no pasan inadvertidos. El viejo concepto de contrato a domicilio lo configuraba como una relación laboral con peculiaridades, es decir, parte de ese resabio arcaico de considerar hasta cierto punto algo extraño o no deseable el trabajo que no se realiza en un centro de trabajo al uso. Ello no se llegó a aplicar al personal de servicio doméstico, puesto que los domicilios particulares sí que estaban plenamente considerados como el centro de trabajo propio de esta relación laboral de carácter especial. En cambio, con la nueva redacción del artículo 13 del ET consideramos que el trabajo a distancia pasa a tener una situación plenamente normalizada, desprovista de los ribetes de excepcionalidad antes comentados. De este modo, siempre que se cumpla con las debidas garantías previstas por la Ley, el trabajo a distancia o teletrabajo podrá por lo tanto emplearse en cualquier modalidad contractual en la cual, la naturaleza de la prestación a cargo del trabajador así lo permita. No se excluye que al trabajador así considerado puedan exigírsele obligaciones de presencia en la empresa en un determinado volumen de tiempo. Es más, para el ejercicio de derechos colectivos se concreta ahora que el trabajador deberá estar adscrito a un centro de trabajo concreto. Además el trabajo a distancia lo es de modo alternativo a su desarrollo presencial en el centro de trabajo de la empresa³⁰⁴.

En ambas redacciones, el “contrato” o el “acuerdo” se formalizan por escrito. Sin embargo, en la actual redacción, lo que se formaliza es el acuerdo, no el contrato en sí, permitiendo que dicho acuerdo se formalice en un primer momento cuando se redacte el contrato o en uno posterior. Además, la nueva redacción establece que los teletrabajadores tendrán los mismos derechos que los que trabajan de forma presencial en la empresa. Al igual que la anterior, la actual redacción legal advierte que el trabajador a distancia tendrá derecho a percibir, como mínimo, la retribución total establecida conforme a su grupo profesional y funciones.

En la nueva redacción desaparece la obligación de poner a disposición un documento de control de la actividad laboral, y se obliga a los empresarios que contraten bajo esta modalidad a garantizar a los teletrabajadores los medios necesarios para asegurar su acceso a la formación profesional continua, así como el derecho a una adecuada protección en materia de seguridad y salud laboral. También, incorpora el derecho de los trabajadores a distancia a ser informados de la existencia de puestos de trabajo vacantes para su desarrollo presencial en sus

³⁰⁴ VALENCIANO SAL, A.: “El teletrabajo...”. Op. cit. pág, 107.

centros de trabajo. Introduce el derecho a una adecuada protección en materia de seguridad y salud³⁰⁵. Se dota de mayor entidad a este derecho al instituirlo en un epígrafe propio y desgajarlo de la mención al lugar de desarrollo del trabajo, como se preveía anteriormente. Como ya apuntábamos, se entendía al teletrabajo como aquel que se desarrollaba “sin vigilancia del empresario”, exigencia legal ahora suprimida, por lo que pueden implementarse mecanismos de control de la actividad del trabajador a distancia, seguramente telemáticos.

En definitiva, este contrato, antes conocido como de trabajo a domicilio, es una de las modalidades contractuales menos utilizadas, si bien ha gozado de cierto predicamento con implantación tradicional en sectores como el textil, el calzado, el juguete, y, en los últimos tiempos, en las empresas comerciales y tecnológicas para determinados perfiles de plantilla, siendo el más común el del trabajador que se corresponde con una mujer con hijos o familiares dependientes a cargo. Todo podría hacer pensar que el teletrabajo, o trabajo a distancia, tal y como lo entiende la nueva redacción del ET, habría venido a actualizar el viejo “trabajo a domicilio” respecto de las exigencias contemporáneas deparadas por las TIC en el mundo laboral, pero esa clarificación está lejos de conseguirse, sino más bien al contrario. A este respecto compartimos con VALENCIANO³⁰⁶ que ni el contrato a domicilio tiene por qué ser teletrabajo, ni todo el teletrabajo es trabajo a domicilio, La reforma laboral puede llegar a distorsionar la posible consideración del teletrabajo como modalidad característicamente propia donde confluyen prestación laboral y TIC, por cuanto

³⁰⁵ El artículo 13 quedó tras la mencionada reforma con la siguiente redacción: “1. Tendrá la consideración de trabajo a distancia aquél en que la prestación de la actividad laboral se realice de manera preponderante en el domicilio del trabajador o en el lugar libremente elegido por éste, de modo alternativo a su desarrollo presencial en el centro de trabajo de la empresa.

2. El acuerdo por el que se establezca el trabajo a distancia se formalizará por escrito. Tanto si el acuerdo se estableciera en el contrato inicial como si fuera posterior, le serán de aplicación las reglas contenidas en el artículo 8.3 de esta Ley para la copia básica del contrato de trabajo.

3. Los trabajadores a distancia tendrán los mismos derechos que los que prestan sus servicios en el centro de trabajo de la empresa, salvo aquéllos que sean inherentes a la realización de la prestación laboral en el mismo de manera presencial. En especial, el trabajador a distancia tendrá derecho a percibir, como mínimo, la retribución total establecida conforme a su grupo profesional y funciones.

El empresario deberá establecer los medios necesarios para asegurar el acceso efectivo de estos trabajadores a la formación profesional continua, a fin de favorecer su promoción profesional. Asimismo, a fin de posibilitar la movilidad y promoción, deberá informar a los trabajadores a distancia de la existencia de puestos de trabajo vacantes para su desarrollo presencial en sus centros de trabajo.

4. Los trabajadores a distancia tienen derecho a una adecuada protección en materia de seguridad y salud resultando de aplicación, en todo caso, lo establecido en la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, y su normativa de desarrollo.

5. Los trabajadores a distancia podrán ejercer los derechos de representación colectiva conforme a lo previsto en la presente Ley. A estos efectos dichos trabajadores deberán estar adscritos a un centro de trabajo concreto de la empresa”.

³⁰⁶ VALENCIANO SAL, A.: “El teletrabajo...”, Op. cit. pág. 108.

viene a introducir modificaciones sobre el trabajo a domicilio que nada tienen que ver con el teletrabajo, provocando así inseguridad jurídica.

Finalmente, en cuanto a posibles alternativas a la labor de los textos normativos o legislados, e incluso de un protagonismo en materia de trabajo por parte de los convenios colectivos, autores como LAHERA establecen otro aspecto interesante y pasa a analizar los diversos códigos de conducta o de buenas prácticas que algunas empresas hacen sobre el teletrabajo³⁰⁷.

6.- El teletrabajador ante el ejercicio de sus derechos laborales

Con respecto al ejercicio de los derechos de los trabajadores con respecto al ordenamiento laboral, tanto en su faceta individual como colectiva, la reforma analizada en el epígrafe anterior persigue salvaguardar a los trabajadores a distancia, imponiendo que los mismos sean adscritos a un centro de la empresa. Tal

³⁰⁷ LAHERA FORTEZA, J.: "El impacto del teletrabajo...", Op. cit, pág. 67-68. Este autor resume en los siguientes epígrafes las principales líneas de la cuestión:

"a) Los códigos de conducta son un instrumento voluntario de las empresas, sin que exista ninguna obligatoriedad en su articulación específica.

b) Los códigos de conducta son, en principio, unilaterales, sin perjuicio, como luego se desarrollará, de la posible participación de los representantes de los trabajadores en su redacción o de su articulación mediante la negociación colectiva

c) Los códigos de conducta no tienen, en principio, vinculación jurídica directa, constituyendo un conjunto de actuaciones que se impone la empresa a sí misma, demostrando así su responsabilidad social. La principal sanción al incumplimiento de estos códigos reside en la respuesta de los mercados y de los consumidores que pueden castigar, con una menor rentabilidad y un menor consumo, a una empresa incumplidora.

d) El contenido de los códigos de conducta es variado y depende de la libertad de la empresa en su articulación. Su contenido atenderá normalmente a los intereses concretos que reclame una responsabilidad social en el ámbito de actuación de la empresa, ya provengan éstos de los accionistas, de los clientes, de los consumidores, de los inversores, de los trabajadores, del medio ambiente, del entorno o de exigencias éticas con múltiples dimensiones.

e) El código de conducta puede afectar a empresas proveedoras y contratistas, logrando proyectar la responsabilidad social en el ámbito de la empresa-red y proteger un amplio abanico de intereses.

f) Dentro de esta amplia variedad de contenidos, es posible la redacción de códigos de conducta dirigidos a los trabajadores de la empresa. Estos códigos de conducta laborales tienen como destinatarios al personal de la empresa y plantean el problema del grado de su exigencia y vinculación, al depender de conductas concretas de los trabajadores que trascienden el mero cumplimiento de la propia empresa. Este problema se agrava si los destinatarios de tales códigos son los trabajadores de empresas contratistas y subcontratistas.

g) La proyección del código en el personal de la empresa impulsa conductas de los trabajadores dirigidas a preservar distintos intereses dentro de una acción amplia de responsabilidad social. El código no es un instrumento de regulación de condiciones laborales sino de ordenación de conductas de los trabajadores para cumplir objetivos enmarcados en una concreta responsabilidad social.

h) Estos códigos laborales, por tanto, determinan conductas y regulan materias no previstas en los distintos instrumentos de negociación colectiva ni en las normas jurídicas aplicables ni en los propios contratos individuales, siendo una vía de regulación complementaria, y no sustitutiva, de las fuentes clásicas de regulación del trabajo".

circunstancia tiene un indudable impacto en la dimensión colectiva de dichos derechos. De este modo pueden disfrutar de la representación colectiva y defender sus derechos con el resto de sus compañeros aunque no compartan con ellos el día a día en la empresa. Abundante doctrina³⁰⁸ recalca que la cuestión crucial es la transmisión de esta información a trabajadores que prestan su actividad en un lugar distinto a la empresa. Como es obvio, esta desconexión de una presencia física en la empresa por motivo del teletrabajo y la ausencia de un centro de trabajo al uso puede darse entre representantes y representados constituyen el caldo de cultivo idóneo para un extrañamiento de estos trabajadores respecto de la actividad de tutela deparada por parte de las centrales sindicales. No obstante, al mantener la reforma del artículo 13 del ET la imposibilidad de que miembros de un grupo familiar pudieran ejercer derechos de representación colectiva también para el teletrabajo se da pie a que persistan las dificultades que actualmente existen.

En definitiva, se persigue, al favorecer la flexibilidad de las empresas en la organización del trabajo, incrementar las oportunidades de empleo y optimizar la relación entre tiempo de trabajo y vida personal y familiar. Con mejor o peor acierto a la hora de estipularse contractualmente y llevarse a la práctica, ya venía siendo utilizada por muchos operadores de este mercado, pese a carecer de regulación específica, constituyendo otro típico caso en que la realidad social imperante se anticipa al legislador³⁰⁹.

³⁰⁸ ESCUDERO RODRÍGUEZ, R.: "Teletrabajo...", Op. cit., pág. 778; MERCADER UGUINA, J. R.: *Derecho del Trabajo, nuevas tecnologías y sociedad de la información*, Lex Nova, Valladolid, 2002, pág. 117; PURCALLA BONILLA, M. A.: "El teletrabajo como sistema susceptible de implantarse en las organizaciones públicas y privadas: estado de la cuestión", *Revista de Derecho Social*, Madrid, 2009, Núm. 46, pág. 82.

³⁰⁹ Así lo pone de manifiesto la exigua jurisprudencia fallada al efecto, de la que cabe destacar sentencias, entre otras, como la de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, de 6 de julio 2012, Núm. 3846/2012, RJ 2012/164261, las sentencias también del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 21 diciembre 2004, Núm. 9178/2004, RJ 2004/248740 sobre la presunción de existencia de contrato de trabajo y de dependencia de una teletrabajadora que realizaba tareas de mecanografiado, y la de 8 de enero del 2003, del mismo Tribunal, sentencia Núm. 25/2003, RJ 2003/6102, sobre la obligatoriedad de un trabajador presencial a convertirse en teletrabajador como consecuencia de cambios organizativos en la empresa. O incluso la sentencia de la Sala IV del Tribunal Supremo, de 11 de abril del 2005, rec. 143/2004, RJ 2005/62273 que concluye que la implantación de un sistema de trabajo a domicilio (en este caso de teletrabajo), pasando el trabajador a desarrollar parte de su actividad en su domicilio, en lugar de las oficinas de la empresa, exige la aceptación voluntaria del trabajador, no pudiendo establecerse por acuerdo o convenio colectivo, ni tampoco por modificación de las condiciones de trabajo. También cabe referir la sentencia de la Sala IV del Tribunal Supremo de 14 de octubre de 2009 (RJ 3429/2008), en función de la cual se contempla al teletrabajo como elemento dirimente a los efectos de poder compatibilizar el cobro de una prestación de la Seguridad Social en materia de incapacidad permanente absoluta, y la de la gran invalidez, que no permite dicha compatibilidad.

En verdad la jurisprudencia existente en materia de teletrabajo, pese a su carácter fragmentario, no deja de arrojar ciertas luces muy interesantes. En tal línea, las aportaciones que se pueden entresacar son las siguientes, si bien para el mayor número de tales aportaciones no se trate propiamente de colectividad en sentido estricto, sino de cuestiones propiamente asociadas, con el trasfondo de aquella, a situaciones individualizadas de trabajo:

a) Aclaración de los elementos de una situación de relación laboral, en términos de presunción de laboralidad en los términos del ET, frente a las tentaciones de la empresa para hacerla ver como mercantil, incluso aunque el trabajador estuviese dado de alta nominalmente como autónomo y facturase con IVA³¹⁰.

³¹⁰ Tal es el contenido de la STSJ de Cataluña de 21 de diciembre de 2004, precitada (Considerando 4º): “En el presente caso, al igual que la sentencia recurrida, considera la Sala que en la relación que vinculó a las partes se dan las notas definitorias del contrato de trabajo. De la prueba practicada se desprende que la actora empezó en enero de 1999 a prestar sus servicios de mecanógrafa en el domicilio de la empresa demandada y, a partir de finales de dicho año, pasó a prestar esos mismos servicios en su propio domicilio. En el que la demandante transcribía las cintas magnetofónicas que realizaba el codemandado, administrador de la mercantil demandada, con el contenido de la traducción que había que mecanografiar. El trabajo de la actora consistía exclusivamente en escuchar la cinta y mecanografiar su contenido, en castellano, idioma al que se traducían los textos.

Es cierto que en el ejercicio de su actividad, la demandante no estaba sujeta a horario. Tampoco constan que hayan existido vacaciones o ejercicio de poder disciplinario por la empresa demandada. Tampoco consta obligación de exclusividad, ni se da una situación de disponibilidad total de la actora para con la mercantil demandada, pues aquella empleaba sólo 3,35 horas diarias, aproximadamente, de cada día laborable para atender los trabajos de mecanografía que le eran encomendados, por lo que, en principio, podía compatibilizar esas tareas con cualquier otra actividad profesional. Mas estos datos no impiden calificar la relación como laboral. Porque, en primer lugar, puede considerarse la existencia de un contrato de trabajo cuando no se da la libertad existente en el arrendamiento de servicios, al realizarse el trabajo bajo las directrices de la empresa, bajo su control; y, en el presente caso, la actora prestaba sus servicios para la empresa demandada siguiendo las instrucciones que el codemandado le daba sobre la transcripción de determinadas palabras especiales por su fonética o deletreo, o sobre el formato, tipo de letra y tamaño de la fuente a utilizar. Asimismo, existía un control de la actividad de la actora, pues ésta entregaba a la empresa una relación con los trabajos entregados y devueltos. En segundo lugar, sabido es que uno de los indicios de laboralidad del trabajo a domicilio es que la empresa facilite al trabajador los medios necesarios para realizar sus tareas, y, en el presente caso, la empresa facilitó a la actora un dictáfono, el mismo que ésta utilizaba cuando trabajaba en la oficina de la empresa, así como unos programas de *software* que un informático que realizaba tareas ocasionales de mantenimiento para la empresa instaló en el ordenador de la actora. Aunque es cierto que la actora utilizaba su propio ordenador para realizar las transcripciones, ello no sería un dato relevante para la calificación del contrato, pues no era necesario que la empresa se lo proporcionara si la actora ya disponía de equipo informático, algo por lo demás nada excepcional teniendo en cuenta que hoy en día los ordenadores, por su limitado coste económico, están presentes en buena parte de los hogares españoles. Herramienta sin duda imprescindible para realizar las tareas encomendadas a la actora, pero que la misma sea de su propiedad no permite excluir la laboralidad de la relación, de la misma manera que la actividad de prestación de servicios de transporte con vehículo propio, cuando no se requiere autorización administrativa, puede ser constitutiva de relación laboral si concurren las notas típicas que definen dicha relación. En tercer lugar, aunque es cierto que una vez concretados los servicios a realizar por la actora ésta disponía de libertad para organizar su horario de trabajo, ello no resulta determinante de la existencia de la pretendida autonomía en el trabajo que conforma un arrendamiento de servicios, pues ya se ha expuesto que la dependencia es un concepto relativamente vago, en cuanto debe entenderse en sentido amplio y flexible, y en esta nueva concepción de la dependencia, los indicios tradicionales (sujeción a un horario, trabajar en locales del empresario, la exclusividad del trabajo prestado a un único empleador, la posibilidad de rechazar o no los encargos, la continuidad, asiduidad o

b) Delimitación de aquellas cuestiones derivadas de la efectiva ocupación del trabajador por parte del empresario. No hay incumplimiento grave achacable a la empresa en materia de no dar ocupación al trabajador derivada de una situación de baja, vacaciones y ocupación en un curso de formación informática existente en el trabajador. Dicho trabajador nunca habría estado en condiciones de ponerse al día en los nuevos requerimientos formativos para desempeñar una labor de teletrabajo en toda su extensión³¹¹.

estabilidad en el trabajo) sirven como criterios orientativos, mas no con carácter determinante y excluyente de la existencia de una relación laboral (...), lo que permite incluir dentro del concepto de relación laboral diversas manifestaciones "atípicas" del trabajo nacidas en fechas más o menos recientes (v. gr., el teletrabajo), en el que no existe presencia física en el círculo rector del empresario, mas no en cuanto a la organización del trabajo, que es, en definitiva, a la que viene referida la nota de dependencia, y situadas en el ámbito de la llamada "descentralización productiva" o "externalización productiva", así como otras formas tradicionales de trabajo (v.gr., el trabajo a domicilio). En cuarto lugar, otros indicios relevantes que apuntan a la existencia de relación laboral son, de una parte, que la actora sólo prestaba servicios para la empresa demandada, y, de otra, la asiduidad de esos servicios, en modo alguno puntuales, ocasionales o esporádicos, pues desde finales del año 1999 venía atendiendo en su domicilio los encargos que con regularidad le hacía la empresa demandada, dedicando a los mismos un tiempo de trabajo, que la prueba pericial ha establecido en 3,35 horas diarias aproximadamente por cada día laborable, lo que supone la realización día a día de una jornada de trabajo a tiempo parcial -casi media jornada ordinaria-. En quinto lugar, no estamos en el caso de autos ante un profesional liberal, que puede ejercer su trabajo autónomamente en el marco de una organización empresarial más amplia, pues tal autonomía no se da en la actividad de mecanografiado llevada a cabo por la actora, cuyos resultados habían de ser necesariamente supervisados por la empresa, que le asignaba regularmente las tareas a realizar, con instrucciones precisas sobre la forma de llevarla a cabo, organizando de este modo su trabajo, evidenciándose la necesidad de supervisión posterior tanto por el tipo de trabajo encomendado como por la propia cláusula contenida en el contrato denominado de "arrendamiento de servicios" firmado por la empresa con la persona que sucedió a la actora en la realización de los trabajos de mecanografía, que lleva fecha de 1 de febrero de 2004, por la que la empresa se reservaba la posibilidad de no aceptar cada una de las transcripciones que realizara la mecanógrafa "si el resultado de su trabajo no es el correcto y esperado de un buen profesional", facultad empresarial sin duda extrapolable al caso de la actora y que pone de manifiesto tanto la asunción de riesgo como la capacidad de dirección y decisión de la empresa (artículo 20.2 del Estatuto de los Trabajadores). En sexto lugar, la ajenidad se manifiesta de forma inequívoca porque es la demandada la que incorpora los frutos del trabajo de la actora, obteniendo directamente los beneficios y porque la actora no es titular de una organización empresarial propia, no constando que poseyera otra infraestructura que no fuera el propio ordenador, sin que sean datos trascendentes al efecto, y sí sólo formales, la afiliación al Régimen de Cotización de Trabajadores Autónomos, ni la facturación con IVA".

³¹¹ Observamos en la STSJ de Cataluña de 8 de enero del 2003, precitada (Considerando 3º, párrafo 3º): "En cuanto a la otra causa de extinción consistente en que no se le ha ofrecido al trabajador ocupación efectiva desde su incorporación a la empresa desde la situación de incapacidad temporal durante tres meses debe señalarse en primer término que del relato fáctico se desprende que los períodos en que no se le ha dado una ocupación real es el que transcurre entre el 3 de noviembre en que se le da el alta médica y el 8 de noviembre de 2001, pues el periodo comprendido entre el 9 de noviembre y el 1 de enero de 2002 se encuentra en situación de vacaciones que han sido expresamente solicitadas por el actor no habiéndose acreditado que la empresa le forzara a solicitar tales vacaciones y ello aunque excedan de las que legalmente le correspondían y el otro periodo sería el comprendido entre el 2 de enero de 2001 y el 3 de febrero de 2002, pues el período comprendido entre el 4 de febrero y el 22 de marzo el actor realizó uno o varios cursos de informática con el objeto de que pudiera desempeñar las tareas propias de su profesión desde su domicilio y aunque es cierto que el curso no ocupaba sólo una parte de la jornada laboral es razonable que no desempeñara una actividad para la que pudiera no estar preparado, por lo que tampoco puede considerarse que este incumplimiento de la empresa sea grave, pues habiendo procedido la empresa a un proceso de reorganización interna en virtud del cual se procedió al cierre entre otros de la Delegación de Barcelona, adoptando las llamadas

c) Compatibilidad de cobro de una prestación de invalidez con la realización de actividades de teletrabajo. En principio, se plantea si cabría realizar actividades de teletrabajo con ciertas formas de incapacidad laboral. Puede imaginarse que si ello resulta imposible por la propia naturaleza de formas severas de incapacidad como la gran invalidez, que impide toda prestación laboral, otras situaciones, como la incapacidad permanente absoluta, podrían admitir una compatibilidad entre ambas situaciones de cobrar pensión y teletrabajar³¹².

En cuanto a la vertiente más propiamente colectiva en el ejercicio de colectivos con relación al teletrabajo, son dos los riesgos a los que se enfrentan los sindicatos en el desempeño de su labor: el primero, la imposición unilateral por parte del empresario de ciertas condiciones que escapan del marco negociador determinado por los interlocutores sociales en los convenios colectivos; el segundo, la dificultad de conexión a la que se enfrentan los representantes sindicales con sus representados teletrabajadores y viceversa, de un modo bidireccional. Respecto de la primera cuestión, la jurisprudencia ha tenido ocasión de reflexionar acerca del teletrabajo como nueva realidad laboral entre las partes sociales y el modo idóneo en el que mismo ha de abrirse camino³¹³. En cuanto al otro problema, esto es, el de intentar

técnicas del teletrabajo es razonable que existiera necesidad de reubicar al trabajador y que transcurriera un tiempo prudencial hasta que se le buscara un cursillo adecuado, que no puede considerarse excesivo al haber estado aproximadamente un mes y dos semanas sin trabajo efectivo, no existiendo por otra parte una voluntad maliciosa por parte de la empresa por lo que no puede apreciarse que exista esta causa de extinción y consecuentemente debe desestimarse el recurso formulado y confirmarse la sentencia de instancia”.

³¹² Es dicha convicción la consideración medular que alienta la STS de 14 de octubre de 2009, precitada, en donde se lee (Considerando 2º): “La incompatibilidad de que tratamos tendría un cierto efecto desmotivador sobre la reinserción social y laboral de quien se halla en IPA o GI, pues aunque las cotizaciones satisfechas por el nuevo trabajo habrían de tener eficacia respecto de prestaciones futuras [pensión de Jubilación/nueva prestación por IPA; con independencia del régimen de incompatibilidad de pensiones y del derecho de opción que establece el artículo 122 LGSS], lo cierto es que la suspensión de la pensión por la percepción de ingresos debidos al trabajo ordinario [consecuencia impuesta -se dice- por la lógica del Sistema] privaría prácticamente de estímulo económico a una actividad que con todo seguridad ha de realizarse con considerable esfuerzo – psicofísico por parte del inválido (...). Este planteamiento cobra pleno vigor si se atiende a las nuevas tecnologías [particularmente informáticas y de teletrabajo], que consienten pluralidad de actividades laborales -a jornada completa a quienes se encuentran en situaciones de IPA o GI, de manera que la compatibilidad ahora defendida representa -en el indicado marco de actividades sedentarias- un considerable acicate para la deseable reinserción social de los trabajadores con capacidad disminuida”.

³¹³ Tal sería la STS de de 11 de abril del 2005, precitada, en su núcleo concerniente a la limitación a la obligatoriedad del teletrabajo, aun cuando haya sido acordada en modalidades que, sin recordar abiertamente a los convenios colectivos, se les asimilan. Fue con relación a la misma como se declaró la Nulidad del punto 4 del acuerdo suscrito el 23 de octubre de 2003 por la empresa Telefónica Publicidad e Información SA y el Comité Intercentros de esa empresa en cuanto establece con carácter obligatorio la aplicación del teletrabajo a domicilio para el personal del canal de venta directa. En dicho pronunciamiento, es el Fundamento de Derecho Sexto es el más complejo, y el de mayor carga doctrinal, pues aparte de la cuestión de la obligatoriedad o no se produce una exhaustiva comparativa del teletrabajo como relación laboral en relación con los principios esenciales que configuran nuestro Derecho del Trabajo. Se indica: “Hay que señalar 207

que el acuerdo impugnado sí que establece la obligación de prestar el trabajo en el propio domicilio de los trabajadores y ello, aunque con una finta retórica, se haya partido de que los trabajadores ya "han pasado" a realizar su labor administrativa en sus domicilios para regular los derechos, obligaciones y compensaciones correspondientes.

El acuerdo lo que establece es la obligación principal de realizar el trabajo administrativo en el domicilio con "los equipos informáticos y telefónicos" y, como consecuencia de este cambio -antes el trabajo administrativo se realizaba en los locales de la empresa-, se determinan los "derechos, obligaciones y compensaciones" correspondientes. En segundo lugar, es cierto, como pone de relieve el Letrado de la empresa recurrida en su cuidado y exhaustivo escrito de impugnación, que no se trata de una transformación completa del régimen contractual, por la que se haya pasado de un contrato común ejecutado en los locales de la empresa a un contrato a domicilio ejecutado a través del teletrabajo. El personal afectado por el cambio es personal de ventas, que lógicamente desarrollaba su trabajo comercial mediante contactos con los clientes fuera de los centros de trabajo, aunque se realizaba el trabajo administrativo en esos centros, y lo que se cambia es únicamente ese trabajo, que "pasa" ahora a realizarse en el domicilio de los trabajadores. La sentencia recurrida no ha delimitado la importancia de este trabajo administrativo dentro del conjunto de la prestación de trabajo, pese a que la prueba pericial practicada a instancia de la empresa demandada muestra alguna evidencia de interés en este punto. Pero parece claro que, tratándose de un personal de ventas, el trabajo administrativo debe ser complementario del comercial. No puede aceptarse, por tanto, la tesis de la parte recurrente de que lo que existe es un cambio completo de modalidad contractual en la medida en que de un contrato de trabajo común se ha pasado a un contrato a domicilio. Sin embargo, aunque no sea así tampoco es aceptable la posición de la empresa recurrida que considera que estamos ante una modificación del sistema de trabajo -"de la herramienta o medio de trabajo empleado"- que afecta a un elemento no esencial de la prestación.

En realidad, lo que hay es un cambio en el régimen contractual, aunque este cambio sólo afecta a una parte del contenido de la prestación de trabajo. Para establecer el alcance de este cambio es necesario referirse, aunque sea brevemente, al contrato de trabajo a domicilio y a sus relaciones con el teletrabajo. El contrato de trabajo a domicilio se define en el artículo 13 del Estatuto de los Trabajadores como aquél en el que la prestación de trabajo de la actividad laboral se realiza en el domicilio del trabajador o el lugar libremente elegido por éste y sin vigilancia del empresario. Por su parte, el teletrabajo es "una forma de organización y/ o de realización del trabajo, con el uso de las tecnologías de la información, en el marco de un contrato o de una relación de trabajo, en la que un trabajo, que hubiera podido ser realizado igualmente en los locales del empleador, se efectúa fuera de estos locales de manera regular" (punto 2 del Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo). No se trata de conceptos coincidentes, porque el teletrabajo puede prestarse en lugar no elegido por el trabajador y distinto de su domicilio y porque además puede haber formas de teletrabajo en la que exista una vigilancia empresarial (algunas manifestaciones de trabajo "on line"), aunque este elemento del control pudiera ser hoy menos decisivo en orden a la calificación y en cualquier caso las formas de control a través de las tecnologías informáticas no siempre son equiparables a la vigilancia tradicional, que es la que menciona el artículo 13 del Estatuto de los Trabajadores por referencia a los tipos también tradicionales del trabajo industrial a domicilio. Pero hay formas de teletrabajo que se ajustan al modelo de trabajo a domicilio y en este sentido la doctrina se refiere a un "nuevo" contrato a domicilio vinculado a las nuevas tecnologías frente al "viejo" contrato a domicilio. Este es, sin duda, el caso del supuesto aquí analizado, pues, a partir del texto del acuerdo impugnado, no consta el establecimiento de técnicas específicas de control informático de la prestación laboral. En este sentido puede afirmarse que hay un cambio parcial del régimen contractual, pues al menos una parte de la actividad laboral va a realizarse "a domicilio" y sin vigilancia del empresario. Y este cambio excede del ámbito de las modificaciones del artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores, porque este precepto se refiere a las modificaciones sustanciales que se produzcan en el marco de un determinado contrato de trabajo, pero no a las condiciones que puedan determinar un cambio de régimen contractual, como muestra la regla del apartado d) del artículo 12 del Estatuto de los Trabajadores para el contrato a tiempo parcial, y tampoco sería posible autorizar el cambio de una relación indefinida por una temporal o de una relación común por una especial. La doctrina científica ha resaltado que el artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores se aplica a "las condiciones de trabajo", entendidas como los aspectos relativos a la ejecución de la prestación de trabajo y sus contraprestaciones, pero que no alcanza a "las condiciones de empleo", que se proyectan sobre la propia configuración de la relación laboral y sus vicisitudes. Pero es que además el desplazamiento del lugar de la ejecución del contrato del centro de trabajo empresarial al domicilio del trabajador tiene otras implicaciones sobre la esfera personal de éste, que exceden no sólo del ámbito del artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores, sino del propio poder de disposición de la autonomía colectiva. En el fundamento jurídico anterior ya se ha razonado que el establecimiento de una cláusula sobre la realización del trabajo en el

paliar el déficit de representatividad por causa precisamente del teletrabajo, se han planteado dos alternativas: la primera consiste en potenciar los comités de empresa europeos ya, que una buena parte del teletrabajo puede desarrollarse en la modalidad de trabajo transfronterizo. La segunda, el estudio por parte de los propios sindicatos de crear redes de comunicación telemáticas entre representantes y trabajadores en general, utilizando como vehículo de comunicación las tecnologías de la información y de la comunicación. A este respecto, parece que el apartado 5 del actual artículo 13 ET ha resuelto, al menos a priori, dicho conflicto, pues ha venido a legislar aquello que la jurisprudencia ya venía desarrollando a lo largo de estos años dotando a los teletrabajadores del derecho de ejercer los derechos de representación colectiva, salvo que se trate de un grupo familiar.

En el caso de la utilización de las nuevas tecnologías en el derecho colectivo relacionado con los teletrabajadores, encontramos la imposibilidad de utilizar los medios de información previstos en la legislación (locales y tablones), si el

domicilio del trabajador no constituye un supuesto que entre dentro de la garantía constitucional de la inviolabilidad del domicilio. Pero eso no significa que ese tipo de cláusulas sea indiferente en orden a la esfera de la intimidad personal del trabajador, porque cuando se convierte el domicilio en lugar de trabajo se está obligando al trabajador a poner a disposición del empleador algo más que la fuerza de trabajo, pues se convierte en centro de trabajo, en lugar de producción, el propio espacio donde se desarrolla la vida privada del trabajador y esto no sólo supone un coste adicional, que puede quedar sin retribución, como en el caso de que haya que destinar al trabajo lugares que antes se destinaban a otros usos familiares, sino que también puede tener consecuencias de otro orden en la convivencia en el hogar o en la vida personal del trabajador, que deben quedar al margen tanto de las modificaciones unilaterales del artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores, como también de las decisiones de la autonomía colectiva, que han de operar sobre las materias colectivas (...), pero no sobre aquellas que pertenecen a la vida privada del trabajador. Así lo reconoce el Acuerdo Marco Europeo sobre el teletrabajo cuando en su punto 3 insiste en el carácter voluntario de trabajo y prevé que "si el teletrabajo no forma parte de la descripción inicial del puesto de trabajo, y el empleador hace una oferta de teletrabajo, el trabajador puede aceptar o rechazar la oferta", añadiendo que "si un trabajador expresa su deseo de optar a un teletrabajo, el empleador puede aceptar o rechazar la petición". Es cierto que el Acuerdo no es aplicable todavía en nuestro ordenamiento, pues su publicación como Anexo del Acuerdo Interconfederal para la Negociación Colectiva no equivale a una recepción en Derecho interno a través de la negociación colectiva, al tener el mencionado Acuerdo Interconfederal sólo una eficacia obligacional para las partes que lo suscriben en orden al respeto de las orientaciones y criterios que han de seguirse en la negociación, y en esta materia las organizaciones empresariales y sindicales firmantes sólo se comprometen "a promover la adaptación y el desarrollo" del Acuerdo Marco Europeo "a la realidad española". Pero el carácter voluntario para el trabajador de la aceptación del teletrabajo a domicilio se deriva en nuestro Derecho de lo que establece los artículos 1091, 1204 y 1256 del Código Civil en relación con lo ya indicado sobre la imposibilidad de utilizar en esta materia la vía del artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores y de los límites de regulación aplicables a la autonomía colectiva, que no puede entrar a regular aquellas materias que afectan a la esfera personal de los trabajadores.

Debe, por tanto, estimarse el recurso para casar la sentencia recurrida y estimar parcialmente la demanda con el alcance que se deriva de los razonamientos anteriores. La Sala considera que basta anular el acuerdo en cuanto establece con carácter obligatorio la aplicación del teletrabajo a domicilio para el personal del canal de venta directa, sin perjuicio de que este personal pueda voluntariamente aceptar ese cambio en las condiciones que establece el acuerdo y sin perjuicio también de que en su caso puedan aplicarse las medidas previstas para el resto del personal. No obstante, hay que aclarar que este pronunciamiento no impide que cualquiera de las partes firmantes del acuerdo pueda denunciar el mismo, si la anulación que se decreta aquí rompe el equilibrio contractual alcanzado".

teletrabajador no tiene una sede o empresa física donde desempeñe la actividad laboral. Si bien los representantes tienen la posibilidad de elegir entre otros medios tecnológicos de comunicación de la empresa, peor se pueden encontrar con la negativa a su uso cuando no “respete la normalidad productiva”, o se encuentre “en la legítima oposición a asumir obligaciones específicas y gravosas no impuestas al empresario”.

En el caso del teletrabajo, la prestación de trabajo se lleva a cabo mediante el uso de sistemas de comunicación electrónica. Una mera negativa o resistencia del empresario a la comunicación sindical entre teletrabajadores y representantes “únicamente daría como resultado la obstaculización del ejercicio fluido, eficiente y actualizado de las funciones representativas”, según manifiesta la STC 281/2005, que reconoce a los sindicatos el derecho al uso del correo electrónico de la empresa como medio para distribuir información sindical a los trabajadores, siempre y cuando dicho instrumento existiera en la empresa, por lo que entendemos que este derecho está implícito en el teletrabajo *on line*³¹⁴.

³¹⁴ En este sentido, seguimos el criterio reflejado por SIERRA BENÍTEZ, E. M.: *El contenido...*, Op. cit. pág. 4.

CAPÍTULO V

ASPECTOS DE AUTONOMÍA COLECTIVA

Todo estudio sobre las relaciones humanas no queda completo si en el mismo no se adjunta una visión práctica, con ejemplos concretos o muestras acerca de las pautas de comportamiento o actitudes expuestas a cargo de los propios sujetos. En el ámbito de investigación elegido, por sus matices esencialmente conflictivos y por el marcado protagonismo de lo jurídico, correríamos el riesgo de que el mismo quedase circunscrito a un mero protagonismo de los poderes políticos, en cuanto productores de las leyes tendentes a dirimir dichos conflictos, mas quedándonos ayunos en cuanto a las maneras en que tales sujetos hacen suya, en mayor o menor grado, dicha realidad a la cual esas normas se refieren. Poco trasciende que se trate de normas positivas, sean éstas emanadas de los poderes públicos o que revistan la forma de convenios colectivos, o como también hemos podido apreciar, de identifiquen con la legalidad resolutoria que emerge de las sentencias y pronunciamientos judiciales, una vez que dichos sujetos han entrado en conflicto, y han fracasado previamente todos los intentos de conciliación o mediación extrajudicial. En los casos de intervención judicial los órganos judiciales desempeñan el papel de un agente externo al que se acude que dirima el conflicto, puesto que un desarrollo en clave de cooperación en la relación laboral, con el necesario concurso de normas, tanto emanadas por el poder público, como en su caso de origen convencional, no ha sido posible.

Necesitamos, para nuestra comparativa en lo concerniente a modos relacionales entre los sujetos, de un marco en que sean ellos mismos, sin injerencias externas, los verdaderos protagonistas. Fundamentados en el sustrato de legalidad existente, como no podría ser de otro modo, han de estudiarse ejemplos o muestras en donde la voluntad de cooperación relacional en las cuestiones laborales, circunscrita en la componente de las TIC surja de la misma actividad de los agentes sociales; más aún en consideración al margen de autonomía que otorga a las partes sociales. Aunque los convenios colectivos pueden entrar a regular el uso de medios telemáticos por parte de los trabajadores, este hecho no es la panacea. Importantes fallos judiciales, aun mediando tales convenios, se han traducido en reveses ostensibles para las pretensiones de los trabajadores, concretamente en relación a la representatividad

sindical o el carácter económicamente gravoso de los sistemas que dichas fuerzas sindicales pretendían³¹⁵.

Pero no son los convenios colectivos las únicas manifestaciones en juego. En realidad, la presencia de las TIC en el desarrollo de las relaciones laborales procede de dos tipos de manifestaciones, los convenios y los códigos de conducta unilaterales adoptados por los empresarios. Sobre estos últimos habría que preguntarse si los empresarios lo hacen con la finalidad de facilitar las relaciones con sus trabajadores, y así poder obtener como contrapartida ciertos movimientos o respuestas convenientes por parte de sus empleados, o si por el contrario responden a una actitud prohibicionista o disciplinaria, para evitar lo que dichos mismos empresarios entienden como abusos por parte de los trabajadores en la utilización de las TIC de la empresa. Tanto de unos como de otros podremos obtener una visión acerca de cómo la autonomía colectiva se manifiesta en el reconocimiento de las TIC en el marco laboral, y si su actuación va mucho más allá, como realmente parece ser, de las iniciativas adoptadas por el legislador. Hasta la fecha que la utilización de los medios tecnológicos por parte de los representantes de los trabajadores no cuenta con una regulación legal específica y clara. La única iniciativa en este sentido tuvo lugar a mediados de 2001, con una proposición de Ley presentada por el Grupo Parlamentario Mixto en el Senado, que fue rechazada por el Pleno en septiembre de ese mismo año. Esta falta de compromiso por parte de los poderes públicos para corregir la ausencia de una normalización de las TIC en el marco de los convenios es sorprendente. Incluso en momentos históricos más difíciles, la cuestión de la adaptabilidad de los convenios colectivos con respecto a las nuevas circunstancias sobrevenidas (y la masiva aparición de las TIC no es una excepción) ha sido analizada por la doctrina; tal es el caso de BURRIEL³¹⁶.

³¹⁵ Recuérdense por ejemplo las SSTs (Sala Cuarta) de 20 de mayo de 2011 y de 17 de mayo de 2012, citadas en el Capítulo tercero al profundizar en el ámbito del correo electrónico.

³¹⁶ Vid. BURRIEL RODRÍGUEZ-DIOSDADO, P.: *La evolución del convenio colectivo en España*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, Pamplona, 2011, pág. 232, autora que apunta, desde una perspectiva histórica situada en los momentos de evolución de las relaciones laborales en época franquista, que las autoridades del momento adecuaron reglamentación entonces vigente en materia de acuerdos entre actores sociales para solventar mediante cauces legales “las situaciones excepcionales y transitorias que puedan presentarse” con el objetivo de poner a disposición de los interesados, empresarios, trabajadores y sus representantes, así como de los órganos públicos competentes los procedimientos precisos para cada una de las situaciones citadas anteriormente. Para la solución se planteaban diferente vías jurídico-públicas: jurisdiccionales, sindicales y administrativas.

En ausencia de regulación legal específica, las vías para ordenar esta situación están siendo básicamente dos: la regulación del uso a través de la negociación colectiva, o bien a través de circulares internas o códigos de conducta propiciados desde las propias empresas con el sentido unilateral antes referido. También existe el mero consentimiento como práctica tolerada desde las mismas empresas, en función del cual, se produce un uso consentido y carente de específicas directrices. Obviamente en este caso, por su carácter contingente o improvisado, carecemos de cualquier posibilidad de averiguación en bases de datos, pues sus muestras no están disponibles a terceros ajenos a las empresas. Su carácter de uso de empresa o práctica no escrita así lo determina.

La pregunta aquí sería ¿Tenemos unas estadísticas que reflejen de modo acertado las materias que constituyen el centro de nuestra inquietud investigadora? De nuestras investigaciones, tras acudir a fuentes estadísticas tanto nacionales como europeas, debemos extraer una respuesta negativa. Sólo con una minuciosa pesquisa a través del manejo de buscadores informáticos especializados es como hemos podido aportar los resultados que presentamos a continuación, y que revelan, en lo que concierne a España una presencia fragmentaria de las TIC en este campo. En años venideros, con el previsible aumento de las TIC en las relaciones laborales pueden esperarse datos y resultados mucho más completos y detallados.

A semejanza de los países de nuestro entorno, también en España la negociación colectiva ha establecido ciertas pautas a las cuales han de ajustarse los términos de uso de los medios informáticos como cauce de comunicación entre las partes sociales. Como apunta la doctrina, sus campos ideales de actuación en tal sentido han consistido en disciplinar entre otros, los siguientes aspectos: volumen de correo electrónico admitido (número, tamaño, formato), la posibilidad o no de contar con un espacio en la intranet de la empresa, la titularidad del derecho (secciones sindicales, representantes unitarios, ambos). Sería especialmente conveniente que se garantizase de forma bidireccional, es decir, que los representantes pudieran tener acceso a este espacio pero, al tiempo, que se crease un espacio virtual (a modo de intranet o una red de acceso semipúblico) que garantice que los trabajadores representados pudiesen tener acceso a la información que sus representantes legales quieren remitirles³¹⁷. El tratamiento convencional sobre esta materia todavía

³¹⁷ Sobre el tratamiento convencional a este respecto, NIEVES DE NIETO, N.: "El uso del correo electrónico e internet en la negociación colectiva", *Relaciones Laborales*, Núm. 5-6, Madrid, 2009, págs. 8 y sigs. Sobre la legalidad de ciertas cláusulas convencionales, recordando que "no parece posible introducir por convenio colectivo una limitación no prevista por la Ley", LUJÁN ALCARAZ, 213

es marginal, si bien en las regulaciones paccionadas existentes se observa que generalmente se extiende su uso a ambas representaciones –creando habitualmente un sistema propio de correo electrónico- y suele pactarse la posibilidad de colgar informaciones en un tablón virtual, sufragado por la empresa, determinándose, en la mayoría de los casos, que esta transmisión tiene como límite que la misma se dirija a un uso estricto dentro del ámbito representativo³¹⁸.

Es en este ámbito, de asunción por parte de la iniciativa colectiva de la regulación del derecho de los afiliados y trabajadores a recibir información sindical a través de medios virtuales, donde se manifiesta con más intensidad la necesidad de impulsar una modificación normativa³¹⁹. Sin embargo, es de lamentar que la reforma operada en su momento sobre el artículo 13 ET desaprovechase una magnífica oportunidad para disciplinar los términos en los que debería producirse la remisión de la información sindical a estos trabajadores, pues, como es bien sabido, la única previsión a este respecto se contiene en el apartado quinto del referido precepto, al señalar que “los trabajadores a distancia podrán ejercer los derechos de representación colectiva conforme a lo previsto en la presente Ley. A estos efectos dichos trabajadores deberán estar adscritos a un centro de trabajo concreto de la empresa”. En España son ciertamente muy pocos los convenios colectivos que han regulado esta materia, generalmente para posibilitar la creación de un espacio virtual a modo de intranet.

Se han planteado finalmente los límites a los que está sometido el envío de esta información “sindical” en relación a un aspecto muy concreto, cual es la protección de datos personales, pues de acuerdo con la legislación vigente se considera que la

J.: *La acción sindical en la empresa: marco legal y desarrollo convencional*, CES, Madrid, 2003, pág. 239. En el mismo sentido, GARCÍA SALAS, A. I.: “Distribución de información sindical y nuevas tecnologías: el impacto de la STC 281/2005 y la evidencia de una normativa sindical insuficiente”, *Revista de Contratación Electrónica*, Madrid, 2009, págs. 12 y sigs., concretamente pág. 40; MARTÍNEZ CAMPAL, A.: *La libertad sindical y el uso de las nuevas tecnologías de comunicación en el ejercicio de las libertades de expresión e información por los representantes de los trabajadores*, Iustel. RGSS, Madrid, 2011, pág. 279; PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: “El uso sindical de los medios informáticos en la empresa”, *Relaciones Laborales*, Núm. 5-6, Madrid, 2009, pág. 11 y sigs.

³¹⁸ Se recomiendan las menciones al tratamiento convencional de la cuestión estudiada en MARTÍNEZ CAMPAL, A.: *La libertad sindical...*, Op. cit., págs. 280 y sigs.

³¹⁹ ESCUDERO RODRÍGUEZ, R.: “Teletrabajo”, en *Actas del X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2000, pág. 778; MERCADER UGUINA, J. R.: *Derecho del Trabajo, nuevas tecnologías y sociedad de la información*, Lex Nova, Valladolid, 2002, pág. 117; PURCALLA BONILLA, M. A.: “El teletrabajo como sistema implantable en las organizaciones públicas y privadas: estado de la cuestión”, *Revista de Derecho Social*, Madrid, 2009, Núm. 46, pág. 82.

dirección de correo electrónico es un dato personal que puede no ser revelado sin el consentimiento de su titular. Ahora bien, en la medida que su conocimiento se ha considerado esencial para el ejercicio del derecho fundamental de libertad sindical, se ha admitido la cesión de estos datos personales sin la aquiescencia de sus titulares³²⁰.

Sentado lo anterior, la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) ha establecido que si “existen procedimientos automatizados que pueden permitir la satisfacción del derecho a la libertad sindical sin necesidad de realizar una cesión y, por tanto minimizando los riesgos y las obligaciones de cumplimiento normativo para el empresario y el sindicato” (v. gr. utilización de listas de distribución)”. Aseguradas tales premisas, habrá que potenciar estos mecanismos. En todo caso, el sindicato, como cesionario, está obligado a cumplir con la normativa en materia de protección de datos: deberá reconocer el derecho de oposición de los trabajadores a que su correo personal sea empleado en cuestiones sindicales, tendrá que circunscribir su utilización a la finalidad para la cual los precitados datos se obtuvieron, así como deberá “reconocer el derecho de los trabajadores a mostrar su oposición a la recepción de mensajes con contenido sindical y, consiguiente, la obligación de los sindicatos de cesar en el tratamiento de los datos de los solicitantes”. La única excepción a esta regla general se ha establecido durante el período electoral pues, en este tiempo prevalece el derecho a la actividad sindical, consagrado en el artículo 2.1 LOLS. Durante este proceso, los trabajadores no podrán oponerse al tratamiento de sus datos personales, siempre que el uso que realice el sindicato sea adecuado para los fines del propio proceso electoral³²¹.

³²⁰ Son las conclusiones que se pueden extraer al respecto de la STC 281/2005, precitada, así como de la interpretación que a este respecto ha hecho la Autoridad Española para la Protección de Datos (AEPD Informe 101/2008). Esta entidad se ha pronunciado al respecto en obras divulgativas de gran calado. Vid. AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS: *Guía. La protección de datos en las relaciones laborales*, AEPD, Madrid, 2009. Semejantes posicionamientos habrían tenido su correlativa repercusión en la doctrina científica Vid. así VALVERDE ASECIO, A.: “Protección de datos de carácter personal y derechos de información de los representantes de los trabajadores”, *Temas Laborales*, Núm. 119, Madrid, 2013, págs. 13-54, especialmente, pág. 25. Anticipemos aquí el interés esencial que esta cuestión de la protección de datos en el empleo de las TIC en los procesos de diálogo/conflicto adquiere en su perspectiva europea, representada en los últimos tiempos por la directiva 95/46 de protección de datos, la cual estudiaremos en el Capítulo 6.

³²¹ Resulta pues de este modo posible que, aun existiendo intromisión en el derecho fundamental a la protección de datos, la misma se considere legítima pues el citado derecho no es absoluto sino que puede ceder ante intereses relevantes. Es la Resolución de la AEPD N° R/01269/2008 (TD/01119/2008) la que emerge con mayor interés al respecto. En el caso de especie, que llama su atención puesto que el enfrentamiento lo fue entre una trabajadora y un sindicato, ésta habría ejercitado, de conformidad con el relato fáctico de la resolución, “el derecho de oposición frente a la sección sindical de la Unión General de Trabajadores de la Diputación de Tarragona (en lo sucesivo UGT) a fin de que no le fueran remitidos correos con contenido sindical a su cuenta de 215

Los tribunales han enjuiciado la legalidad de cláusulas convencionales que contemplan un tratamiento diferenciado entre sindicatos, habiendo sostenido que no cabe reservar este derecho a determinados sindicatos, si esta diferencia no cumple con los requisitos de objetividad, adecuación, razonabilidad y proporcionalidad

correo corporativa. Señala que después de haber ejercitado el derecho de oposición, UGT le ha remitido un nuevo correo con contenido sindical". Pero dicha oposición se hizo en un momento en que aún no se habían tomado las medidas reglamentarias concretas para proceder a dicho derecho, reconocido en la normativa genérica de la LOPD. Como sostuvo la AEPD, "la reclamante ejercitó el derecho de oposición antes de la entrada en vigor del citado Reglamento, no obstante, debe recordarse que el reconocimiento y definición del citado derecho en la LOPD implica que, aunque el derecho de oposición no hubiera sido desarrollado reglamentariamente en la fecha en que éste se ejercitó, debe ser atendido resultando de aplicación las disposiciones generales relativas a la Tutela de Derechos". De acuerdo con la normativa luego entrada en vigor, "el responsable del fichero deberá contestar la solicitud que se le dirija, con independencia de que figuren o no datos personales del afectado en sus ficheros, debiendo utilizar cualquier medio que permita acreditar el envío y la recepción. En el caso de que la solicitud no reúna los requisitos especificados en el apartado tercero, el responsable del fichero deberá solicitar la subsanación de los mismos".

Citando la STC 281/2005 la AEPD sintetiza que el uso de medios informáticos en actividades sindicales debe ajustarse a ciertas premisas, cuales límites serían:

a) La comunicación no podrá perturbar la actividad normal de la empresa;

b) No podrá perjudicarse el uso específico empresarial preordenado para el mismo, ni pretender que deba prevalecer el interés de uso sindical; y

c) Finalmente, la utilización del instrumento empresarial no podrá ocasionar gravámenes adicionales para el empleador, significativamente la asunción de mayores costes".

Pero como se ve en su razonamiento ajustado al caso, la AEPD estipula: "No obstante, el ejercicio de la libertad sindical puede colisionar con el derecho a la protección de datos. El legislador ha creado un sistema en que el derecho a la protección de datos de carácter personal cede en aquellos supuestos en que el propio legislador (constitucional u ordinario) haya considerado la existencia de motivos razonados y fundados que justifiquen la necesidad del tratamiento de los datos, incorporando dichos supuestos a normas de, al menos, el mismo rango que la que regula la materia protegida. A tenor de las previsiones contenidas en la LOPD acerca del derecho de oposición, debe reconocerse el derecho de los trabajadores a mostrar su oposición a la recepción de mensajes con contenido sindical y, consiguientemente, la obligación de los Sindicatos de cesar en el tratamiento de los datos de los solicitantes. No obstante, en lo referente a la información sindical remitida a los trabajadores en período electoral, debe concluirse que en período electoral debe prevalecer el derecho a la actividad sindical consagrado en el artículo 2.1 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical sobre el derecho fundamental a la protección de datos.

Así las cosas, los trabajadores durante el proceso electoral sindical, no pueden oponerse al tratamiento de sus datos personales, siempre que el uso que realice el Sindicato sea adecuado para los fines del propio proceso electoral.

En definitiva, fuera del proceso electoral, los trabajadores pueden oponerse a que los Sindicatos les remitan información sindical a través de la dirección de correo electrónico si concurren motivos fundados y legítimos relativos a una concreta situación personal y los Sindicatos quedan obligados a atender el ejercicio del referido derecho en la forma y con los requisitos señalados en la normativa anteriormente expuesta, esto es, contestando la petición del afectado lo que no consta que UGT haya realizado, por lo que procede la estimación de la presente tutela de derechos, si bien, no procede la emisión de certificación por parte de dicho Sindicato, al haber sido informada la reclamante de los extremos anteriormente expuestos en el curso del presente procedimiento de Tutela de Derechos". La reclamación fue en consecuencia estimada en lo que es el litigio de la trabajadora frente al sindicato, pero refleja asimismo el régimen de tales derechos, igualmente desde una perspectiva empresarios/trabajadores, de conformidad a la LOPD. Y como ya hemos venido anticipando, la normativa de la UE de origen de la misma en sus repercusiones laborales, la directiva 95/46, será objeto de análisis concienzudo en el capítulo 6º, tanto por sí misma como con referencia a ciertos pronunciamientos que consideramos trascendentales producidos por el Tribunal de Justicia de la UE en el marco de sus cometidos propios en el procedimiento de la cuestión prejudicial.

exigidos por la doctrina del Tribunal Constitucional ya referida con anterioridad³²². En consideración a todo lo anteriormente visto, debemos traer aquí ciertos elementos

³²² Un magnífico exponente de esta doctrina en la STSJ Madrid 3.12.2010 (RJ 5285/2010), motivado al entender la central sindical CSIF como lesivo al derecho de libertad sindical de este Sindicato la actuación de la empresa de no permitir a la sección sindical del mismo la utilización de la intranet de la empleadora en iguales condiciones que la sección sindical de CC.OO. La base legal era el artículo 79 apartado 2 del XV Convenio Colectivo de la Industria Química, el cual disponía: "Utilización de Nuevas Tecnologías de la Información. En orden a facilitar los derechos de información que legalmente tienen reconocidos los representantes de los trabajadores, las secciones sindicales de los sindicatos más representativos en el ámbito estatal y que tengan reconocidos los derechos del artículo 10 de la LOLS dispondrán, en los centros de trabajo que tengan desarrollada una intranet u otro sistema informático similar o alternativo, de una página en la citada intranet para la publicación de información de carácter sindical de interés para dicho centro.

El correo electrónico es de exclusivo uso profesional. No obstante lo anterior, los Representantes de los Trabajadores podrán hacer uso del mismo únicamente para comunicarse entre sí y con la Dirección de la empresa. Para cualquier otro uso ajeno a lo anteriormente expuesto, se requerirá el acuerdo previo con la Dirección de la Empresa".

Con este trasfondo el Tribunal comienza por apuntar (Considerando 7º párrafo 3º): "El derecho a la libertad sindical se reconoce en el artículo 28.1CE y comprende el derecho a fundar organizaciones sindicales, el derecho de afiliación y de no afiliación a las mismas y el derecho a desarrollar la actividad sindical. Este último, en el plano colectivo, implica la facultad de los sindicatos de «desplegar los medios de acción necesarios para que puedan cumplir las funciones que constitucionalmente les corresponden», entre los cuales se encuentran la negociación colectiva y el conflicto colectivo. Junto a este contenido, que es el que podría en principio calificarse como «esencial» de la libertad sindical, los sindicatos pueden gozar también de otras facultades de origen legal o convencional, que pasan a conformar el «contenido adicional» de dicho derecho. En el marco de la acción sindical en la empresa, el artículo 8.1.c) de la LOLS atribuye a los trabajadores afiliados el derecho a recibir la información que les remita su sindicato. El mismo precepto, en su apartado 2.c), dispone, además, que «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 derecho a recibir información es, claramente, un derecho de libertad: la información debe darse sin interferencias por parte del empresario; pero el derecho al tablón de anuncios y a un local adecuado son ya derechos de prestación que cargan al empresario con la obligación de facilitar el espacio necesario y en las condiciones que exige la norma. En todo caso, ninguno de estos preceptos reconoce de forma expresa el derecho de las secciones sindicales a acceder al sistema informático de comunicación de la empresa. En la práctica, dicho acceso puede pactarse a través de convenios o acuerdos colectivos o concederse voluntariamente por el propio empresario".

El razonamiento antes visto se completa en el (Considerando 8º, 2º): "El contenido esencial del derecho a la libertad sindical incluye la obligación del empresario de no adoptar decisiones de carácter meramente negativo, disuasorias o impeditivas del desarrollo del derecho, dirigidas únicamente a entorpecer su efectividad. Por ello, en estos casos en los que ya existe en la empresa la infraestructura de comunicación idónea deberá realizarse una ponderación de los intereses en juego, de forma que pesa sobre el empresario el deber de mantener al sindicato en el goce pacífico de los instrumentos aptos para su acción sindical, siempre que tales medios existan, su utilización no perjudique la finalidad para la que fueron creados por la empresa y se respeten los límites y reglas de uso siguientes: 1º) la comunicación no podrá perturbar la actividad normal de la empresa; 2º) no podrá perjudicar el uso específico empresarial pre ordenado para el mismo; y 3º) no podrá ocasionar gravámenes adicionales para el empresario, significativamente la asunción de mayores costes".

Finalmente, (Considerando 10 º) se reconoce que: "Atendiendo a las particulares y concretas circunstancias del caso aquí debatido, entre las que destaca la fuerte implantación del Sindicato demandante en la empresa demandada, contando con seis miembros en el comité de empresa tras las últimas elecciones celebradas frente a los siete miembros de CC.OO, contando además CSI-CSIF con su propia sección sindical, y aun siendo cierto este último Sindicato no tiene la condición de más representativo, esta Sala estima que la actuación empresarial denegando su petición a disponer de una página en la intranet corporativa, si bien de manera meramente formal parece tener encaje en el artículo 79 del XV Convenio de la Industria Química, no es conforme sin embargo al espíritu y finalidad de dicha norma convencional y al artículo 28 y 14 de la CE, así como 2 de la LOLS, puesto que, en definitiva, introduce una diferencia de trato entre sindicatos y limita el derecho de información del Sindicato demandante sin atender los requisitos de objetividad,

teóricos que definan tal modalidad, en cuanto a su producción, significado o elementos de controversia existentes en los mismos. No sólo será enumerar dichos ejemplos, citarlos, y ver las modalidades de tratamiento deparadas en los mismos a las distintas componentes propias de las TIC en juego; queremos atender asimismo a la formulación o estudio teórico de los mismos con un matiz sociológicamente empírico, esto es, sacando premisas generales de las reiteradas tendencias comparadas a través de un cierto número de casos individuales o concretos que tienen como protagonistas en sus facetas relacionales a los propios interlocutores sociales.

1.- Sucinta remisión a los códigos de conducta unilaterales

Como ya hemos apuntado, tales códigos son adoptados por la propia empresa como un gesto unidireccional. Se establece en ellos cuál ha de ser la conducta correcta que ha de ser observada por los trabajadores, en lo referente al uso de las nuevas tecnologías.

Dichos códigos no son muy conocidos. Salvo que la empresa se esfuerce porque sean conocidos por sujetos ajenos a la empresa, no pasan de tener el mismo carácter interno, y por lo tanto, no disponibles en su acceso con relación a las fuentes estadísticas y telemáticas disponibles. Un caso muy conocido fue el “código de conducta telemático” aprobado por La Caixa acerca del uso que los empleados deberían hacer de internet y del correo electrónico. Fue pues un protocolo elaborado sin negociación previa con los sindicatos, cuya vulneración a entender de la empresa podría acarrear sanciones disciplinarias. Su aprobación por la empresa determinó la consiguiente reacción por parte de la representación sindical³²³. Dichos

adecuación, razonabilidad y proporcionalidad. En efecto, es improcedente utilizar el criterio de la mayor representatividad como vía para excluir a sindicatos que, como el demandante, aun no ostentando el carácter de más representativo, tiene una importante implantación en el comité de empresa, impidiéndole utilizar los medios informáticos masivos de difusión de la información, como lo es la intranet corporativa, privándole del derecho a la información que es consustancial a su actividad sindical, sin que todo ello perturbe el normal funcionamiento productivo. En fin, el derecho a acceder a internet a través de la instalación de la empresa puede defenderse, como preconiza autorizada doctrina, en una interpretación actualizada del artículo 8.2.c) de la LOLS. Se trata de una medida que no tiene coste para la empresa y que permite a las secciones contar con un medio de comunicación que, en la actualidad, es de extraordinaria importancia”.

³²³ Dicho código, tal como expresó en su día Comisiones Obreras de Cataluña, afecta a la privacidad del empleado sin observar los requisitos establecidos por la doctrina constitucional sobre el límite a los derechos a la intimidad y secreto de comunicaciones. El sindicato, al denunciarlo finalmente en 2003, consideró que, por la repercusión que pueden tener para los trabajadores, códigos como el de la especie deberían ser negociados con la representación laboral

códigos se han extendido a otras entidades financieras, consecuencia lógica del alto grado de empleo de las TIC por parte de sus empleados. Entendemos que lo normal para dichos códigos sería que se limitasen a prohibir un determinado uso o abuso del correo electrónico (describiendo en ocasiones conductas delictivas, pero sin llegar a regular expresamente aquél que se haga con fines sindicales). Así parece haberlo entendido la jurisprudencia, en casos que han afectado a otras empresas del mismo sector, en contextos prácticamente similares y en fechas coincidentes³²⁴. Sería muy sorprendente encontrar códigos que mencionen el uso sindical de las nuevas tecnologías en forma de ampliar las cargas que al empresario le competen. El marco adecuado para conseguir una mejora en los derechos de los trabajadores relativos a la utilización de los medios tecnológicos para uso sindical o cualesquiera otros, es el acuerdo colectivo³²⁵. Los códigos de conducta de creación unilateral, al no estar negociados con los representantes de los trabajadores, son fácilmente denunciables por presuntas intromisiones en los derechos de intimidad y secreto de las comunicaciones en los sistemas de control de uso. El equilibrio entre derechos laborales fundamentales y salvaguarda del empleo adecuado de los medios de propiedad y usos privados de la empresa determina pues esa necesidad de establecer normas pactadas en este ámbito.

y, en este sentido, emplazó en diversas ocasiones a la dirección de La Caixa a alcanzar un acuerdo sobre esta materia, mas sin obtener una respuesta favorable de la entidad en tal sentido.

³²⁴ Así el propio Grupo BBVA, cuyas normas de actuación para uso racional del correo electrónico fueron analizadas en la SAN de 6 de febrero de 2001, que establece (FJ. 4º): “En las normas de actuación para el uso racional del correo electrónico y fomento del mismo, dadas por el Grupo BBVA, en las que se impone bajo la rúbrica de Prácticas a evitar, se enuncia que Correo Electrónico es una herramienta de productividad que el Grupo pone a disposición de sus empleados, para el desarrollo de las funciones que les tiene encomendadas. Los usos ajenos a estos fines son por tanto considerados inapropiados y en el límite podrían configurar falta laboral. En particular la remisión a uno o varios usuarios de correos no solicitados, especialmente si esto se hace de forma masiva (actividad conocida como *spam*) es una práctica rechazable y, dependiendo de las circunstancias que concurran, puede llegar a ser perseguible», por tanto la exigencia de cumplimiento de esta norma va dirigida a los empleados de la empresa en el uso interno del correo electrónico sin que expresamente se refieran al impedimento del uso sindical, ahora bien si esta utilización rebasa la normalidad, así como la emisión externa del correo electrónico, en la forma en que venía utilizándose antes de las colas masivas de envíos desde la misma dirección remitente es claro que tales conductas de los Sindicatos, de sus secciones sindicales, constituyen una transgresión de la actuación jurídica creada por la utilización inocua por el sindicato del servicio telemático mediante la comunicación realizada por esta vía, sin que el contenido jurídico de la facultad ejercida por aquél le permita una utilización mayor del medio de comunicación facilitado por la Empresa, pues pretender la declaración de un derecho con un componente superior a este tipo de procedimiento de conflicto jurídico es inadecuado porque las partes tendrían que crear la norma dentro del cauce de la Negociación Colectiva o bien que una Disposición de rango legal lo reconociera con la amplitud deseada, como ha sucedido en otras materias por la progresiva extensión de las telecomunicaciones en las Sociedades contemporáneas”.

³²⁵ GARCIA SALAS, A. I.: “Distribución de información sindical y nuevas tecnologías: el impacto de la STC 281/2005”. Revista de Contratación Electrónica, Madrid, 2009 pág. 14, quien recurre a este respecto al análisis de los contenidos vertidos en la STC 281/2005, antes vista.

Sobre los códigos unilaterales cabría pensar, quizás un poco sencillamente, que se trata meramente de “instrucciones” sobre la realización del trabajo, es decir, de directrices más o menos generales u órdenes, que se podrían incluir dentro de lo que es la esfera del poder de dirección. Sin embargo los códigos de conducta no se refieren tanto a cómo, o a de qué forma prestar el trabajo, sino a todo lo contrario. Son verdaderos listados de deberes de conducta para el trabajador, en relación al uso no laboral de los instrumentos tecnológicos, donde se incluye el uso personal y el uso conectado con la información laboral y la acción sindical, al mismo tiempo que se especifica el contenido del deber de buena fe en la relación laboral. La redacción de tales códigos no queda amparada en el ejercicio del poder de dirección en el sentido de especificación de la deuda laboral³²⁶.

Cuando se utiliza internet o el correo electrónico para, por ejemplo, recabar la información sindical publicada en internet, o se recibe un correo con este tipo de información, difícilmente se puede considerar que hay una falta de diligencia en la utilización de los instrumentos informáticos. La justificación puede encontrarse en los peligros de que se introduzcan virus en el sistema informático cuando se recibe un correo electrónico, o cuando se visita una página web sin la debida supervisión. Sí sería aceptable, por el contrario, hablar de una ruptura del principio de buena fe en tanto se está utilizando un instrumento de trabajo para fines no estrictamente productivos. Lo que ocurre es que los fines para los cuales se utilizan las tecnologías, en el caso que aquí interesa, sería para satisfacer los derechos de información ligados a la participación en la empresa y a la libertad sindical.

Podría considerarse como una concesión del empresario si mantenemos siempre y cuando el uso de la tecnología es estrictamente productivo. Por otro lado parece que tales códigos éticos de conducta se complementan con la descripción de las conductas constitutivas de faltas laborales y que pueden conllevar una sanción. Este último aspecto es el que sitúa estos códigos al borde de la legalidad, pues la tipificación de faltas y sanciones puede únicamente realizarse a través de la negociación colectiva, además de lo dispuesto en la ley. La matización esencial a realizar en este punto viene deparada por los propios términos de la ya citada Ley de Libertad Sindical (LOLS). Para dicha ley, la mejora de los derechos colectivos es posible, pero para ello se alude a la negociación colectiva o a pactos colectivos o

³²⁶ En sentido contrario, es decir, considerándolos como parte del poder empresarial: PEREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: *Nuevas tecnologías y relación de trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003., pág. 41.

acuerdos, nunca a la regulación unilateral. Ahora bien, si efectivamente lo que hay son códigos unilaterales, deben entenderse como una concesión unilateral del empresario que se hace a un colectivo concreto o a todos los trabajadores, que para mayor claridad queda fijada por escrito, y sobre la cual, por tal motivo, no queda espacio a dudas sobre la voluntad concesiva empresarial, En tal situación no parece factible la revocación unilateral de esta concesión, que, si disfrutada durante un tiempo de forma pacífica, puede generar derechos adquiridos o condiciones más beneficiosas³²⁷.

2.- Convenios colectivos más destacados en el uso de las TIC

Apuntado el carácter residual y perturbador de los códigos de conducta establecidos unilateralmente por el empresario, habrá de ser la negociación colectiva el medio fundamental para absorber y controlar el impacto de las nuevas tecnologías sobre el ámbito colectivo, esencialmente adaptando estos nuevos instrumentos a las necesidades y carencias que su propia introducción produce. Con las dificultades de

³²⁷ El principio de condición más beneficiosa es un principio de creación jurisprudencial conforme al cual los sujetos del contrato de trabajo pueden de mutuo acuerdo o por decisión unilateral del empresario establecer condiciones de trabajo más favorables que las establecidas en las normas legales y convencionales reguladoras de una concreta relación de trabajo, prevaleciendo aquéllas sobre éstas incluso en el supuesto de que éstas sean modificadas. El fundamento legal de dicho principio hay que buscarlo en el artículo 3.1.c del Estatuto de los Trabajadores conforme al cual los derechos y obligaciones concernientes a la relación laboral se regulan por la voluntad de las partes, manifestada en el contrato de trabajo, siendo su objeto lícito y sin que en ningún caso puedan establecerse en perjuicio del trabajador condiciones menos favorables o contrarias a las disposiciones legales y convenios colectivos.

Los requisitos exigidos por nuestro ordenamiento para reconocer la existencia de una condición más beneficiosa son, por consiguiente, dos: a) En primer lugar, que las condiciones nazcan del contrato, fruto de un pacto expreso o tácito, por el que se regirán. b) En segundo lugar, que estas condiciones no sean menos favorables o contrarias a las establecidas en las disposiciones legales o convenios colectivos. Cumplidos estos requisitos legales, la condición se incorpora al patrimonio contractual del trabajador y, a salvo la posibilidad de compensarla o absorberla, se convierte en inatacable frente al convenio colectivo.

El principal problema que a menudo plantean las condiciones más beneficiosas (sobre todo aquellas que nacen tácitamente o por simple aquiescencia o tolerancia del empresario), es el de acreditar su nacimiento y vigencia. La jurisprudencia, en efecto, viene claramente exigiendo que la condición sea fruto de la voluntad deliberada de establecerla, de forma bilateral o unilateral, y no mero resultado presunto de una situación de condescendencia o tolerancia. Así la STS de 20 de diciembre de 1993 (RJ 9974), con remisión expresa a otra sentencia del Tribunal Supremo de 7 de junio del mismo año (RJ 4544), define la teoría de la condición más beneficiosa como sigue: “La aplicación de la doctrina de la condición más beneficiosa tiene como presupuesto la existencia de un acto de voluntad, expresado habitualmente por la tácita (hechos concluyentes), que permite la incorporación al nexo contractual de una determinada ventaja o beneficio, sin que al efecto baste la repetición o persistencia en el tiempo. La tolerancia o condescendencia “no dejan de ser tales porque duren más o menos tiempo”. Por consiguiente, es preciso que “se transformen en una conducta distinta de concesión o reconocimiento de un derecho”, esto es, que la actuación persistente descubra la voluntad empresarial de introducir un beneficio que incremente lo dispuesto en la ley o convenio”.

falta de especificidad antes referidas en las fuentes estadísticas, podemos afirmar que la presencia de las TIC en la negociación colectiva arroja un balance francamente pobre. El incremento del número de sentencias que comienzan a enfrentar los problemas derivados de la implantación de estas tecnologías en el mundo laboral es un indicio de semejante carencia, y en consecuencia, de la necesidad de su tratamiento en sede negociadora. Todo ello lleva a una situación compleja y conflictiva, en donde encontramos ejemplos de significativo reconocimiento del derecho de los representantes de trabajadores a utilizar los medios informáticos en el cumplimiento de sus fines, junto con muestras de prohibicionismo, y hasta de regresión con respecto a logros previamente alcanzados.

Uno de los acuerdos más ejemplares en cuanto a la normalización de las TIC en las relaciones laborales habidas entre la patronal y los representantes de los trabajadores el XXI Convenio de Banca Privada suscrito en el año 2007³²⁸. Este convenio fue objeto de significativa atención por parte de la doctrina³²⁹. Sin embargo alrededor de estas fechas encontramos otros convenios menos comprometidos,

³²⁸ BOE Núm. 196 de 19 de agosto de 2007. De su redacción destaca su artículo 48.3, en el que leemos: Las comunicaciones, así como los correos electrónicos, 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 salvaguardia 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, así como el de los correos electrónicos, 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 tablones de anuncios, excepto en aquellos centros de trabajo en donde no se tenga acceso a la intranet. Las secciones sindicales, en la medida en que utilicen estos sistemas, deberán reducir en consonancia el volumen de comunicaciones remitidas por los medios tradicionales (fotocopias, notas en soporte papel, teléfono, etc.).

³²⁹ Destacado por THIBAUT ARANDA, J.: *El teletrabajo. Aspectos jurídico-laborales*, CES, Madrid, 2001, pág. 292. En el mismo se establecía que “la prestación de servicios en régimen de teletrabajo no representará menoscabo de los derechos de representación colectiva que continuará en las mismas condiciones de participación y elegibilidad en las elecciones sindicales (por lo que el día de votación será considerado presencial) así como el acceso a las comunicaciones con los representantes de los trabajadores en los mismos términos que están establecidos con carácter general para los trabajadores que prestan servicios en los centros de la empresa”. El acabado ejemplo que proporciona este texto pactado podría ser incorporado en los criterios de acción sindical en empresas con un amplio volumen de teletrabajadores, habida cuenta que la representación de estos trabajadores y el envío de información a los mismos se realizará prevalentemente por vía telemática lo que forzaría a admitir la sustitución del tradicional derecho al local y al tablón de anuncios por la posibilidad de conectarse a la red interna. Pueden consultarse más referencias convencionales en TORRENTS MARGALEF, J.: “La disposición de las tecnologías de información y comunicación al servicio de los representantes de los trabajadores”, en ESCUDERO RODRÍGUEZ, R. (ed.): *La negociación colectiva en España: una mirada crítica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006. pág. 331, las cuales emplearemos en parte en el curso del presente capítulo, junto a otras averiguaciones ya de procedencia propia.

como el de la empresa Getronics³³⁰, o el de Telefónica España para el período 2011-2015³³¹ que eliminaron de su clausulado las referencias sobre un tablón sindical virtual. El caso de Telefónica es más llamativo, al eliminar las referencias a este medio contenidas en pretéritos convenios³³². La misma línea parece estar presente en el convenio de la empresa Unidad Editorial, S. A.³³³ También es regresivo el III Convenio Colectivo de la Sociedad Estatal de Correos y Telégrafos, S. A, el cual llega incluso a revertir la cuestión bajo el manto de la sanción específica dirigida al empleo del correo electrónico para cualquier circunstancia no derivada directamente de la prestación laboral en sentido estricto³³⁴. En cualquier circunstancia, hay que tener en cuenta, tal y como nos explica ROIG BATALLA, los límites constitucionales a los contenidos de los convenios colectivos en materia de TIC³³⁵.

Se encuentran en algunos convenios ciertas cláusulas perniciosas, bajo formas de prohibición indiscriminada del uso privado por parte de los trabajadores de los medios tecnológicos propiedad de la empresa. A tal efecto se establece la posibilidad a favor del empresario de que pueda usar controles aleatorios, con el riesgo de que se anulen sin más trámite los derechos colectivos de los trabajadores que pudieran estar ligados a la componente tecnológica. La cuestión llega a tales

³³⁰ Convenio colectivo Getronics (BOE de 31 de mayo de 2006).

³³¹ BOE de 4 de agosto de 2011.

³³² Como el publicado en BOE de 2 de julio de 2001.

³³³ Así, mientras que su VIII Convenio colectivo (BOE de 29 de mayo de 2009) abocaba a la normalización y reconocimiento, reformas sucesivas ya habrían mostrado tal sentido restrictivo (BOE de 13 de julio de 2010).

³³⁴ BOE de 28 de mayo de 2011. Así, su artículo 85 estipula entre las faltas muy graves la siguiente: "g) El uso no autorizado y con carácter personal de los medios de producción de la empresa, dentro o fuera de la jornada laboral, cuando el mismo sea contrario a las normas internas de la empresa. A estos efectos, tendrán también la consideración de medios de producción los equipos y útiles informáticos, con especial relevancia de las normas sobre utilización del correo electrónico e internet".

³³⁵ AA. VV. (ROIG BATALLA, A, GALA DURAN, C, MARTINEZ FONS, D, MUÑOZ LORENTE, J.): El uso laboral y sindical del correo electrónico e internet en la empresa. Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, págs. 95 y ss. Según este autor, debemos tener en cuenta algunos aspectos. El primero consiste en que la falta de un tratamiento adecuado de la cuestión el terreno de los convenios colectivos está suponiendo, en la práctica algo equivalente a una renuncia al ejercicio de un derecho fundamental por parte de los trabajadores, en lo que concierne propiamente a la vertiente de expresión de derechos colectivos reflejados a través de las nuevas tecnologías. Existen así algunos convenios colectivos que fuerzan al trabajador a que renuncie voluntariamente al derecho a la intimidad y al secreto de las comunicaciones cuando usa el correo electrónico en la empresa. Tal cláusula puede llegar a vulnerar el derecho a la intimidad y al secreto de las comunicaciones. Como señala el citado autor, la autonomía de la voluntad permite la renuncia al ejercicio de un derecho fundamental, pero existen dos límites indisponibles: la autonomía ha de ser efectiva y no debe menoscabar la dignidad humana. Es más, también la medida de control empresarial fijada en el convenio tiene que ser idónea, necesaria, justificada y proporcional con el sacrificio del derecho fundamental del trabajador.

extremos, que en algunos convenios se prohíbe de manera absoluta o general todo uso de internet en la empresa para fines no determinados de antemano³³⁶.

³³⁶A este tenor resulta particularmente revelador el IX Convenio colectivo de Telefónica Telecomunicaciones Públicas, SA, (BOE de 26 de febrero de 2013), el cual establece que con carácter general, los empleados de Telefónica Telecomunicaciones Públicas S. A., no podrán utilizar el correo electrónico ni internet para fines particulares, y que 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. Específicamente, su Disposición adicional sexta viene dedicada al uso de las nuevas tecnologías, con el tenor que expresamos: “Todos los trabajadores de la empresa deben tener acceso a las nuevas tecnologías, proporcionando las herramientas adecuadas para el correcto desarrollo del trabajo asignado. En este sentido se está realizando un gran esfuerzo para que todo el personal de la empresa pueda disponer, lo antes posible, de acceso a estas tecnologías que facilitan y agilizan el trabajo diario. 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 la empresa.

Esta regulación debe partir de dos premisas fundamentales: en primer lugar, el legítimo derecho de la empresa 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 mismo.

A tal efecto, se acuerdan las siguientes facilidades y normas de funcionamiento que pretenden regular, por un lado, las actuaciones de la empresa y, por otro, establecer las reglas a las que el trabajador y sus representantes deben someterse cuando utilicen los medios técnicos puestos a su disposición para la realización de su prestación laboral y funciones de representación, respectivamente.

a) Dotación individual y colectiva para el acceso al correo electrónico y a internet.

Durante la vigencia del presente convenio colectivo, la empresa dotará de acceso a internet a todos los trabajadores que dispongan de un puesto de trabajo con pantalla de visualización de datos. 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, la empresa analizará la situación y estudiará las posibles soluciones con el objetivo de que durante la vigencia del presente convenio, sean dotados de los puntos de conexión colectivos necesarios, que permitan el acceso a internet y al correo electrónico a los trabajadores allí acoplados.

b) Utilización del correo electrónico e internet por los empleados.

Los empleados podrán utilizar el correo electrónico con su propia dirección, e internet con libertad y en el sentido más amplio posible, para el desempeño de las actividades de su puesto de trabajo.

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.

Con carácter general, los empleados de Telefónica Telecomunicaciones Públicas S. A., no podrán utilizar el correo electrónico ni internet para fines particulares.

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 de la empresa. 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 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.

Otras prohibiciones recogidas en convenios, no siendo tan taxativas como las anteriormente vistas, pueden de hecho suponer efectos análogos si se manejan con un sentido extensivo o arbitrario. Es el caso de convenios demasiado restrictivos al calificar cuáles usos han de considerarse inadecuados. Las limitaciones de uso, en principio perfectamente constitucionales, y contestes con el adecuado ejercicio de los derechos colectivos de los trabajadores en el marco laboral, son adecuadas siempre que permitan eliminar potenciales abusos y graduar las sanciones en caso de incumplimiento. Pero todo exceso resulta reprobable. En este terreno entendemos que las cuestiones relativas al despido por estas infracciones deben detallarse en dichos convenios, al igual que lo tocante a otras sanciones menores cuando las infracciones consistan sólo meros usos inadecuados. En caso de empleo no justificado o extensivo de esta cláusula, los trabajadores podrán siempre acudir a los tribunales, quienes ponderarán, ajustado a cada caso, el matiz o no de los reputados como presuntos usos inadecuados³³⁷.

A diferencia de la perspectiva prohibicionista, más o menos extensa (y hay que entender la ilicitud de las prohibiciones genéricas, y la licitud de las prohibiciones concretas, tal como hemos deducido en las líneas acabadas de ver), existen

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.

c) Utilización del correo electrónico por la representación de los trabajadores.

Para los temas de especial consideración, la empresa facilitará los medios oportunos para que el comité de empresa publique la información que considere precisa (negociación colectiva, elecciones sindicales y otros eventos singulares), por medio del servicio de correo electrónico y todos los empleados reciban esta comunicación.

En cuanto a un uso racional de las nuevas tecnologías, se tendrán en cuenta las mismas normas que para los empleados en general”.

³³⁷ Así en el propio IX Convenio colectivo de Telefónica Telecomunicaciones Públicas, S. A. precitado, se establece que: “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 de la empresa. 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”. Por su parte, en lo concerniente a los representantes de los trabajadores y sus facultades de uso de los medios tecnológicos de la empresa para comunicarse con sus trabajadores representados, indica que: “en cuanto a un uso racional de las nuevas tecnologías, se tendrán en cuenta las mismas normas que para los empleados en general”. En resumidas cuentas, en dicho convenio quedan detalladamente delimitados los usos indebidos de internet, las sanciones en caso de prácticas inadecuadas, y las garantías y procedimientos para el trabajador en caso de que se actúe contra él.

convenios que optan por un enfoque diferente. Existen convenios que regulan detalladamente la utilización del correo electrónico e internet por parte tanto de los trabajadores como de sus representantes. Normalmente se trata de grandes empresas o grupos de empresas con una fuerte implantación del medio tecnológico³³⁸. Otros convenios son expresivos de una futura intención de diálogo, por cuanto establecen las bases para una futura apertura de procesos de negociación “tendientes al establecimiento de las medidas que permitan el uso por los sindicatos de estos medios”³³⁹. Y finalmente en otros, la referencia a las nuevas tecnologías es más bien indirecta pues no hay una regulación de su uso sino más bien una tipificación de las conductas que pueden ser calificadas como faltas leves, graves o muy graves en relación al uso de los medios tecnológicos por los trabajadores en general.

Por seguir una sistemática capaz de sintetizar este cuadro, tales convenios, podemos clasificarlos, siguiendo a GALA DURÁN³⁴⁰, con respecto a diversos parámetros. El primero de tales puntos de vista sería la perspectiva subjetiva, esto

³³⁸ Tal es el caso del Convenio Colectivo de Seguros Catalana Occidente, Sociedad Anónima de Seguros y Reaseguros (BOE 5 de octubre de 2009), en cuyo Artículo 49, inserto en la sección propia de los derechos de los trabajadores, leemos: “1. Locales: La Empresa facilitará para las secciones sindicales constituidas en la empresa locales adecuados y medios suficientes para el desarrollo de su actividad sindical.

Igualmente, la empresa facilitará, en la medida de lo posible, a los representantes legales de los trabajadores que hayan constituido un comité de empresa, locales adecuados y medios suficientes para que puedan ejercer sus funciones.

2. Comunicación: Además de los medios de publicación establecidos en la normativa vigente, la empresa facilitará un portal sindical, a través de la intranet, para su utilización por las secciones sindicales, con el fin de tener acceso a una comunicación rápida con todo el personal.

Con relación al uso del correo electrónico, los representantes legales de los trabajadores deberán observar la normativa interna, que se adecuará a la legalidad vigente.

3. Crédito de horas retribuidas para el ejercicio de funciones de representación de los trabajadores: En materia de acumulación de crédito legal de horas mensuales retribuidas para la realización de funciones de representación de los trabajadores se estará a lo dispuesto en el artículo 77.4 del convenio Sectorial vigente. En el caso de que algún representante de los trabajadores requiera rebasar los límites de acumulación de crédito horario establecidos en dicho artículo para atender adecuadamente sus funciones por razón de titularidad como miembro de varias de las Comisiones constituidas en lo regulado en el presente Convenio Colectivo, deberá plantearlo en el seno de la Comisión mixta de interpretación y seguimiento del Convenio que deberá constituirse conforme a lo establecido en el Artículo 8 del anterior Convenio Colectivo”.

³³⁹ El ejemplo en esta línea lo proporciona el Convenio Colectivo de la Cajas de Ahorros, para los años 2011-2014 (BOE Núm. 76, de 29 de marzo de 2012), cuyo artículo 104 esgrime el tenor siguiente: “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, tendientes 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”.

³⁴⁰ AA.VV. (ROIG BATALLA, A.; GALA DURAN, C.; MARTINEZ FONS, D. y MUÑOZ LORENTE, J.): *El uso laboral y sindical del correo electrónico e internet en la empresa*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2007. págs. 286 y ss.

es, en función de los roles o papeles que en consideración a los mismos se faculta a las partes implicadas en los mismos, y que son necesariamente en un contexto laboral como el aquí investigado, empresa y trabajadores. Con respecto a este elemento de análisis, los convenios mantienen posiciones diferentes respecto a quiénes deben reconocerse derechos en esta materia. Así los hay que los reconocen a las centrales sindicales³⁴¹, a los delegados de personal³⁴², a los delegados sindicales; a las secciones sindicales³⁴³; al comité intercentros³⁴⁴; al comité de empresa³⁴⁵, y demás representaciones. No se puede afirmar que, con respecto a este parámetro, exista un criterio unánime en los convenios colectivos sobre a quiénes hay que reconocerle el derecho³⁴⁶.

El otro criterio ha de ser objetivo, en función de las facultades propias de los trabajadores en el ejercicio de sus derechos colectivos en el marco de las TIC. Desde tal perspectiva podemos diferenciar entre varios grupos de convenios. El primer grupo está integrado por aquellos convenios que reconocen el derecho a tener una dirección de correo electrónico o acceder a la intranet de la empresa o a internet sin fijar restricciones de uso³⁴⁷. El segundo grupo lo conformarían los

³⁴¹ El V Convenio de la empresa Telefónica Móviles España S. A. (BOE de 31 de agosto de 2009), artículos 79, 80 y 81; Convenio Colectivo laboral de ámbito estatal para el sector de agencias de viaje 2004-2006 (BOE de 5 de mayo de 2005) artículo 46; Convenio colectivo de la empresa Uniprex. S. A. (BOE de 28 de agosto de 2007), artículo 53.4.

³⁴² III Convenio colectivo para las empresas del Grupo Generali España (BOE de 10 de abril 2007), artículo 45; Convenio Colectivo de la empresa Tecnomcom España Solutions S. L. (BOE de 5 de noviembre de 2009), artículo 11.2.

³⁴³ VIII Convenio Colectivo de la empresa Teleinformática y Comunicaciones, SAU (TELYCO) (BOE de 19 de diciembre de 2008), artículo 61.

³⁴⁴ XIX Convenio Colectivo de Alcatel-Lucent España SA de (BOE de 19 de septiembre de 2009), artículo 51; X Convenio colectivo de la empresa telefónica Publicidad e Información, SA (BOE de 14 de diciembre de 2004, artículo 83; IV Convenio colectivo de la empresa Carlson Wagonlit España SA (BOE de 1 de noviembre de 2005, artículo 64, y VII Convenio Colectivo de la empresa Telefónica Telecomunicaciones Públicas S. A. (BOE de 11 de junio de 2004), artículo 9.

³⁴⁵ V Convenio Colectivo de la empresa Amper Soluciones S. A. (BOE de 11 de marzo de 2008), artículo 48.

³⁴⁶ Es conveniente reseñar que el TSJ de Madrid en su sentencia núm. 1014/2010 considera que vulneran el derecho a la libertad sindical la introducción del criterio de la mayor proporcionalidad como vía para excluir a sindicatos que aun no ostentando el carácter de más representativo tienen una importante implantación en el comité de empresa (en este caso 6, de los 13 miembros) para impedir el uso de medios informáticos masivos de difusión de la información, como es la intranet corporativa, y ello a pesar de que el convenio colectivo de referencia (concretamente el CC de la Industria Química) regule en su articulado el derecho de los sindicatos más representativos a disponer de unan página en la intranet corporativa. FJ. 10º.

³⁴⁷ I Convenio colectivo de las empresas de la Compañía Logística Acotral SA (BOE de 8 de julio de 2005), artículo 56; II Convenio colectivo de Puertos del Estado y Autoridades Portuarias (BOE de 11 de enero de 2006), artículo 41; III Convenio colectivo de prensa diaria (BOE de 18 de diciembre de 2008), artículo 49; Convenio colectivo de la empresa Amper Soluciones, S. A. (BOE 227

convenios que, con una regulación más o menos pormenorizada, modulan el uso que los representantes de los trabajadores pueden dar al correo electrónico o a internet, fijando las condiciones de dicho uso o estableciendo límites³⁴⁸. Una tercera tipología de convenios sería la de aquellos que recogen mecanismos que pretenden sustituir a los previstos en la legislación vigente, concretamente, el tablón de anuncios físico previsto en el artículo 8 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical (LOLS)³⁴⁹. Estos convenios propiciarían igualmente el derecho conferido a un espacio en el portal del empleado, mientras que, por el contrario, se prohíbe el envío de correos electrónicos a grupos de empleados³⁵⁰. Y como cuarta y última modalidad hallamos aquellos convenios mucho más escasos que los anteriormente reseñados que recogen una regulación más amplia o un concreto protocolo de actuación donde se regula, de una forma más extensa, esta materia³⁵¹.

Procedería ahora la observación, a efectos de estudio estadístico o trabajo de campo, de los convenios más significativos de los últimos tiempos que regulan el uso de las TIC en las relaciones laborales. A este respecto, y haciendo un balance

de 9 de diciembre de 2008), artículo 48; Convenio Colectivo de Fertiberia S. A. para el conjunto de sus centros de trabajo, excepto Luchana (Vizcaya) (BOE de 18 de diciembre de 2004), artículo 46; IV Convenio colectivo de la Fundación UNICEF Comité Español (BOE de 5 de diciembre de 2007), artículo 39; VIII Convenio Colectivo de la empresa "Teleinformática y Comunicaciones, SAU" (TELYCO) (BOE de 19 de diciembre de 2008), artículo 61.

³⁴⁸ V Convenio de Telefónica Móviles SA (BOE de 31 de agosto de 2009), artículo 80; VIII Convenio colectivo de Telefónica Telecomunicaciones Públicas SA (BOE de 28 de marzo de 2008), D. A. 9ª; III Convenio estatal de Despachos Técnicos Tributarios y Asesores Fiscales (BOE de 25 de abril de 2008), artículo 45; III Convenio colectivo para las empresas del Grupo Generali España (BOE de 10 de abril de 2007), artículo 45; Convenio colectivo de la empresa Uniprex, S. A. (BOE de 28 de agosto de 2007), artículo 53.4; XI Convenio colectivo de Asociación Telefónica para la Asistencia a Minusválidos (BOE de 22 de enero de 2009), artículo 43; Convenio Marco de la Unión General de Trabajadores (BOE de 24 de enero de 2007), artículo 35; Convenio colectivo laboral de ámbito estatal para el sector de agencias de viajes 2004-2006 (BOE de 5 de mayo de 2005), artículo 46; XIX Convenio colectivo interprovincial de la empresa Domar SA (BOE de 23 de marzo de 2004), artículo 52; X Convenio colectivo de la empresa Telefónica Publicidad e Información, SA (BOE de 14 de diciembre de 2004), artículo 83; IV Convenio colectivo de la empresa Carlson Wagonlits España SA (BOE de 1 de noviembre de 2005), artículo 64; Convenio colectivo del Grupo Ercros S. A. (BOE de 23 de noviembre de 2005), artículo 20; I Convenio colectivo entre Recoletos Grupo de Comunicación S. A. y el personal de redacción del área económica (BOE de 25 de marzo de 2005), artículo 55.

³⁴⁹ Convenio colectivo de Seguros Groupama Seguros y Reaseguros S.A. (BOE de 4 de abril de 2006), artículo 37. El convenio colectivo de Mapfre, Grupo Asegurador (BOE de 30 de abril de 2005), artículo 55, o el Convenio de la empresa Axión-Red de Banda Ancha de Andalucía (BOE de 10 de febrero de 2006), artículo 35.

³⁵¹ Convenio colectivo de la empresa Multiprensa y Más, S. L. (BOE de 20 de abril de 2007), artículos 66 y 67, el Convenio colectivo de la empresa Getronics España Solutions, S. L. (BOE de 26 de julio de 2005), artículo 9), o el III Convenio colectivo marco del Grupo ENDESA (BOE de 26 de junio de 2008), artículos 84 y sigs., y artículos 124 y sigs. También el artículo 583 del XV convenio colectivo de RENFE (BOE de 22 de marzo de 2005) y III Convenio colectivo de Fundación Diagrama Intervención Psicosocial (BOE de 8 de octubre de 2009), artículo 125.

de lo dispuesto en los convenios colectivos más destacados negociados en los tiempos más recientes, al igual que GARCÍA SALAS³⁵², y con el recurso difícil a las bases estadísticas disponibles, advertimos un menor interés del que en un principio podría esperarse. La excepción la protagonizan algunos convenios colectivos de grandes empresas o grupos de empresas, con una regulación detallada y contemporánea, destacando el convenio colectivo de Telefónica de España para el período 2011-2015³⁵³. Tampoco dejan de ser importante aquéllos que con simples, aunque suficientes, menciones, se refieren a la sustitución del tablón tradicional por un tablón virtual³⁵⁴.

Muchos convenios se limitan simplemente a reproducir la ley, ciñéndose por tanto a la previsión de un tablón sindical físico, pero sin prohibir expresamente el tablón virtual, lo que es un paso a tener en cuenta. Los menos resultan ser los que sí hacen

³⁵² GARCIA SALAS, A. I.: "Distribución de información sindical y nuevas tecnologías: el impacto de la STC 281/2005". *Revista de Contratación Electrónica*, Madrid, 2009, págs. 12 y sigs.

³⁵³ En su cláusula 12.5, se recoge, entre otras, la utilización del correo electrónico por la representación unitaria de los trabajadores y por los sindicatos, tal y como se transcribe a continuación: Canal Sindical. Existe en la empresa un portal al que se accede por la intranet de la empresa, al que se denomina *e-domus*, o portal del empleado. Uno de sus canales, el denominado sindical, 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. Los empleados pueden acceder al mismo desde los ordenadores que tienen en su puesto de trabajo o desde donde la Empresa los haya puesto a su disposición. Comunicaciones masivas. Para los temas de especial consideración, la empresa facilitará los medios oportunos para que los sindicatos más representativos y con presencia en el comité intercentros, así como el propio Comité Intercentros, individual o conjuntamente, publiquen la información que consideren precisa (Negociación Colectiva, Elecciones Sindicales y Elecciones a la Comisión de Control del Plan de Pensiones Empleados de Telefónica), por medio del servicio Infobuzón y todos los empleados reciban esta comunicación. La interlocución con los sindicatos se llevará a cabo a través de la dirección general de recursos humanos que, junto con el resto de unidades afectadas, fijará los criterios y prioridades necesarios para garantizar el normal funcionamiento de la red corporativa. Teniendo en cuenta las facilidades contempladas en los párrafos anteriores, y al objeto de no causar daños en el desarrollo normal de las comunicaciones y en el funcionamiento de la red corporativa y servicios, no se podrá realizar el envío de comunicaciones masivas desde internet a las direcciones de correo internet asignadas por la Empresa a sus trabajadores. Con lo expuesto quedan, de esta forma, recogidos los cauces necesarios que favorecen la comunicación y acción sindical y, a su vez, deben disminuir los comunicados por medios tradicionales (fotocopias, fax, etc.), en la misma proporción que tenga difusión dicho servicio.

Por su parte, en lo referente a la dotación y uso del correo electrónico por parte de las secciones sindicales, leemos: "La Empresa facilitará acceso a la Red corporativa, al correo electrónico y a internet a los sindicatos que tengan la consideración de más representativos y con presencia en el comité intercentros. 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. 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".

³⁵⁴ Como ocurre en los convenios colectivos de Altadis o Mapfre, en BOE de 26 de julio y 3 de diciembre de 2002, respectivamente.

referencia al posible uso de medios informáticos de comunicación sindical. La tónica generalizada es una regulación dentro de los márgenes de los derechos reconocidos por el Tribunal Constitucional en su sentencia 281/2005 antes citada, la cual deja, como ya apreciamos anteriormente, algunos aspectos sin la debida concreción. Sabido esto, emprenderemos ahora un análisis comparativo y empírico acerca de cómo resuelven los problemas planteados en algunos de los convenios hallados que revisten un mayor grado de interés. Los clasificaremos por sectores. En efecto, la metodología de estudio de los convenios colectivos mediante una clasificación por sectores se confirma como tendencia en los últimos tiempos, constituyendo BURRIEL un destacado ejemplo³⁵⁵.

2.1.- Sector tecnológico y audiovisual

La primera muestra que analizamos es el V Convenio de la empresa Telefónica Móviles España S. A.³⁵⁶. En este convenio, caracterizado por la exhaustividad en el

³⁵⁵ Vid. la muestra en BURRIEL RODRIGUEZ-DIOSDADO, P.: "Análisis del principio de igualdad y no discriminación en algunos convenios colectivos: especial referencia a las retribuciones", en AA. VV. (MALDONADO MONTOYA, J. P. Coord.): *Mind the gap: Para un sistema productivo de equidad entre mujeres y hombres*, Laborum, Madrid, 2015. Págs. 265 y sigs.

³⁵⁶ Recogido en BOE de 31 de agosto de 2009, dedica a la cuestión sus artículos 79 y sigs., que seguidamente transcribimos: "Artículo 79. comités de empresa y delegados de personal.

c) Dotación, medios y facilidades:

1. Para el desarrollo de la actividad propia de los comités de empresa y delegados de personal, la empresa pondrá a disposición de éstos un local adecuado en el que puedan desarrollar sus actividades y comunicarse con los trabajadores, así como un tablón de anuncios. También serán dotados de una dirección de correo electrónico, para utilización exclusiva en su ámbito territorial de representación y dentro de sus competencias.

2. La Representación de los Trabajadores podrá expresar sus opiniones en las materias concernientes a su ámbito de representación, pudiendo publicar y distribuir las informaciones de interés laboral o social a través de los tabloneros de anuncios destinados a tal efecto.

Artículo 80. Comité intercentros.

c) Dotación, medios y facilidades.

1. Para el desarrollo de la actividad propia del comité intercentros, la Empresa facilitará un local ubicado en la localidad con mayor número de empleados. Asimismo, se facilitará teléfono, un ordenador con impresora y mobiliario adecuado y dirección de correo electrónico, para utilización exclusiva en el ámbito de sus competencias.

2. El comité intercentros podrá expresar sus opiniones en las materias concernientes a su ámbito de representación, pudiendo publicar y distribuir las informaciones de interés laboral o social a través de los tabloneros de anuncios destinados a tal efecto.

Artículo 81. Secciones sindicales.

1. En la aplicación de la LOLS., los trabajadores afiliados a un Sindicato podrán, en el ámbito de la Empresa, con carácter general:

a) Constituir secciones sindicales de conformidad con lo establecido en los Estatutos de su sindicato.

b) Celebrar reuniones, previa notificación a la Dirección de la Empresa, recaudar cuotas y distribuir información sindical fuera de las horas de trabajo y sin perturbar la actividad normal de la Empresa.

c) Recibir la información que le remita su Sindicato.

2. Las secciones sindicales de los Sindicatos que tengan representación en el comité intercentros dispondrán conjuntamente de los siguientes medios:

a) Tendrán derecho a la utilización de un local adecuado en el que desarrollar sus actividades, en la localidad en que haya un número mayor de trabajadores de la Empresa.

tratamiento de la cuestión que nos ocupa, la empresa debe facilitar a comités de empresa y delegados de personal un local adecuado en el que puedan desarrollar sus actividades y comunicarse con los trabajadores, así como un tablón de anuncios. También serán dotados de una dirección de correo electrónico, para utilización exclusiva en su ámbito territorial de representación y dentro de sus competencias. Asimismo este derecho se extiende a los miembros del comité intercentros, facilitándoles teléfono, un ordenador con impresora, mobiliario adecuado y una dirección de correo electrónico, para la utilización exclusiva en el ámbito de sus competencias. A los delegados sindicales se les aplicarán los mismos criterios en cuanto a garantías y derechos que a los representantes de los trabajadores, según se establece en el convenio citado.

El Convenio colectivo de la Industria Química³⁵⁷ hace mención explícita a la utilización de nuevas tecnologías de la información en el contexto de las relaciones entre los interlocutores sociales concernidos. El derecho que se reconoce consiste en disponer en los centros de trabajo que tengan desarrollada una intranet u otro sistema informático similar o alternativo, de una página en la citada intranet para la publicación de información de carácter sindical de interés para dicho centro. Como puede observarse, se trata de un supuesto que calca casi milimétricamente la STC 281/2005. No obstante, adolece de cierto alcance limitado, por cuanto sólo reconoce este derecho a las secciones sindicales de los sindicatos más representativos en el ámbito estatal y que tengan reconocidos los derechos del artículo 10 de la LOLS.

b) Dispondrán de, al menos, un tablón de anuncios en cada Centro de Trabajo.

Artículo 83. Garantías y derechos de los delegados sindicales.

Se les aplicarán los mismos criterios en cuanto a garantías y derechos que a los Representantes de los Trabajadores, según se establece en el presente Convenio. En lo no regulado se aplicará la LOLS”.

³⁵⁷ Publicado en BOE de 29 de agosto de 2007, refleja la cuestión en su artículo 79.2, dedicado a la utilización de nuevas tecnologías de la información, del modo que sigue: “En orden a facilitar los derechos de información que legalmente tienen reconocidos los representantes de los trabajadores, las secciones sindicales de los sindicatos más representativos en el ámbito estatal y que tengan reconocidos los derechos del artículo 10 de la LOLS dispondrán, en los centros de trabajo que tengan desarrollada una intranet u otro sistema informático similar o alternativo, de una página en la citada intranet para la publicación de información de carácter sindical de interés para dicho centro. El correo electrónico es de exclusivo uso profesional. No obstante lo anterior, los Representantes de los Trabajadores podrán hacer uso del mismo únicamente para comunicarse entre sí y con la Dirección de la empresa. Para cualquier otro uso ajeno a lo anteriormente expuesto, se requerirá el acuerdo previo con la Dirección de la Empresa”.

El convenio colectivo de TecnoCom España Solutions, S.L.³⁵⁸ es un caso interesante, al tratarse de un convenio de una empresa de dimensión media (si no pequeña). Regula detalladamente el uso de medios electrónicos. Opta por el criterio consistente en que los delegados de personal, comités de empresa y secciones sindicales tengan el derecho a usar el sistema de correo electrónico corporativo para la actividad sindical, de manera que éstos puedan, sin cortapisas aparentes, enviar y recibir correos interna y externamente. Ello incluirá el derecho a enviar correos electrónicos a todos los trabajadores, o colectivos de los mismos dentro de la empresa, sin que el contenido pueda atentar contra la honestidad y buenas

³⁵⁸ Convenio colectivo de TecnoCom España Solutions, S.L., publicado en BOE de 27 de diciembre de 2011. Su artículo 11.2, dedicado al uso de medios electrónicos, se expresa, en sus diversos epígrafes, del modo que a continuación extractamos: “11.2.1 Locales y tablón de anuncios.

La empresa pondrá a disposición de los delegados de personal o del comité de empresa un local adecuado en el que puedan desarrollar sus actividades y comunicarse con los trabajadores, así como uno o varios tableros de anuncios, asimismo se les facilitará un lugar en la intranet de la empresa.

La empresa pondrá a disposición de cada sección sindical de la empresa un local adecuado en el que puedan desarrollar sus actividades y comunicarse con los trabajadores, así como uno o varios tableros de anuncios. Además, se les facilitará un lugar en la intranet de la empresa.

Las posibles discrepancias se resolverán por la autoridad laboral, previo informe de la Inspección de Trabajo.

11.2.2 Acceso al correo electrónico.

Los delegados de personal, comités de empresa y secciones sindicales tienen el derecho a usar el sistema de correo electrónico corporativo para la actividad sindical, a enviar y recibir correos interna y externamente.

Ello incluirá el derecho a enviar correos electrónicos a todos los empleados, o colectivos de los mismos dentro de la empresa, sin que el contenido pueda atentar contra la honestidad y buenas maneras. Para ello se usarán los medios y procedimientos disponibles en cada momento. Este derecho deberá ser ejercido de manera razonable y de acuerdo al siguiente procedimiento:

1) Se establece un máximo por envío de 500 Kbytes, que será aumentado anualmente en un 10%.

En el caso de confluencia de envíos, la empresa garantizará al menos un envío diario a cada sección sindical o comité de empresa que lo solicite.

2) Cada comité de empresa/sección sindical tendrá una dirección propia de envío, de la cual será responsable la persona que designe el comité de empresa/sección sindical.

3) En caso de utilizar las listas de distribución corporativas, será previa petición a la empresa. Para ello, la persona responsable enviará a la dirección de recursos humanos una nota indicando que se va a enviar un correo, así como el ámbito de envío. La dirección de recursos humanos solicitará la autorización del citado envío con carácter de urgencia, al departamento técnico mediante el procedimiento que éste tenga definido, otorgando autorización al envío a la citada dirección en un plazo no superior a 24 horas.

Existirá adicionalmente el derecho a gestionar un tablón de anuncios electrónico o servicios de listas de discusión dentro del servicio de correo electrónico corporativo, siempre que estos medios sean técnicamente posibles.

Los empleados tienen el derecho a usar el correo electrónico corporativo para comunicarse con su sección sindical o comité de empresa y con sus representantes.

11.2.3 Acceso a internet.

Los comités de empresa/sección sindical y sus representantes tienen derecho a acceder a internet a través del servidor de la compañía de acuerdo a las normas generales que la compañía tenga establecidas para el uso de internet. El comité de empresa/sección sindical tiene el derecho a crear su propio sitio web utilizando los medios o posibilidades del servidor de intranet/internet de la compañía, siempre que dichos medios estén técnicamente disponibles. El comité de empresa/sección sindical tendrá derecho a colocar el tipo de material que considere adecuado en su sitio web, siempre que no contenga comentarios ofensivos o discriminatorios basados en el género, edad, sexualidad, raza, religión, discapacidad o apariencia de las personas. Los empleados tienen derecho a acceder a sitios intranet/internet gestionados por sus comités o secciones sindicales”.

maneras. Para ello se usarán los medios y procedimientos disponibles en cada momento.

Resulta loable que detalle al máximo el ejercicio razonable de los derechos colectivos mediatizados por las TIC, con respecto a diversos puntos, que nos parecen ejemplarmente ecuanímenes. En primer lugar, establece un máximo por envío de 500 Kbytes, que será aumentado anualmente en un 10%. En el caso de confluencia de envíos, la empresa garantizará al menos un envío diario a cada sección sindical o comité que lo solicite. En segundo término, se deja que cada comité de empresa/sección sindical tenga una dirección propia de envío, de la cual será responsable la persona que designe el comité de empresa/sección sindical. En tercer término, sólo en caso de utilizar las listas de distribución corporativas, será previa petición a la empresa. También establece que los empleados tienen el derecho a usar el correo electrónico corporativo para comunicarse con su sección sindical o comité de empresa y con sus representantes.

En cuanto al acceso a internet, los Comités de Empresa/Sección Sindical y sus representantes tienen derecho a acceder a internet a través del servidor de la compañía de acuerdo a las normas generales que la compañía tenga establecidas para el uso de internet. El comité de empresa/sección sindical tiene el derecho a crear su propio sitio web utilizando los medios o posibilidades del servidor de intranet/internet de la compañía, siempre que dichos medios estén técnicamente disponibles. Los trabajadores tienen derecho a acceder a sitios intranet/internet gestionados por sus comités o secciones sindicales.

La última muestra de la componente TIC como problemática relevante en los convenios colectivos en el sector abordado, la encontramos en el convenio colectivo de empresas de televisión local y regional de la Comunidad de Castilla y León³⁵⁹. En

³⁵⁹ Aprobado en el Boletín Oficial de Castilla y León de 11 de abril de 2011, dedica su artículo 30, titulado como de los derechos y deberes de los trabajadores en el acceso a internet y el uso del correo electrónico, de interesante configuración, pues presenta la forma de un código de hasta ocho párrafos, en concreto los siguientes: "I. – Dentro del respeto a la buena fe contractual que rige las relaciones laborales, los trabajadores podrán hacer uso del correo electrónico para sus comunicaciones profesionales y comunicaciones personales con sindicatos.

II. – La recepción y emisión de correos electrónicos no serán observadas como un hecho sancionable, salvo aquellos casos en que pueda suponer mala fe contractual o abuso de derecho.

III. – Sería aconsejable y así se está estableciendo tanto en los acuerdos negociados como en la práctica habitual, que una dirección personal de correo corporativo sea puesta a disposición de cada trabajador o trabajadora.

IV. – Los trabajadores y trabajadoras también podrán acceder a sitios web gestionados por sus sindicatos y a otros sitios en los que se traten asuntos relacionados con el empleo, la salud y

el mismo se encuentran garantías de los derechos de los trabajadores en el ejercicio empresarial de sus facultades de control o auditoria (en jornada laboral y en presencia de los trabajadores, inviolabilidad, respeto a la intimidad y a la dignidad del trabajador, necesidad de indicios de uso ilícito o abusivo, comprobación de uso real por el trabajador de que se trate mediante sistemas de encriptación y firme electrónica).

2.2.- Sector bancario y financiero

Figura aquí en primer término el XIX convenio colectivo para las sociedades cooperativas de crédito³⁶⁰. El mismo se inclina por compeler a las empresas a que, siempre que utilicen intranet como herramienta usual de trabajo, habiliten un espacio a propósito, el cual contendrá las informaciones sindicales y las propias del tablón de anuncios.

Por otro lado señala que los representantes de los sindicatos presentes en los comités de empresa podrán insertar contenidos en dicho espacio, garantizando, en todo caso, el acceso de todos los empleados, y las salvaguardas legales referidas a

seguridad, la igualdad de oportunidades u otros asuntos relevantes para sus derechos en el trabajo.

V. – Las organizaciones sindicales podrán establecer comunicación con los trabajadores y trabajadoras a través del correo electrónico establecido en la empresa.

VI. – El control y vigilancia de los empresarios no debe realizarse sin la existencia de una negociación previa con la representación de los trabajadores.

VII.– Por otra parte, se adaptará el artículo 18 del Estatuto de los Trabajadores en el que se trata la inviolabilidad de la persona del trabajador/a, de tal forma que para realizar cualquier auditoría de los medios de comunicación electrónicos utilizados por el empleado, será necesario que existan indicios claros de su uso ilícito o abusivo por parte de éste; además tendría que efectuarse en horario laboral y en presencia de algún representante de los trabajadores y trabajadoras o de la organización sindical que proceda en caso de afiliación si el trabajador/a así lo deseara, y siempre con el debido respeto a la dignidad e intimidad del empleado/a.

VIII. – Además será necesario probar que los usos «ilícitos» han sido realizados por el propio trabajador en cuestión, ya que en estos momentos hay medios técnicos que nos permiten enviar correos electrónicos o «evitar» las contraseñas personales de entrada al ordenador, suplantando al trabajador/ar. Este efecto podría minorarse utilizando sistemas de encriptación por claves emitidas por autoridades de certificación de firma electrónica”.

³⁶⁰ Publicado en BOE de 15 de enero de 2008, refleja el tratamiento a la cuestión en su artículo 56, dedicado a la información sindical, en virtud del cual: “Para facilitar el acceso a la información sindical de contenido estrictamente laboral y relacionado directamente con el ejercicio de las funciones de representación legal de los trabajadores, las empresas, siempre que utilicen intranet como herramienta usual de trabajo, habilitarán un espacio, que contendrá las informaciones sindicales y las propias del tablón de anuncios.

Al objeto de facilitar el criterio de unidad de gestión de la intranet, la administración del espacio corresponderá a los representantes de los sindicatos presentes en los comités de empresa en coordinación con el administrador del sistema en cuestiones de naturaleza técnica, de seguridad, operativa, normas y procedimiento. Los representantes de los sindicatos presentes en los comités de empresa podrán insertar contenidos en dicho espacio, garantizando, en todo caso, el acceso de todos los empleados, y las salvaguardas legales referidas a la Protección de Datos de carácter personal. La habilitación del espacio en la intranet, sustituye al tablón de anuncios, en los centros en que los trabajadores tengan acceso individualmente a la intranet”.

la protección de datos de carácter personal. La habilitación del espacio en la intranet, sustituye al tablón de anuncios, en los centros en que los trabajadores tengan acceso individual a la intranet. Es importante también señalar que la habilitación de este espacio es un reconocimiento de un derecho de la misma naturaleza que el del tablón de anuncios, al que sustituye. De otro tanto, el XXII convenio colectivo de banca³⁶¹ se decanta por la opción de que las empresas que caigan bajo su ámbito de aplicación, siempre que tengan intranet habilitada como herramienta usual de trabajo y de información a sus trabajadores, pongan a disposición de las representaciones sindicales con presencia en los comités de empresa 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.

Asimismo, las empresas proporcionarán una cuenta específica de correo corporativo a cada una de las secciones sindicales de empresa legalmente constituidas de los sindicatos que ostenten la condición de más representativos en el ámbito sectorial, si así lo solicitan. En virtud de acuerdo entre empresa y representación sindical, se establecerán los términos y condiciones de los envíos relativos a los correos que

³⁶¹ Publicado en BOE de 5 de abril de 2012, dedica a la cuestión su artículo 48, rubricado como de las Comunicaciones sindicales, en la literalidad siguiente: “1. 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.

2. Para facilitar la comunicación, las empresas proporcionarán una cuenta específica de correo corporativo a cada una de las secciones sindicales de empresa legalmente constituida (LOLS.), de los Sindicatos que ostenten la condición de más representativos en el ámbito sectorial, si así lo solicitan.

En el ámbito de cada empresa se determinará por acuerdo entre ésta y la representación sindical, los términos y condiciones de los envíos relativos a los correos que tengan por destinatarios la totalidad de la plantilla o un colectivo de trabajadores.

3. Las comunicaciones, así como los correos electrónicos, 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 salvaguardia 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, así como el de los correos electrónicos, 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 tableros de anuncios, excepto en aquellos centros de trabajo en donde no se tenga acceso a la intranet. Las secciones sindicales, en la medida en que utilicen estos sistemas, deberán reducir en consonancia el volumen de comunicaciones remitidas por los medios tradicionales (fotocopias, notas en soporte papel, teléfono, etc.).”

tengan por destinatarios la totalidad de la plantilla o un colectivo de trabajadores. El contenido de los comunicados será estrictamente laboral y relacionado con el ejercicio de sus funciones representativas. Se suprimen los tablones de anuncios, excepto en aquellos centros de trabajo en donde no se tenga acceso a la intranet.

La legitimación para la utilización de las nuevas tecnologías se otorga pues a las representaciones sindicales con presencia en el comité de empresa. También tendrán una cuenta las secciones sindicales que ostenten la condición de más representativa; pero habrá de ser mediante acuerdo como se establecerán los requisitos para los envíos mediante correo electrónico.

El Convenio colectivo general de ámbito estatal para las entidades de seguros, reaseguros y mutuas de accidentes de trabajo para los años 2012-2015³⁶² reviste un marcado interés, puesto que incide en el capítulo fundamental del uso del correo

³⁶² Convenio Colectivo General de ámbito estatal para las Entidades de Seguros, Reaseguros y Mutuas de Accidentes de Trabajo para los años 2012-2015 (BOE Núm. 169, de 16 de julio de 2013). Es su artículo 79, titulado como de utilización de herramientas telemáticas por la representación legal de los trabajadores, el que dedica sus párrafos primero y segundo, respectivamente a la utilización del correo electrónico, y al empleo de un tablón virtual de anuncios, en el tenor siguiente: "1. En empresas cuyos sistemas operativos lo permitan y constituyan el medio habitual de trabajo y comunicación en la misma, las organizaciones sindicales más representativas con presencia en los órganos de representación de los trabajadores en la empresa podrán acceder en el ejercicio y ámbito de sus funciones representativas a la utilización del correo electrónico para transmitir información de naturaleza sindical y laboral, respetando, en todo caso, la normativa de protección de datos de carácter personal.

Sin perjuicio de los acuerdos ya alcanzados sobre la materia, en el ámbito de empresa se concretará la operativa utilizable, velando, siempre, porque no se vean afectados los procesos ordinarios de comunicación y de trabajo existentes en la misma.

A tal efecto, el ejercicio de este derecho habrá de respetar los criterios y condiciones que se establezcan, a fin de no perturbar con ello la normal actividad de la empresa, ni perjudicar el uso específico empresarial preordenado para la comunicación electrónica y sin que la utilización de dicha herramienta implique la asunción de mayores costes o gravámenes para la empresa.

Sin perjuicio del ejercicio del derecho regulado en el primer párrafo, y de su concreción en el ámbito de empresa para el envío de correos generalizados, en aquellas empresas en las que exista portal o carpeta de empleados, la utilización del correo electrónico para comunicaciones generales podrá referirse también al anuncio de que las comunicaciones e informaciones que se transmiten se encuentran disponibles en los citados espacios para su visualización por los destinatarios.

2. Tablón virtual de anuncios. Las empresas cuyos sistemas operativos lo permitan y constituyan el medio habitual de trabajo y comunicación en la misma, pondrán a disposición de la representación legal de los trabajadores un tablón virtual como vía de información de dichos representantes con los trabajadores incluidos en su ámbito de representación y sobre las materias propias de su estricta competencia.

En el ámbito de empresa se concretará la operativa utilizable, velando, siempre que no se vean afectados los procesos ordinarios de comunicación y de trabajo existentes en la empresa.

También en dicho ámbito se determinará si con las fórmulas de comunicación adoptadas queda cumplida la puesta a disposición del preceptivo tablón de anuncios".

Estos modos de actuar parecen irse consolidando en otros ejemplos más recientes, como el deparado por el V Convenio Colectivo Estatal de Técnicos Tributarios y Asesores Fiscales para el período 2013-2015 (BOE Núm. 261, de 31 de octubre de 2013), cuyo artículo 45 establece: "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".

electrónico. Prevé que en las empresas cuyos sistemas operativos lo permitan (y constituyan el medio habitual de trabajo y comunicación en la misma) las organizaciones sindicales más representativas con presencia en los órganos de representación de los trabajadores en la empresa pueden acceder (en el ejercicio y ámbito de sus funciones representativas) a la utilización del correo electrónico para transmitir información de naturaleza sindical y laboral, respetando, en todo caso, la normativa de protección de datos de carácter personal.

En el ámbito de empresa se concretará la operativa utilizable, velando siempre porque no se vean afectados los procesos ordinarios de comunicación y de trabajo existentes en la misma. El ejercicio de este derecho habrá de respetar los criterios y condiciones que se establezcan, a fin de no perturbar con ello la normal actividad de la empresa, ni perjudicar el uso específico empresarial pre-ordenado para la comunicación electrónica, y sin que la utilización de dicha herramienta implique la asunción de mayores costes o gravámenes para la empresa. En lo referente al envío de correos generalizados en aquellas empresas en las que exista portal o carpeta de empleados, la utilización del correo electrónico para comunicaciones generales podrá referirse también al anuncio de que las comunicaciones e informaciones que se transmiten se encuentran disponibles en los citados espacios para su visualización por los destinatarios. El tablón virtual se pondrá a disposición de la representación legal de los trabajadores en aquellas empresas cuyos sistemas operativos lo permitan.

2.3.- Sector servicios

Inaugura esta sección el III convenio colectivo de la fundación Diagrama Intervención Psicosocial³⁶³. Se proclama en su redacción que el empleador, esto es,

³⁶³ Publicado en BOE de 8 de octubre de 2009, recoge la cuestión en su artículo 125, dedicado al capítulo de Medios y facilidades, así como sigue: "La Fundación facilitará a la representación unitaria de los trabajadores y a los distintos comités y comisiones reglamentadas en el presente Convenio Colectivo, los locales y medios materiales que se estimen necesarios para el cumplimiento de sus funciones. Con carácter general, los medios y facilidades serán los siguientes: a) Abono de los gastos de desplazamiento fuera de la provincia y en el ejercicio de las funciones propias de su cargo legalmente reconocidos para la asistencia a reuniones ordinarias, con una duración máxima de un solo día. Siempre con justificación acreditativa de estos gastos. Eventualmente, y en el caso de que la urgencia o la entidad de los temas a tratar así lo requieran, previa conformidad con la representación de la Fundación/ Dirección se abonarán los gastos de desplazamientos para la asistencia a reuniones extraordinarias, siempre y cuando éstas estuviesen formalmente convocadas.

b) Exposición en el tablón de anuncios, destinado al efecto, de notas informativas y comunicados del Comité / Comisiones, siempre que vayan firmados por el Secretario y con el Visto Bueno del Presidente, o en su defecto por cualquier miembro de la representación unitaria de los trabajadores/as, y siempre que su contenido no sea contrario a las disposiciones legales.

la citada fundación, facilitará a la representación unitaria de los trabajadores, y a los distintos comités y comisiones regulados en dicho convenio colectivo, los locales y medios materiales que se estimen necesarios para el cumplimiento de sus funciones, y les dará acceso a la utilización de los medios técnicos y de comunicación (correo electrónico, fax, teléfono, correo ordinario, etc.) disponibles en el centro de trabajo. Igualmente se pondrá a disposición del comité intercentros y las distintas comisiones reglamentarias en el presente convenio, el espacio físico y los medios técnicos y de comunicación disponibles para el correcto desempeño de sus funciones.

Figura también en esta nomenclatura el IV convenio colectivo de trabajo estatal para las empresas de gestión y mediación inmobiliaria³⁶⁴. En dicho convenio se establece la necesidad de acuerdo entre los representantes y la empresa sobre establecimientos de los términos de uso de los medios telemáticos conforme al principio de buena fe para evitar usos excesivos o masivos que puedan bloquear las redes informáticas de la empresa o alterar la actividad de esta o de los trabajadores.

3.- Valoración de los convenios colectivos analizados

La muestra analizada parece ser significativa, por cuanto, no sólo se analiza una pluralidad de sectores, e incluso de empresas, de muy diverso tipo y calado (las hay

c) Utilización de los medios técnicos y de comunicación (correo electrónico, fax, teléfono, correo ordinario, etc.) disponibles en el centro de trabajo.

d) La representación de la Fundación autorizará el acceso de los miembros de los distintos comités, comisiones y secciones sindicales reglamentadas por el presente convenio colectivo, a las dependencias de trabajo, a cuyo fin se les facilitará el correspondiente documento acreditativo.

e) Podrán concertarse otras facilidades, mediante pactos, para casos concretos y justificados. La Fundación pondrá a disposición del comité intercentros y las distintas comisiones reglamentarias en el presente convenio, el espacio físico y los medios técnicos y de comunicación disponibles para el correcto desempeño de sus funciones”.

³⁶⁴ Publicado en BOE de 10 de diciembre de 2011, dedica a la cuestión su artículo 65, con referencia expresa al uso sindical del correo electrónico. Leemos: “Los sindicatos firmantes y los que obtengan representación en las elecciones sindicales en las empresas y sus respectivas secciones sindicales podrán remitir noticias de interés sindical a sus afiliados y secciones sindicales, así como a los trabajadores y trabajadoras de la empresa mediante correos electrónicos.

En las empresas se acordará con las distintas representaciones sindicales, el ejercicio del derecho que se reconoce en este artículo en función de su nivel tecnológico.

El flujo de la información sindical a través del correo electrónico u otros instrumentos tecnológicos de los que las empresas puedan disponer deberá cumplir las siguientes condiciones:

a) La comunicación no podrá perturbar la actividad normal de la empresa.

b) La comunicación no podrá perjudicar el uso específico empresarial pre-ordenado para el empleo del medio de comunicación electrónico.

c) La utilización del instrumento empresarial no podrá ocasionar gravámenes adicionales para el empleador, significativamente la asunción de mayores costes”.

de diversos sectores, más o menos impactados por las TIC, las hay públicas y privadas, grandes y pequeñas), sino que además permite ver una panoplia de modalidades que tocan, no sólo la práctica totalidad de los derechos colectivos de los trabajadores afectados por las TIC, sino asimismo facultan ver la gradación existente, en cuanto a la permisividad dirigida a tales aspectos, y que constituyen el objeto del presente trabajo de investigación. En efecto, con la línea marcada por la STC 281/2005, harto reiterada, la cuestión se mueve desde la cautela y la sospecha, hasta la confianza que depara su ejercicio por parte de los representantes sindicales. Tal vez el punto de partida esté viciado *ab initio* al interpretar la STC arriba referida de forma tan restrictiva los derechos de la LOLS en su vertiente TIC. Sin embargo puede haber otros precedentes más remotos.

A este respecto cabe mencionar el testimonio constatado desde los Acuerdos para el empleo y la negociación colectiva. En el correspondiente al año 2003 se reconoció “la incidencia de las TIC en las relaciones laborales (...) para garantizar los derechos individuales y colectivos de los trabajadores”. El estilo que imperaba en este acuerdo era más bien de declaración de intenciones más que venir revestido de un verdadero carácter compulsivo u obligatorio³⁶⁵. En recientes desarrollos con respecto a esta iniciativa se han producido interesantes desarrollos. La muestra la tenemos en el III Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva para los años 2015, 2016 y 2017³⁶⁶, el cual, aun demostrando algún cierta contención o reserva, gana en especificidad a la hora de reivindicar las TIC como factor privilegiado de comunicación entre los agentes sociales. El valor de las TIC se promulga a lo largo de su preámbulo³⁶⁷, como muy especialmente en su punto 5º, dedicado a los Derechos de información y consulta³⁶⁸.

³⁶⁵ Acuerdo para la Negociación Colectiva 2003, suscrito por GEOE/CEPYME, CC. OO. y UGT (BOE Núm. 47, de 24 de febrero de 2003). Este acuerdo resultaba ser muy detallado en cuestiones relativas a la normalización de las TIC en el entorno laboral, con referencias que resultaban ser muy específicas. De este modo su capítulo 2.2.3. indicaba: “El desarrollo de la sociedad de la información resulta imprescindible, y debemos aprovechar las ventajas que ofrecen las tecnologías de la información y la comunicación. Una manifestación de este fenómeno en el ámbito organizativo de las empresas y la ejecución de la prestación laboral lo constituye el teletrabajo que, además, permite conciliar la vida profesional y personal”. Por otro lado, el capítulo 5 f) reivindicaba: “La incidencia de las tecnologías de la información y de la comunicación en el desarrollo productivo general y en las relaciones laborales”.

³⁶⁶ BOE Núm. 147 de 20 de junio de 2015.

³⁶⁷ Leemos que los convenios deben contribuir a mejorar entre otros los ámbitos siguientes: “La incidencia de las tecnologías de la información y de la comunicación en el desarrollo productivo general y en las relaciones laborales”.

³⁶⁸ Se enuncia que en cada empresa se deberá: “Abordar en los convenios colectivos la incidencia de las TIC en las relaciones laborales, estableciendo canales de comunicación entre las partes como vehículo de información a los trabajadores por parte de la RLT, que deberán ser objeto de un uso racional”.

A pesar de la apreciable evolución apreciada en los acuerdos arriba citados, salvedad hecha de que el Tribunal Constitucional estableciese en el Fundamento Jurídico Quinto de la STC 281/2005 que no cabía entender que existiese una obligación legal de facilitar la transmisión de información sindical a los trabajadores (afiliados o no) a través de un sistema de correo electrónico con cargo al empleador, el caso es que han venido siendo cada vez más los convenios que recogen y regulan este derecho. Si bien hay aun mucho que mejorar, puede afirmarse pues que la sucesiva adopción de tales convenios comprometidos con las TIC en el ejercicio de los derechos de los trabajadores, pese a ser convenios escasos (no superando, según ciertos cálculos, el 8.17% del total de los convenios firmados)³⁶⁹, parcos, imprecisos, pobres en contenidos, y centrados básicamente en empresa un ámbito de empresa, parece una dinámica imparable.

Consecuentemente, el derecho a utilizar el correo electrónico o de internet por parte de los representantes de los trabajadores en las condiciones que se establecen en la STC 281/2005, puede ser rebasado o trascendido, pese a las limitaciones legales y jurisprudenciales; incluso independientemente de si está regulado o no en los códigos de conducta unilaterales o en la negociación colectiva. Es el mismo Tribunal Constitucional quien concluye, que la información sindical forma parte del contenido esencial del derecho fundamental, y que el sindicato puede hacerla efectiva a través de los cauces previstos en la ley y también por medio de otros que libremente adopte, siempre que respete la normalidad productiva, y que el empresario tiene que asumir ciertas cargas tasadas en la ley y dirigidas a hacer efectivo el derecho sindical informativo.

En resumidas cuentas, estaríamos cada vez más cerca de un estado de cosas en donde la negativa del empresario habrá de considerarse como presuntamente injustificada y contraria a derecho, siempre que se den los requisitos siguientes:

- a)- La comunicación no podrá perturbar la actividad normal de la empresa.
- b)- No podrá perjudicarse el uso específico empresarial pre-ordenado para el mismo, ni pretenderse que deba prevalecer el interés de uso sindical, debiendo emplearse el instrumento de comunicación, por el contrario, de manera que permita armonizar su

³⁶⁹ Dato que suministra GALA DURÁN en AA.VV. (ROIG BATALLA, A.; GALA DURAN, C.; MARTINEZ FONS, D. y MUÑOZ LORENTE, J.): *El uso laboral...* Op. cit. pág. 296.

manejo por el sindicato y la consecución del objetivo empresarial que dio lugar a su puesta en funcionamiento, prevaleciendo esta última función en caso de conflicto.

c)- La utilización del instrumento empresarial no podrá ocasionar gravámenes adicionales para el empleador, significativamente la asunción de mayores costes³⁷⁰

Sería pues necesario establecer una serie de contenidos mínimos que los distintos convenios deberían contener sobre el uso de las TIC por parte de los representantes de los trabajadores.

La entidad de dichos contenidos mínimos han interesado a diversas instancias, tanto doctrinales como a cargo de las propias partes sociales. Han emitido opiniones que no tenemos por menos que hacerlas nuestras. Los agentes sociales son del criterio que deberían llevarse a cabo en materia de TIC las siguientes actuaciones, tendentes a clarificar mejor los siguientes aspectos: régimen disciplinario, uso de internet y de los medios informáticos de la empresa por parte de los representantes sindicales, esbozo del régimen jurídico de utilización de medios informáticos y tecnologías de la comunicación por parte de los trabajadores.

Para ellos y en todos los casos, la regulación de aspectos relacionados con las TIC se hace desde la óptica de la limitación de los usos del trabajador, partiendo de la base de la prohibición. Desde esta perspectiva o bien se establecen excepciones (fines sindicales, usos moderados) o bien se imponen sanciones (régimen disciplinario). Sin embargo, se echa en falta en la negociación colectiva, en todos los niveles una regulación de los límites del poder del empresario, más allá de alusiones genéricas a la intimidad y dignidad del trabajador en los registros y auditorías de equipos informáticos.

Sintetizando las aportaciones de la doctrina más comprometida con el análisis de la cuestión³⁷¹, debe ser la negociación colectiva la que al regular el derecho de información resuelva estas cuestiones, procediendo pues señalar algunos aspectos que deberían de incluirse como:

³⁷⁰ Parecer expresado por GALA DURÁN en AA.VV. (ROIG BATALLA, A.; GALA DURAN, C.; MARTINEZ FONS, D. y MUÑOZ LORENTE, J.): *El uso laboral...* Op. cit. pág. 299.

³⁷¹ PEREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: "El uso sindical de los medios informáticos de la empresa", *Relaciones Laborales*, Madrid, 2009, Núm. 5-6, págs. 21 y sigs, especialmente pág. 23; ROQUETA BUJ, R.: "El despido por la utilización personal de los medios tecnológicos de información y comunicación en la empresa", *Revista Actualidad Laboral*, Núm. 19, Madrid, 2005, págs. 2246 y sigs; ROQUETA BUJ, R.: *Uso y control de los medios tecnológicos de la información y comunicación en la empresa*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2005, pág. 55; e igualmente THIBAUT ARANDA, J.: *Control multimedia de la actividad laboral*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2006. pág. 87.

- En lo relativo al correo electrónico, el número máximo de mensajes que se pueden enviar, su tamaño y formato, la posibilidad o no de encriptarlos y de mandar *spam*, la utilización de contraseñas y del deber de secreto por parte de los técnicos informáticos.
- En la web de la intranet en la empresa, la posibilidad de interactividad, utilización de ficheros multimedia, etc., en suma, las características técnicas de la misma.

Todas estas incidencias, que oscilan en torno al libre uso de las TIC, el control del empresario, y el ejercicio del poder disciplinario del empresario por su uso indebido (y que puede llegar al despido de esta naturaleza), deben contemplarse no obstante en su debida perspectiva. Autores como MONTOYA MELGAR han sostenido tradicionalmente que, al menos en lo que hace a España, nos hallamos ante un sistema de “despido libre pagado”³⁷², el cual entendemos que puede darse aun más frecuentemente en modalidades laborales ligadas a las TIC y al fenómeno de la globalización, como es el caso del teletrabajo. Para MONTOYA MELGAR el mundo de las relaciones laborales ha preferido tradicionalmente soluciones más flexibles para los empresarios que permitan con carácter muy amplio la sustitución de la readmisión por la indemnización pecuniaria. A este tenor MONTOYA MELGAR sugiere el novedoso término de la “flexiguridad”³⁷³, que secundan otros autores como BURRIEL³⁷⁴.

En términos de valoración ya puramente personal, los modestos logros alcanzados, y que para nosotros aun así constituyen un punto irreversible o de no retorno, se deban tal vez a que los empresarios, en vez de entenderlos como un aspecto negativo, o incluso revestidos de los tintes de agresión o de puesta en riesgo de sus prerrogativas en cuanto a fijar las directrices de la empresa, cada vez más los consideran como un elemento de creciente interés, a los fines de mantener, gracias a las TIC, un diálogo más fluido con los representantes de los trabajadores.

³⁷² MONTOYA MELGAR, A.: “La estabilidad en el empleo en el Derecho del Trabajo”, *Revista de Política Social*, Madrid, 1978, Núm. 118, pág. 60.

³⁷³ MONTOYA MELGAR, A.: “Estabilidad en el empleo, globalización económica y «flexiguridad»”, en AA.VV. (coordinados por José Luis Gil y Gil y José Manuel del Valle), *El despido disciplinario. Homenaje al Profesor Juan Antonio Sagardoy Bengoechea*, Cinca, Madrid, 2009, págs. 90 y sigs.

³⁷⁴ Vid. BURRIEL RODRÍGUEZ-DIOSDADO, P.: “La crisis en las políticas de empleo. La modélica Dinamarca y la situación en España”, *Economía Española y Protección Social*, Núm. VI, Madrid, 2014, Págs. 5-40, en especial págs. 35 y sigs. Esta autora analiza desde la comparativa entre ambos sistemas, las posibilidades de aplicar el avanzado sistema danés en España. Esta autora llega a considerar alto nivel de tecnificación del trabajo y entronización de las TIC como factor a tener en cuenta con vistas a una regeneración del mercado laboral y lucha contra el desempleo, por extensión, de regeneración del sistema de seguridad social.

Es de reseñar la importancia sociológica y humana en definitiva de este cambio de concepción; cuanto mayor sea el índice de comprensión, dado que las nuevas tecnologías facilitan la comunicación en entornos esencialmente conflictivos, menor es la conflictividad en las empresas, con lo que estas ganan de fluidez, agilidad y competitividad. Con todo, también constituye un magnífico ejemplo de cómo la versatilidad y el talento humanos, aun dentro de dicha conflictividad, se antepone a las limitaciones esgrimidas por el legislador, e igualmente, de los órganos jurisdiccionales. Así las cosas, todo enfoque de autorización previa o de mínimos en la normalización de las TIC en el ejercicio de los derechos colectivos de los trabajadores, y más cuando son los propios empresarios los que empiezan a autoasumirlos como un patrimonio comunicativo propio con relación a los trabajadores, parece condenado al fracaso. Frente a toda hostilidad o actitud negativa ante uso de las TIC en el marco de la negociación colectiva, consideramos que esta tendencia irá revirtiéndose, pasando a ser ya excepción las actitudes de rechazo o desconsideración, especialmente por el lado empresarial.

CAPÍTULO VI

TIC Y RELACIONES LABORALES EN EL MARCO EUROPEO

En capítulos precedentes hemos desgranado el objeto de la presente investigación centrándonos en nuestro país. En el presente apartado nos tocará consecuentemente operar un análisis que a priori se aventura idéntico al anterior, sólo que esta vez referido al entorno de producción normativa supranacional más influyente para nuestro país, cual es el de la Unión Europea. Con carácter preliminar debemos hacer una breve recalada en las respuestas dadas por aquellos Estados miembros de la Unión Europea que se identifican más próximamente con nuestro entorno jurídico.

Con respecto a la Unión Europea cabe plantearse a título de cuestión previa ciertos interrogantes. La misma ha sido para nuestro país con frecuencia un referente o iniciativa de avanzada en ciertos aspectos novedosos, extraños a nuestro ordenamiento, los cuales, por imperativo de la transposición de Directivas o de acatamiento de los pronunciamientos de la justicia europea, debíamos ir incorporando paulatinamente a nuestro propio sistema jurídico. Una respuesta respecto de la cual, sabiéndola no poco deficitaria en España, cabe preguntarse si en otros países de nuestro entorno dichos déficits se encuentran superados o no. Y ante una eventual nueva constatación de parquedad o insuficiencia normativa en tales países, caso de que aquélla tampoco resulte estar a la altura de los retos planteados, cabe pues comprobar si desde la Unión Europea, como entidad supranacional que unifica y aglutina los procesos de integración en el continente (no sólo económica, sino igualmente política y social), se han planteado iniciativas del calado necesario para afrontar este nuevo ejemplo de entorno social esencialmente conflictivo y de tan compleja diversidad. Todo ello siempre considerando que las relaciones laborales no sólo se dirimen en términos de juridicidad *stricto sensu*. Aun en la implicación supranacional en materias sociales, el margen de maniobra o de autonomía de los agentes sociales debe ser siempre respetado. La doctrina iuslaboralista más acreditada ha tenido ocasión de pronunciarse de manera muy acertada y pormenorizada sobre los extremos así apuntados³⁷⁵.

³⁷⁵ Vid. ALONSO OLEA, M.: *Introducción al Derecho del Trabajo*, Séptima edición Revisada, renovada y ampliada (al cuidado de CASAS BAAMONDE, M. E. y ALONSO GARCÍA, E.), Civitas y Thompson Reuters, Madrid, 2013, págs. 628-629. Dicho autor señala el creciente impacto del Derecho de la Unión Europea en materias laborales, en consecuencia directa con el fenómeno de

245

A veces la toma de posición respecto de un determinado núcleo de problemas en sede europea resulta novedosa en sí misma. Otras veces se inspira en creaciones procedentes los ordenamientos nacionales de algunos Estados miembros, o en concreto, de uno de ellos, que lidera la experiencia y saber para un determinado aspecto. A veces, la intervención de la Unión Europea es fragmentaria y colateral. Otras veces de una cierta iniciativa europea se sacan lecturas y aplicaciones para facetas no inicialmente previstas. Los principios y logros de la construcción jurídica europea se retroalimentan por analogía, por aproximación, dándoles nuevas utilidades a las ya conocidas o consolidadas. Si las iniciativas de la Unión Europea existen como tal aplicables al contexto en causa, deberán pues aplicarse las mismas; si éstas no existen, los Estados miembros tienen pues la iniciativa de seguir regulando las materias de su interés, hasta que dicha asunción competencial a cargo de las instituciones europeas encargadas de producir la norma se produzca. Y en relación a este último contexto, puede haber países que cuenten con aspectos que sean de un alto nivel de detalle, las cuales puede que en un futuro informen una futura acción normativa desde la Unión Europea.

La cuestión, como hemos reiterado, trasciende en mucho lo jurídico, para entrar en nuevos modos relacionales y humanos propios del contexto de las TIC, del proceso de creciente globalización, de la construcción de un único espacio socioeconómico continental, y de las cada vez más acusadas pulsiones hacia una gobernanza electrónica de un contexto multipolar de agentes e interlocutores sociales (autoridades públicas de diverso rango, sindicatos y asociaciones empresariales). Una tendencia que ya algunos, de manera preclara, y en momentos muy anteriores al exponencial crecimiento de las TIC en las cuestiones laborales se encargaron de poner de manifiesto, al advertir que la deslocalización del centro de trabajo y de las comúnmente conocidas variables temporales en el cometido de la prestación laboral, así como el foro propio del convulso diálogo-conflicto entre patronos y

integración propiciado por la juridicidad comunitaria, en relación a otras zonas económicas del globo (citando así el Tratado de Libre Comercio de Norteamérica y Mercosur. Sin embargo, ALONSO OLEA advierte incluso que, pese a los amplios logros de integración alcanzados, se ha producido en los últimos tiempos una cierta parálisis de integración incluso en sede europea. En las palabras de este autor: “Ello no obstante esa armonización normativa europea haya sido progresivamente de mayor, intensidad o rigor, habiendo alcanzado una cuota significativa de los Derechos del Trabajo nacionales, que, sin embargo, parece dar síntomas de agotamiento ante la potente crisis actual de la Unión Europea y de las economías de la zona euro (...) Y pese a que, de otra parte, esa armonización normativa haya debido vencer, en ocasiones frecuentes, las resistencias nacionales a aceptarla (...) presentadas tales resistencias como defensa de la seguridad del trabajador nacional, lo que las más de las veces no son sino formas larvadas o patentes de proteccionismo de las mercancías nacionales o de las singularidades y regulaciones propias de los Derechos nacionales”.

empresarios, irían a experimentar en años venideros ignotos focos de tensión, para los cuales los tradicionales parámetros de la base nacional, tanto en su faceta propiamente legislatora a cargo de poderes públicos, como en el marco de la normatividad a cargo de los propios agentes sociales por medio de los mismos convenios colectivos o acuerdos de empresa iban a quedar significativamente rebasados por su insuficiencia³⁷⁶.

Así las cosas, la estructura de desarrollo de este último capítulo de la tesis se desarrollará con relación al siguiente esquema; en primer término, analizaremos las iniciativas unilaterales más destacadas que en la materia en causa hayan asumido los países más próximos a nuestro entorno, coincidentes en compartir junto con nosotros la condición de Estado miembro de la Unión Europea, para después pasar ya más propiamente al terreno tocado por la integración jurídica continental. Dentro de ello habrá cuestiones tanto de textos legales propiamente dichos como de pronunciamientos jurisprudenciales. Con relación a los primeros habremos de ir procediendo, desde los capítulos más generalistas que tocan por un lado la cuestión del impacto de la política de I+D+i y su eventual repercusión en la materia abordada (con la legislación europea relativa al mundo de las TIC de trasfondo), mientras que otras materias hacen a la normativa característica de la libre circulación de trabajadores y política social, por un lado, y normativa “empresarial” por otro (con especial mención a las figuras de la sociedad europea y sus diversas formas, así como al incipiente comité de empresa europeo), ponderando su idoneidad a los nuevos retos planteados por las TIC como novedosos mecanismos en los que materializarse la dualidad diálogo conflicto entre los interlocutores sociales.

Posteriormente, deberemos proceder respecto de contextos más detallados, como son los que atañen a subapartados de la política social y laboral europea y su eventual impacto en el estudio acometido, esto es, derechos de información de los trabajadores, en términos generales como en supuestos concretos de empresas de dimensión trans-comunitaria, transmisión de empresas o insolvencia empresarial, ello por no hablar de tratamiento de cuestiones muy puntuales o específicas, en las cuales se incluiría sin ir más lejos el tratamiento del fenómeno del teletrabajo en el marco de la Unión Europea. En cualquier aspecto que se detalle habrán de tenerse en cuenta las aportaciones, siempre vitales, de la jurisprudencia aportada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, viendo si existen pronunciamientos

³⁷⁶ Ver especialmente en esta línea ROGMANOLI, U.: “Globalización y Derecho del Trabajo”, *Revista de Derecho Social*, Madrid, 1999, Núm. 5, págs. 9-20.

claramente específicos acerca del asunto que nos concierne, o caso contrario, si hay pronunciamientos de matiz mas general o abstracto que permiten, pese a todo, su reaprovechamiento a nivel de cita por aproximación o analogía.

1.- Iniciativas unilaterales adoptadas por Estados miembros

La ausencia de una norma de la Unión Europea capaz de uniformizar las legislaciones nacionales en materia de distribución y recepción de la información sindical a través de las nuevas tecnologías (ni siquiera en lo que se refiere a los derechos de información y consulta en empresas y grupos de empresa de dimensión comunitaria, deja el terreno libre a que sean los diversos Estados miembros los que regulen dichos extremos por medio de sus instrumentos legales internos. Así las cosas ¿Qué regulación tienen al respecto otros países de nuestro entorno?

Comenzando por el Reino Unido, su Código de prácticas de deberes y actividades de las centrales sindicales³⁷⁷, recomienda a los empresarios (muy en la línea de unos derechos laborales cooperativos formulados por breves consignas, y tan querida en el derecho anglosajón), poner a disposición de los representantes sindicales los medios necesarios para llevar a cabo sus obligaciones de forma eficiente (como equipo de oficina, tablón de anuncios...), siempre que les sea posible. Se trata de una regulación ciertamente escueta, pero que se aplica pacíficamente, al estimarse como un patrimonio común en lo concerniente a las relaciones laborales. Lo comprobamos por ejemplo en el *Code of Practice for Trade Union Duties and Activities*, en el cual se dan facilidades a las centrales sindicales para el ejercicio de sus funciones. Entre las mismas se incluye el ordenador, el correo electrónico y todo lo que tenga que ver con las tecnologías emergentes. Queda reconocida la absoluta necesidad del uso de internet para la comunicación entre los representantes y sus representados, así como la búsqueda de información procedente de otras fuentes. El sistema se completa con aportaciones emanadas del poder público, como es el documento de consulta *Workplace representatives: a review of their facilities at any time*, encargado por el Ministerio de Trabajo británico

³⁷⁷ *Code of Practice for Trade Union Duties and Activities*, el cual se inspira muy marcadamente, reelaborándolas, las prescripciones tanto del Convenio Núm. 135 como de la Recomendación Núm. 143 OIT. Promulgado bajo la Sección 199 de la Ley Consolidada de Sindicatos y Relaciones Laborales de 1992, entró en vigor por orden de la Secretaría de Estado de primero de enero de 2010.

para dar una primera respuesta a algunas cuestiones suscitadas en torno a este tema³⁷⁸.

Este informe incide especialmente en la situación en la que encuentran los representantes en actividades como la textil, la construcción, los servicios, etc. donde los trabajadores no tienen acceso habitual a las nuevas tecnologías de la información. En esos casos, el uso de las TIC para el ejercicio de la función representativa, en los mismos términos que los representantes de empresas en las que los trabajadores sí las utilizan, podría llegar a ser no sólo ineficiente, sino suponer incluso mayor carga para los representantes que utilizarían en muchos casos el equipo informático que poseyeran en casa. Esto termina originando dos niveles o categorías de representantes que el Gobierno quiere evitar. Por ello, se estudian y se negocian medidas que puedan adoptarse para que aquellos representantes que habitualmente no utilizan estos equipos en su trabajo puedan aprovechar de alguna manera, adaptada a ellos, los beneficios de las nuevas tecnologías.

Entrando ya en la cuestión tal como se plantea en Alemania, la realidad es muy diferente a la postre de las actualizaciones operadas en los últimos tiempos sobre la Ley de Organización de la Empresa, de 15 de enero de 1972, verdadero ejemplo de adaptación de una normativa preexistente a la eclosión de las TIC tras la masiva incorporación de aquéllas a las realidades laborales³⁷⁹. En la misma, bajo el enunciado “Costes y gastos de materiales del comité de empresa”, se regula un auténtico derecho para los representantes de los trabajadores, en cuanto al uso de medios informáticos para el ejercicio de sus derechos colectivos³⁸⁰.

Concretamente, se reconoce que los costes derivados de la actividad del comité de empresa los soporta el empresario. No hay restricciones, ni condiciones. Es más; el legislador alemán continúa aclarando que, para las reuniones, las consultas y el desarrollo corriente de funciones, el empresario tiene que poner para su cumplimiento, en el volumen necesario, locales, medios materiales y técnicas de información y comunicación, así como personal de oficina. Probablemente, en un

³⁷⁸ De fecha de 22 enero de 2007, y que dedica al uso de las TIC su capítulo 5.

³⁷⁹ Para mayor extensión sobre dicha normativa puede consultarse la utilísima obra de AA. VV. (MARTÍNEZ GIRÓN, J. y ARUFE VARELA, A.): *Leyes laborales alemanas*, Netbiblo, Madrid, 2007.

³⁸⁰ Parágrafo 40 de la mencionada Ley alemana de 1972.

buen acuerdo colectivo, se pudiera incluso ampliar y mejorar estos derechos. Hemos podido comprobar en España cómo los convenios colectivos pueden llegar a conseguir condiciones muy interesantes. Pero el hecho de que, ya por ley, el ordenamiento alemán recoja derechos con el contenido que hemos descrito nos da idea de hasta dónde podemos avanzar.

Es en Francia donde encontramos, no sólo una mayor preocupación por la cuestión objeto de nuestra investigación, sino a su vez un más vívido interés doctrinal. Inicialmente, los principios no resultarían muy prometedores. En efecto, en cuestión al aspecto concreto del derecho a la difusión de información a los trabajadores mediante el uso de las TIC (correo electrónico), el *Code du Travail*, o Código de Trabajo³⁸¹ no reconocía *ex lege* como tal, y hasta tiempos muy recientes, la existencia de un derecho a distribuir información sindical a través de medios informáticos. Ahora bien, algunas reformas recientes reenvían expresamente la regulación de esta cuestión a la negociación colectiva, admitiendo así el papel que el progreso tecnológico juega en la cuestión que nos ocupa. El artículo L 2142-6 del Código de Trabajo galo tal ha quedado retocado a tales efectos, mediante la reforma operada por el artículo 45 de la ley de 4 de mayo de 2004, que establece como marco general que un acuerdo de empresa podrá autorizar la puesta a disposición de publicaciones, incluidas las de naturaleza sindical, a través de un portal en la intranet de la empresa, o mediante su difusión a través del correo electrónico de la empresa. La cuestión que queda por matizar es el alcance de dicha autorización, esto es, su sentido meramente orientativo, o bien su carácter indisponible, de manera que la no aquiescencia del empresario puede significar alguna sanción.

Por tanto, el punto de partida no estaría en la admisión de un uso libre o benévolo, sino más bien todo lo contrario. La normalización por parte del poder público, y las subsiguientes interpretaciones jurisprudenciales, pueden determinar no un entorno de creciente liberalización, sino bien al contrario, un entorno marcadamente limitativo. En efecto, asistimos a una configuración, según la cual, la normativa gala resulta ser en la práctica interpretada y aplicada en un sentido prohibicionista; efectivamente, en defecto de acuerdo colectivo se da a entender que todo acceso a la intranet como al correo interno le puede estar prohibido en teoría a los sindicatos, cuando la empresa vea peligrar cuestiones esenciales o secretos propios con dicho

³⁸¹ La configuración actual de dicho Código de Trabajo francés fue publicada por ordenanza Núm. 2007-329 de 12 de marzo de 2007, entrando en vigor el primero de marzo de 2008.

acceso³⁸². Consecuentemente, tras remitir el texto legal a los convenios colectivos, aun cuando los mismos se pronunciasen expresamente a favor de dicho particular en beneficio de los trabajadores, se pone la condición de que la difusión propiciada desde las TIC deberá ser compatible con las exigencias de buen funcionamiento de la red informática de la empresa y no debe perturbar el trabajo. Si no hay acuerdo expreso entre las partes, cabría entender que tampoco existiría acceso a las nuevas tecnologías de la información para los sindicatos. Por lo tanto, el legislador francés es el que más se ha preocupado del desarrollo mínimo normativo siquiera de un aspecto concreto, cual es el del uso del correo electrónico a fines informativos.

Sometido a supervisión jurisprudencial, el marco legislativo francés ha perfilado el modo en que el correo electrónico puede tener su juego en el marco de los contextos relacionales laborales. De conformidad con algún pronunciamiento judicial bien conocido, dicho empleo deberá articularse con ciertas pautas o reglas enumeradas sistemáticamente, de entre las cuales la más llamativa es que el empleo del mecanismo por los trabajadores debe conocer, so pena de sanción, su cobertura expresa por medio del correspondiente convenio colectivo³⁸³. En

³⁸² RAY, J.: "Droit du travail et TIC", *Revue de Droit Social*, París, 2007, Núm. 4, págs. 423 y sigs. Tal como sintetiza dicho autor, el precitado artículo L2142-6 Código de Trabajo, tal como ha quedado reformado prevé la posibilidad de divulgar, siempre que medie un acuerdo de empresa, publicaciones y circulares de naturaleza sindical, sea en una página incluida en la intranet de la empresa, sea por su difusión a través de la mensajería electrónica de la empresa. En esta última hipótesis, la ley prevé que la difusión debe ser compatible con las exigencias de buen funcionamiento de la red informática de la empresa y no debe entorpecer el cumplimiento del trabajo. Por añadidura, en la legislación francesa, a falta de acuerdo colectivo, cualquier mensaje sindical enviado desde la red informática interna de la empresa expone a su autor a una sanción disciplinaria.

³⁸³ Vid. en este sentido VIGNEAU, C.: "El control judicial de la utilización del correo electrónico y del acceso a internet en las empresas en Francia", *Relaciones Laborales*, Madrid, 2009. Núm. 5-6, Págs. 173-184. Dicho autor hace cita de la sentencia de la Corte de Casación de 22 de enero de 2008, en la cual dicho alto Tribunal consideró justificada la sanción impuesta a un trabajador que había enviado un correo electrónico de protesta contra la detención de un agricultor sindicalista cuando el acuerdo de empresa autorizaba sólo el envío de mensajes cuyo contenido tenía relación con la posición social de la empresa. Así las cosas, y de conformidad con la legislación francesa, el empleo de las redes tecnológicas preexistentes en la empresa debieran poder ser utilizadas por las instancias sindicales presentes en la empresa, siempre que este uso no suponga un carga excesiva para la empresa y ello de conformidad con el respeto a una triple limitación. En primer lugar, que su uso sea moderado, racional y no abusivo (teniendo que estar a cada caso concreto para valorar la concurrencia de estas notas). En segundo lugar, que la comunicación no perturbe la actividad normal de la empresa (habida cuenta que las mismas son al tiempo una herramienta de trabajo). Y, en tercer lugar, que dicha utilización no puede ocasionar gravámenes económicos adicionales para la empresa, es decir, la referida sentencia establece un uso condicionado, de modo que los representantes legales de los trabajadores (recuérdese que en el supuesto de hecho se cuestionaba su utilización por las secciones sindicales de una conocida entidad bancaria) no pueden argüir una interpretación teleológica del tablón de anuncios que establezca un derecho absoluto a utilizar los servidores de la empresa que garanticen el acceso al correo electrónico e internet en la empresa. Justo al contrario, este derecho no se adquiere por el consentimiento, de forma que, a falta de convenio o acuerdo en el que se pacte esta utilización, su uso debe ser expresamente consentido por la empresa.

resumidas cuentas, el mencionado artículo 2142-6 del Código de Trabajo prevé la posibilidad de divulgar, siempre que medie un acuerdo de empresa, publicaciones y circulares de naturaleza sindical, sea en una página incluida en la intranet de la empresa, sea por su difusión a través de la mensajería electrónica de la empresa. En esta última hipótesis, la ley prevé que la difusión debe ser compatible con las exigencias de buen funcionamiento de la red informática de la empresa y no debe entorpecer el cumplimiento del trabajo.

Más allá de lo arriba descrito, el acuerdo de empresa será el que defina, por lo demás, las modalidades de esta puesta a disposición o del modo de difusión, así como las condiciones de acceso de las organizaciones sindicales y las reglas técnicas que deban observarse para preservar la libertad de elección de los asalariados de aceptar o rechazar un mensaje. En semejante contexto, particularmente complejo, ha sido en Francia el problema planteado con relación a los teletrabajadores³⁸⁴, quienes tienen los mismos derechos que los trabajadores presenciales, incluidas las relaciones con los representantes del personal y el acceso a la información sindical. Aquí la cuestión, aun sin resolver, consiste en discernir hasta donde llega el empleo de las TIC por razón esencial de dicha modalidad laboral, la extensión en el empleo de los instrumentos de dicha índole para el ejercicio de los derechos sociales, y las limitaciones a las que hemos hecho mención. Algunas empresas han aducido que sus teletrabajadores (y los sindicatos que les representan) han pervertido las TIC confiadas para el desempeño de la labor confiada, usándolas de un modo comunicativo no pactado en convenio con el empresario.

2.- Introducción de conjunto al marco normativo europeo aplicable

Nadie puede negar la condición de la Unión Europea como estructura supranacional de integración económica, y para muchos asimismo de naturaleza política, y que dicha configuración está por sí misma llamada a desempeñar un destacado papel

³⁸⁴ El teletrabajo ha sido objeto en Francia de una normativa particularmente ambiciosa, concretamente en una ley de 19 de julio de 2005, cuyo artículo 11 define el elemento TIC como medular en la relación laboral existente entre empleador y asalariado. El carácter de referencia de la citada normativa francesa en materia de teletrabajo no ha dejado de ser reconocido en la doctrina nacional más inmediata. En tan línea Vid. SIERRA BENÍTEZ, E. M.: *El contenido de la relación laboral en el teletrabajo*, Consejo Económico y Social de Andalucía, Sevilla, marzo 2011, y VALENCIANO SAL, A.: "El teletrabajo, ¿Un nuevo sistema de organización del trabajo?" *Revista de Información Laboral*, Madrid, 2012, Núm. 1, págs. 102 y sigs.

para el complejo conjunto de cuestiones ahora investigadas. Pero cosa diferente es que dicho protagonismo haya llegado a toda la extensión que la trascendencia en semejantes materias precisa. En un contexto de creciente globalización y configuración de un mundo multipolar y de bloques³⁸⁵, es preciso que el entorno laboral tenga una respuesta adecuada por parte de las instituciones de la Unión Europea, seguida de una adaptación fiel por parte de sus Estados miembros a la hora de implementar sus actuaciones y políticas. En los epígrafes que siguen haremos una breve exposición de cuál pueda ser, en términos generales, el estado de la cuestión abordada en su vertiente europea. Será una visión especializada de Derecho Social Europeo, que compartirá pues sus caracteres propios. Recalquemos que para autores como MONTOYA MELGAR, el Derecho Social Europeo es más bien una agregación de regulaciones sectoriales, sobre cuestiones parciales de ésta, en aquellos aspectos relevantes para las autoridades comunitarias en los que se ha conseguido superar el proceso legislativo europeo³⁸⁶.

Si la cuestión inicial consiste en dilucidar si existen o no normas específicas que consagren con carácter general en el marco europeo la entronización de las TIC en los procesos de diálogo-conflicto entre los interlocutores sociales, la respuesta ha de ser negativa, al menos desde una perspectiva meramente reduccionista o simplificada. Aspectos tan concretos están llamados potencialmente a ser desarrollados a cargo de un conjunto de disposiciones relativas a apartados o políticas concretas de la Unión Europea, dado para que tales ámbitos, tal como vienen configurados en los textos de los Tratados especialmente, hay demasiada generalidad, poco apta para ser aplicada a una cuestión tan específica. Consecuentemente ha de ser el Derecho derivado el llamado a desarrollar dichos temas, sea bajo el imperativo de una necesidad de armonizar un régimen común para los Estados miembros, incluso con recurso a mecanismos extensores de las competencias de la Unión Europea, si es que no hay otra base legal más clara o específica a la que pueda hacerse recurso.

De entre los diversos tipos de norma posibles, que han de armonizar, y al mismo tiempo, dejar cierto margen de protagonismo y diversidad a los Estados nacionales,

³⁸⁵ Sobre tales aspectos recomendamos SUKUP, V.: *Europa y la globalización*, Corregidor, Buenos Aires, 1998, mientras que en el ámbito concreto del impacto de la globalización en las cuestiones laborales Vid. especialmente LATTUCA, A., y CIURO CALDANI, M. A.: *Economía globalizada y MERCOSUR*, Ediciones Ciudad, Argentina, Buenos Aires, 1998, págs. 183 a 186.

³⁸⁶ MONTOYA MELGAR, A. en AA. VV (MONTOYA MELGAR, A. GALIANA MORENO, J. M. SEMPERE NAVARRO, A. V.): *Derecho Social Europeo*, Tecnos, Madrid, 1994, pág. 3.

las Directivas son los instrumentos más idóneos. Es con relación a las mismas donde debe buscarse inicialmente³⁸⁷. Dichas Directivas constituyen la expresión más fidedigna del proceso de armonización europea, y sólo cuando existe una decidida intención por parte de la Unión Europea para asumir todo el protagonismo legislador es cuando se hace recurso de los Reglamentos. En cualquier caso, debemos ponderar si las normas europeas aplicables en nuestro ámbito de investigación responden a las necesidades planteadas de modo expreso, o si al contrario, las mismas plantean carencias, o simplemente no existen. Y en este propósito debemos acudir al tratamiento que deparan la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y los tribunales nacionales para favorecer correcto tenor de las normativas europeas en torno a la cuestión prejudicial³⁸⁸.

Es con esta actitud como deberemos contemplar el bagaje que hasta el momento haya emprendido la Unión Europea en los aspectos tocantes en la materia investigada. A tal respecto, diremos que la organización de integración europea adolece de las mismas limitaciones, eso sí, con su sesgo peculiar, que las anteriormente contempladas en nuestro entorno nacional. Esto es, existen, por un lado, normas laborales muy completas, que incluso fomentan el ejercicio de los derechos de los trabajadores, por medio de una cada vez más prolija regulación de las condiciones de vida y de trabajo, que coadyuvan al diálogo y facilitan en su caso cauces de resolución de conflictos entre los interlocutores sociales, que existen (tomando en ello la iniciativa en modo muy marcado), normas muy avanzadas que entronquen el uso de las TIC como mecanismo de interrelación entre los actores sociales. Teniendo en cuenta todo lo afirmado, estamos en condiciones de sostener lo siguiente:

a) Que existen unas pocas iniciativas aisladas que en sede europea se han producido sobre capítulos concretos del uso de las TIC en las cuestiones laborales. Así, la iniciativa SEDOC/EURES sobre gestión informatizada y unificada de ofertas

³⁸⁷ Seguiremos en este punto particularmente a MOLINA DEL POZO, C.F.: *Tratado de Derecho de la Unión Europea*. Juruá Editora, Lisboa, 2016, 4 Volúmenes, 2.460 Págs, el cual en este aspecto, como en todos los demás, opera la más amplia exposición de las distintas características del sistema propio de la juridicidad europea y sus ámbitos característicos de presencia. Merece asimismo referirse a PUERTA DOMÍNGUEZ, E. M.: *La Directiva comunitaria como norma aplicable en Derecho*, Comares, Granada, 1999, verdadero compendio exhaustivo acerca de la naturaleza jurídica de este acto de Derecho de la Unión Europea, a cuya completa reseña bibliográfica igualmente nos remitimos.

³⁸⁸ En relación a la cuestión prejudicial nos remitimos a sus líneas teóricas consolidadas por la doctrina más acreditada. Vid., COLLADO GARCÍA-LÁJARA, E.: "El Juez comunitario español", *Revista de Estudios e Investigación de las Comunidades Europeas (REICE)*, Edersa, Madrid, 1990, Núm. 18, págs. 689-721; RUIZ-JARABO COLOMER, D.: "El juez nacional como juez comunitario", *Cuadernos de Estudios Europeos*, Civitas, Madrid, 1993.

de trabajo entre los diversos sistemas públicos de empleo de los Estados miembros, el Acuerdo Marco sobre el Teletrabajo en el ámbito europeo, suscrito el 16 de julio de 2002, y un ejemplo aislado de jurisprudencia a cargo del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que en breve tendremos la ocasión de analizar³⁸⁹.

b) Que en materia de uso de las nuevas TIC hay una amplia serie de logros, centrados alrededor de la Directiva 95/46/CE de 24 de octubre de 1995 de protección de datos, y sus normas de acompañamiento³⁹⁰. Dicha Directiva ha sido abordada Tribunal de Justicia de la Unión Europea cada vez más cerca a las relaciones laborales. En efecto, desde aspectos en principio lejanos a las relaciones laborales, el Tribunal ha tenido después ocasión de intervenir en contextos en los que la referida Directiva afectaba a ciertas condiciones de trabajo. Se plantea si dichas condiciones deben tener el carácter de dato protegido en lo que concierne a las TIC, desde luego, en las relaciones entre trabajadores y empresarios, y también, en el papel que debe desempeñar el poder público. Interesa ver pues el régimen europeo a los efectos de comparar si, con arreglo al mismo, muchas de las objeciones o prejuicios que aun puedan persistir a nivel estatal con referencia al empleo de las TIC en los procesos de diálogo y conflicto entre los interlocutores sociales estarían simple y llanamente infundados. Hay que considerar asimismo que toda esta normativa está recientemente en revisión, siendo la incidencia más significativa el reciente reemplazo de la precitada Directiva 95/46 por el Reglamento 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos RGPD)³⁹¹. Tendremos pues que ocuparnos de la incidencia que tal sustitución de una Directiva por un Reglamento ha supuesto en parte tan sustancial de nuestra materia investigada.

c) Que otro nutrido grupo de Directivas, sin mencionar expresamente a las TIC como elemento articulador de las interrelaciones entre los agentes sociales, ni concebidas

³⁸⁹ Son exactamente las SSTJUE de 6 de noviembre de 2003, As 101/01 Lindqvist; de 16 de diciembre de 2008, As. 73/07 Tietosuojavaltuutettu (Administración finesa encargada del control de datos) contra Satakunnan Markkinapörssi Oy y Satamedia Oy; de 20 de mayo de 2003, Österreichischer Rundfunk ÖRF) y otros, C-465/00, C-138/01 y C-139/01; de 30 de mayo de 2013, As 342/12, Worten – Equipamentos para o Lar, S.A. contra Autoridade para as Condições de Trabalho (ACT); y de 29 de octubre de 2009, C-63/08 Pontin c. Comalux.

³⁹⁰ Y que serían la Directiva 96/9/CE de bases de datos de 11 de marzo de 1996, la Directiva 2006/24/CE de 15 de marzo de 2006, sobre conservación de datos; y la Directiva 2009/136/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de noviembre de 2009, en materia de tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas.

³⁹¹ DOUE L 119 de 4 de abril de 2016.

para estos fines, sí que viene dando juego en este terreno en los últimos tiempos, precisamente porque fomentan cauces de comunicación entre empresarios y trabajadores mediante procedimientos concretos de intercambios de información³⁹².

Hablar de Directivas es tocar la cuestión de la armonización. Cabe entonces preguntarse qué clase de armonización (en su caso, de armonizaciones) tenemos en una materia que afecta a dos facetas hoy por hoy normativamente separadas: las

³⁹² Concretamente hablaríamos las siguientes normas: Directiva 94/45/CEE, de 22 de septiembre, sobre la constitución de un Comité de Empresa Europeo, DOUE Núm. L 254 de 30.9.1994 y Directiva 2001/86/CE, sobre implicación de los trabajadores en la Sociedad Anónima Europea, DOUE Núm. L 294 de 10.11.2001, ello sin perjuicio de las menciones que se deban hacer aparte del Reglamento 2157/2001, de 8 de octubre, por el que se aprueba el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea. DOUE Núm. L 294 de 10.11.2001.

La bibliografía respecto a dichas normativas es abundante, permitiéndonos destacar en cuanto al Comité de Empresa Europeo: CRISTÓBAL RONCERO, R.: "El Comité de Empresa Europeo en las empresas o grupos de empresas de dimensión comunitaria", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, Civitas, Madrid, 2003, Núm. 43, págs. 157-180; GARRIDO PÉREZ, E.: "La reforma de la Directiva sobre CEUR a la luz de la jurisprudencia del TJCE en relación a la información y consulta en estructuras complejas", *Revista de Derecho Social*, Madrid, 2010, Núm. 49, págs. 125-146; GÓMEZ GORDILLO, R.: "El comité de empresa europeo", en AA. VV. (ESCUADERO RODRÍGUEZ, R.; MERCADER UGUINA, J. R.): *Manual jurídico de los representantes de los trabajadores*, La Ley, Madrid, 2004; TORRENTS MARGALEF, J.: "Los comités de empresa europeos (análisis de los resultados ante el inicio de una nueva fase)", en AA. VV. (VALDÉS DAL-RÉ, F. MOLERO MARAÑÓN, M. L.): *La representación de los trabajadores en las nuevas organizaciones de empresa*, Fundación Largo Caballero, Madrid, 2010.

Por su parte, en lo tocante a la Sociedad Anónima Europea y a la participación en la misma de los trabajadores. Vid. especialmente: ARRIGO, G. "La implicación de los trabajadores en la sociedad europea," *Revista Ministerio de Trabajo*, Madrid, 2004, Núm. 52, págs. 13-30; ESPÍN SÁEZ, M.: "Implicación de los trabajadores en la Sociedad Cooperativa Europea (Comentario a la Directiva 2003/72/CE del Consejo, de 22 de julio de 2003)", *Revista del Ministerio de Trabajo*, Madrid, 2003, Núm. 47, 11-26; GARCÍA PÉREZ, E.: "Modelos de sociedades europeas y disfunciones entre el ordenamiento jurídico español y comunitario en materia de participación de los trabajadores", en FALGUERA BARÓ, M. A. (ed.): *Derecho Social Europeo, Cuadernos de Derecho Judicial*, CGPJ, Madrid, 2006; GARRIDO PÉREZ, E.: "Las modalidades de implicación de los trabajadores en la sociedad europea", *Revista de Derecho Social*, Núm. 17, Madrid, 2002, págs. 101-126; GARRIDO PÉREZ, E.: "La sociedad europea: un nuevo impulso y una nueva posibilidad para la participación de los trabajadores", en BAYLOS GRAU, A. (ed.): *La dimensión europea y transnacional de la autonomía colectiva*, Bomarzo, Albacete, 2003; GÓMEZ GORDILLO, R.: "La implicación de los trabajadores en la sociedad anónima europea en el ordenamiento laboral español", *Temas Laborales*, Madrid 2007, Núm. 90, págs. 27-76; GÓMEZ GORDILLO, R.: "La reforma de la Directiva sobre el Comité de Empresa Europeo. Nueva apuesta por la fijación convencional de derechos de información y consulta en empresas y grupos de dimensión comunitaria", *Relaciones Laborales*, Madrid, 2010, Núm. II, págs. 1281-1309; INSA PONCE DE LEÓN, F.: *Los derechos de implicación de los trabajadores en las sociedades anónimas Europeas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010; LUJÁN ALCARAZ, J.: "La Directiva 2001/86/CE, del Consejo, de 8 octubre 2001, por la que se completa el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea en lo que respecta a la implicación de los trabajadores", *Aranzadi Social*, Pamplona, 2002, Núm. 5, págs. 21-30; PIQUERAS PIQUERAS, M. C.: "Análisis de algunos supuestos de creación por la negociación colectiva de órganos de representación de los trabajadores en empresas y grupos de dimensión comunitaria", en BAYLOS GRAU, A. (ed.): *La dimensión europea y transnacional...* Op. cit; SOLÁ MONELLS, X.: "La participación de los trabajadores en la sociedad anónima europea", en DEL REY GUANTER, S. (ed.): *Sociedad mercantil y relación laboral*, La Ley, Madrid, 2007; TERRADILLOS OMAETXEA, E.: "La participación de los trabajadores en la transposición de la Directiva sobre la Sociedad Anónima Europea y sus repercusiones sobre la normativa mercantil", *Relaciones laborales*, Madrid, 2006, Núm. II, págs. 1057-1083; VALDÉS DAL-RÉ, F.: "La participación de los trabajadores en la sociedad europea: treinta años después", *Relaciones laborales*, Madrid, 2010, Núm. I, págs. 79-90; VALDÉS DAL-RÉ, F.: "Los derechos de implicación de los trabajadores en la sociedad europea", en VALDÉS DAL-RÉ, F. MOLERO MARAÑÓN, M. L. (eds.): *La representación de los trabajadores en las nuevas organizaciones de empresa*, Fundación Francisco Largo Caballero, Madrid, 2010.

TIC, por un lado, y las cuestiones laborales por otro. Es lógico colegir que, desde un punto de vista generalista del propio concepto de “armonización”, la misma reviste en uno y otro ámbito tintes específicos, a acumular con los comúnmente conocidos de la armonización a nivel general de la Unión Europea³⁹³. En este terreno, MONTOYA MELGAR ha dedicado una especial atención a los orígenes programáticos que fundamentaron las actividades normativas de la Unión Europea en materia social³⁹⁴.

³⁹³ Vid. en la materia propia de la armonización en materia de Directivas MOLINA DEL POZO, C. F.: *Tratado...*, Op. cit., PUERTA DOMINGUEZ, E. M.: *La Directiva...*, Op. cit., así como en general la integridad de la obra de MATTERA RICIGLIANO, A.: *El Mercado Interior, sus reglas, su funcionamiento*, traducción española del original en francés, Civitas, Madrid, 1991. Deberemos decir que las técnicas armonizadoras elegidas por las Directivas que entendemos en causa tienen su eclosión a partir de los modos propios del Mercado Interior, con respecto de la modalidad, más respetuosa con las especificidades nacionales y papel de los agentes económicos y sociales, y que se identifica con el popularmente conocido como “nuevo enfoque”. Como es sabido, surge dicha línea armonizadora en respuesta a la preocupación mostrada por las instituciones de las entonces existentes Comunidades Europeas, que constataban que las técnicas rigoristas y exclusivistas a la hora de armonizar dejaban prácticamente ningún margen, ni dejaban respirar a los agentes económicos ni a las peculiaridades nacionales. La exasperante esclerosis de la armonización total no resultaba tampoco corregida en modo satisfactorio con la pluralidad de normativas a la que iba conduciendo en no pocos casos la técnica de la armonización opcional. Es por ello que una técnica más evolucionada, conocida como del nuevo enfoque (traducción de *nouvelle approche*, en francés) hizo su aparición. La misma constituye el desarrollo evolutivo en materia de armonización más empleado hoy en día, y tuvo un capital protagonismo, no sólo en la consecución de la tan ansiada meta del Mercado Interior, sino como puntal en los procesos posteriores de Adhesión de nuevos Estados miembros.

Lejos de pretender la consecución de *europroductos*, y considerando indeseable la dispersión normativa en la fabricación y comercialización de aquéllos, la armonización de nuevo enfoque vendría a ser, por así decirlo, una armonización de mínimos. Aspectos tales como los de la posibilidad de intercambio de productos, el respeto a los consumidores, al medio ambiente, etc., serían las cuestiones que deberían hacer objeto de la preocupación de las instituciones comunes a la hora de adoptar la Directiva. En lo demás, debería dejarse a los operadores económicos, agrupados en organismos al uso establecidos entre ellos, para que libremente, y con el mejor conocimiento deparado por su experiencia en los diversos sectores, estableciesen el modo de ultimar los diversos detalles finales y necesarios para la fabricación y comercialización de cada uno de los diversos productos, servicios o actividades. Esos mismos operadores trasladarían en mucho menos tiempo las evoluciones y mejoras deparadas por el desarrollo científico y técnico, sin que fueran necesarios actos normativos, ni por parte de las instituciones comunes ni de los Estados miembros a la hora de efectuar las operaciones de transposición. Con el nuevo enfoque se perfiló un este método de armonización más simple, consistiendo sus principales aportaciones la introducción de Directivas-tipo o Directivas-plantilla, cuya novedad radicaba en ser de idéntico formato para cada grupo de productos, variando solamente los datos específicos de cada producto. Las Directivas-tipo se reservarían, en principio, para los sectores de construcción, alimentación informática, comunicaciones. El ámbito tecnológico, y por ende, su aplicación al terreno de las comunicaciones, está pues plenamente inmerso en el espíritu descrito. Y asimismo veremos que el mismo influye en las nuevas Directivas llamadas a encuadrar el desarrollo las relaciones entre los interlocutores sociales.

³⁹⁴ Vid. MONTOYA MELGAR, A.: “El Libro Blanco de la Comisión Europea y la reforma laboral española”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, Madrid, 1994, Núm. 68, págs. 11 y sigs. Este autor diferencia entre Programas de Acción Social, Directrices Generales de Empleo, así como Libros Blancos y Verdes de la Comisión. Su función básica ha sido la de trazar las líneas esenciales del desarrollo del ámbito social de las políticas de la Comunidad. Junto a estas actuaciones en el orden político, que en el caso de los Programas y Directrices de Empleo tienen un carácter estable y responden, como se verá, a estrategias a medio plazo, encontramos también los denominados por alguna doctrina actos jurídicos “atípicos”, entendiéndose por tales el conjunto de Cartas y Declaraciones que, sin poseer la eficacia jurídica propia de los actos normativos reglados, han proyectado el marco de derechos mínimos laborales en la Unión Europea. Los

Tanto en el marco de la libre circulación de trabajadores como en el de la política social, la armonización es uno de los mecanismos fundamentales empleados por la Unión Europea. Esta técnica consiste, con relación al marco analizado, en una intervención dirigida hacia los ordenamientos de los Estados miembros con el fin de reducir las diferencias entre ellos y homogeneizar las condiciones de competencia, evitando las distorsiones producidas por las diferencias entre éstos, y la tendencia a la homogeneización espontánea a la baja que supone el *dumping social*. Este mal cual no sólo es una cuestión que afecte con exclusividad a los intercambios económicos con el exterior³⁹⁵, sino que tiene su presencia a nivel interno europeo. En cualquier caso, los procesos de integración económica, y la Unión Europea lo es, producen una serie de efectos negativos en materia social, como consecuencia de las diferentes legislaciones laborales existentes en los distintos Estados. Pues bien, la armonización de los ordenamientos laborales nacionales se plantea como objetivo el establecimiento de condiciones laborales comunes en los distintos Estados cuyas economías se integran. Esta armonización supone un ataque directo al problema del *dumping social*, en la medida en que se dirige a conseguir que todos los Estados establezcan condiciones laborales similares, compitiendo entonces en iguales condiciones por lo que se refiere al factor trabajo, lo que tendría un doble efecto: impedir la competencia desleal de los Estados con inferiores condiciones de trabajo, e impedir que los Estados con niveles más elevados los reduzcan. La armonización es una medida de menor alcance que la unificación, que constituye el grado máximo de uniformidad, ya que ésta supone la absoluta igualdad de condiciones y de cargas sociales en los diferentes países. Y no debemos olvidar que en cuanto a la posterior evolución de la armonización en materia laboral, ya autores como MONTOYA MELGAR pusieron en su día de relieve la importancia deparada por el Acta Única, a

Libros verdes son documentos de reflexión publicados por la Comisión sobre un ámbito político específico. Estos documentos están especialmente destinados a las partes interesadas (organismos y particulares) invitadas a participar en el proceso de consulta y debate. En algunos casos, pueden conducir a desarrollos legislativos ulteriores. Los Libros blancos son documentos que contienen propuestas de acción comunitaria en un ámbito específico. A veces son la continuación de un Libro verde publicado con el fin de iniciar un proceso de consulta en el ámbito europeo. Mientras que los Libros verdes exponen un abanico de ideas con fines de debate público, los Libros blancos contienen un conjunto oficial de propuestas en ámbitos políticos específicos y constituyen la guía para llevarlas a cabo.

³⁹⁵ Sobre una visión externa de las cuestiones relativas al *dumping social* en materia comercial exterior se recomienda la aportación de SERVAIS, D.: "La cláusula social en los tratados de comercio: ¿pretensión ilusoria o instrumento de progreso social", *Revista Internacional del Trabajo*, Ginebra, 1989, Núm. 108, Págs. 3 y sigs.

la hora de aportar nuevas líneas y visiones para progresar en la armonización de la Europa social³⁹⁶.

Por lo tanto, a la hora de abordar esta cuestión habremos de comenzar por un estudio general de la justificación y los objetivos de la armonización de los ordenamientos laborales nacionales de los Estados miembros, así como los instrumentos jurídicos a través de los cuales ésta se lleva a cabo³⁹⁷. Deben tomarse en consideración inicial las bases legales o de atribución de competencias a las instituciones comunes, esto es, la atribución que en los tratados fundacionales se hace a las instituciones comunitarias de poder intervenir en esta área, porque, como es sabido, la Unión Europea no puede intervenir en cualquier ámbito, sino tan sólo en aquellos para los que es titular de una competencia expresamente atribuida a ésta por los Estados miembros. Tienen que calibrarse las dificultades que encuentra el desarrollo de una armonización europea en Derecho del Trabajo, como consecuencia de una serie de factores. Cuentan aquí especialmente las distintas estrategias que han usado las instituciones de la Unión Europea para superar estas dificultades y poder así avanzar en esta tarea. Para terminar se hará una breve presentación de los logros alcanzados desde la Unión Europea, (mapa de la armonización europea), indicando las grandes áreas en las que ésta se ha producido, y las principales Directivas aprobadas hasta la fecha en materia laboral, al menos aquellas que no teniendo una vocación más directa en lo que es la materia investigada, sí presentan ciertos rasgos o potencialidades, en términos de interrelación comunicativa en clave de comunicación/conflicto entre los agentes sociales, o en su caso, de ejercicios de derechos colectivos que pueden verse sustancialmente condicionados por el empleo de las TIC.

La armonización es un elemento consustancial al proceso de construcción europea

³⁹⁶ Vid. MONTOYA MELGAR en AA. VV (MONTOYA MELGAR, A. GALIANA MORENO, J. M. SEMPERE NAVARRO, A.V.): *Derecho Social Europeo...* Op. cit, pág. 102. Según este autor, la propia Acta Única Europea incluyó nuevas limitaciones, a saber: las reglas en cuestión sólo podrían contener disposiciones mínimas, sólo podrían aplicarse progresivamente según las circunstancias de los Estados miembros, y no deberían establecer trabas jurídicas, financieras o administrativas para las pequeñas y medianas empresas (art. 118 A.2), recibiendo así un trato atento a su peculiaridad.

³⁹⁷ Entendemos que no existe mejor bibliografía en materia de armonización de legislaciones que la clásica inmediatamente producida con anterioridad al Mercado Interior de la década de 1980. Así véanse LIMPENS-MEINERTZHAGEN, A y otros: *Les instruments du rapprochement des législations dans la CEE*, Université de Bruxelles, Bruselas, 1976, en especial a partir de págs. 153 y sigs; MARENCO, G.: "Pour une interprétation traditionnelle de la notion de mesures d'effet équivalent à une restriction quantitative", *Cahiers de Droit Européen*, Núms. 3 y 4, Bruselas, 1984, págs. 291 a 364.

en lo laboral, aunque su uso en este ámbito no se inventó en Europa. Sus raíces pueden encontrarse en técnicas normativas diseñadas por la Organización Internacional del Trabajo, cuyos convenios son considerados generalmente como antecedentes o inspiradores de las actuales Directivas. Tampoco es exclusiva, como técnica reguladora, de la Unión Europea, estando presente de forma bastante parecida en otros procesos de integración regional. Es, sin embargo, en el ámbito de la Unión Europea donde ha alcanzado un mayor grado de desarrollo, actuando como una técnica jurídica fundamental para hacer posible el proceso de integración puesto en marcha hace cincuenta años. En el proceso de construcción europea la armonización ha sido el instrumento fundamental para lograr la construcción de un ordenamiento jurídico integrado, en el que conviven e interactúan conjuntos normativos estatales y comunitarios de acuerdo con un reparto de competencias establecido en los Tratados constitutivos. La armonización cumple dos grandes funciones en la dinámica de las instituciones europeas: por un lado, aproxima las regulaciones nacionales de una determinada materia para evitar que las diferencias entre éstas produzcan distorsiones en la competencia y dificulten el funcionamiento del mercado único; por otro, permite que Unión Europea y Estados miembros colaboren en el desarrollo de políticas comunes, fijando la primera los objetivos y eligiendo los segundos los instrumentos.

En Europa, esto se consigue en algunas áreas a través de Reglamentos; por el contrario, la armonización no supone no supresión de todas las diferencias entre los Estados, sino tan sólo de aquéllas que afectan o impiden el establecimiento un mercado interior sin barreras internas. En realidad, una cierta convergencia entre los sistemas laborales de los países cuyas economías se integran se produce siempre sin necesidad de intervenciones exteriores, como consecuencia de los propios mecanismos reguladores del mercado. Pero esta convergencia no se produce siempre en la dirección adecuada, pudiendo provocar una bajada generalizada de los estándares laborales. La componente del *dumping social* no es en realidad más que una manifestación de esta tendencia hacia la convergencia de facto a la baja en cuanto a condiciones de trabajo; la armonización operada por fuerzas exteriores al mercado pretende precisamente evitar este efecto, mediante la inversión de esta tendencia³⁹⁸.

³⁹⁸ Tal es el caso de los actuales arts. 116 y 117 TFUE. Especialmente el primero de ellos es de particular interés en la materia ahora tratada por cuanto dispone lo siguiente: "En caso de que la Comisión compruebe que una divergencia entre las disposiciones legales, reglamentarias o administrativas de los Estados miembros falsea las condiciones de competencia en el mercado interior y provoca, por tal motivo, una distorsión que deba eliminarse, procederá a celebrar consultas con los Estados miembros interesados. Si tales consultas no permitieren llegar a un

La armonización de los ordenamientos laborales nacionales se plantea *a priori* como una solución muy efectiva para hacer frente al problema de las distorsiones de la competencia producidas por la disparidad de costes laborales, en la medida en que elimina ésta. Esta intervención estaba ya presente en la redacción original del artículo 117 del primigenio Tratado de Roma, en el que se señalaba la armonización de los ordenamientos laborales nacionales como un objetivo convenido por los Estados que lo firmaron y que debía conseguirse a través de dos vías alternativas: el mismo “funcionamiento del mercado común, que favorecerá la armonización de los sistemas sociales”, de un lado; y “los procedimientos previstos en el presente Tratado y de las disposiciones legales, reglamentarias o administrativas”, de otro. El instrumento natural de la armonización es la Directiva, norma definida en el Tratado como una de las que pueden adoptar las instituciones europeas “para el cumplimiento de su misión” y que “obligará al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando sin embargo a las autoridades nacionales la elección de la forma y los medios”. A lo largo de su evolución a lo largo de los años transcurridos, los actuales Tratados constitutivos TUE y TFUE han sabido mantener en su diseño los elementos de flexibilidad imprescindibles para el funcionamiento de un sistema jurídico tan complejo como el de la Unión Europea, el cual, a la vez que ostenta un poder vinculante indudable, asegura el cumplimiento de los fines perseguidos por el Derecho europeo. También es esta técnica legislativa instrumento esencial del Derecho Social Europeo, que entre otras cosas es armonización de los ordenamientos laborales de los Estados miembros. La Directiva ha sido la fuente más utilizada para llevar a cabo la tarea armonizadora y aprobar así disposiciones en materia de Política Social, sin perjuicio de la aprobación de algunos Reglamentos especialmente en materia de libre circulación de trabajadores, Seguridad Social de los trabajadores migrantes y la regulación de determinados aspectos de ciertos órganos comunitarios como es el caso del Fondo Social Europeo o la Agencia Europea para la seguridad y salud en el trabajo.

acuerdo para suprimir dicha distorsión, el Parlamento Europeo y el Consejo adoptarán, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, las Directivas necesarias a este fin. Podrán adoptarse cualesquiera otras medidas apropiadas previstas en los Tratados”. Digamos que el sentir de estos preceptos fue de algún modo anticipado de manera intuitiva por diversa doctrina desde fechas incluso muy lejanas. En este sentido véanse LELEUX, P.: “Considérations sur le rapprochement des législations”, *Cahiers de Droit Européen*, Bruselas, 1980, págs. 85 y sigs; BIEBER, R.: “Legislative Procedure for the Establishment of the Single Market”, *Common Market Law Review*, Londres, 1988, Núm. 25, págs. 711-724; DE MONTBLANC, L.: “L’ambivalence des directives communautaires. Frein ou effet de levier de l’intégration européenne”. *Petites Affiches Paris*, 1992, Núm. 58 págs. 52-56.

El Derecho laboral general de la Unión Europea ha venido afrontando durante varias décadas serias dificultades para avanzar, como consecuencia de una pluralidad de factores. Estos factores afectaron especialmente a la armonización de los ordenamientos laborales de los Estados miembros, que avanzó menos que otros sectores del Derecho Social originado desde la Unión Europea. Ello ha supuesto la constatación de una amplia serie de dificultades, frente a las cuales se han empleado para superarlas distintas estrategias a cargo de las instituciones comunitarias. Ya encuadradas las líneas relativas a la cuestión de la armonización en el contexto laboral europeo, desde los parámetros más comunes y generalistas hasta los más específicamente propios de tan vasto y complejo sector, nos aventuramos aquí a dar una visión de conjunto acerca de cuál podría ser el marco global de la acción armonizadora de la Unión Europea en lo tocante a la posición, régimen y mecanismos de recíproca actuación de los interlocutores sociales.

El conjunto de lo logrado depara un entorno enormemente irregular en cuanto a sus resultados, tanto en los temas tratados, como en el grado de profundidad y de efectiva compulsión jurídica, de base netamente europea, en lo relativo a dicho tratamiento. No existe por lo tanto un tratamiento completo y sistemático de la totalidad de los aspectos de las relaciones de trabajo, sino tan sólo una regulación parcial y fragmentaria de algunos de éstos. Falta no sólo una idea de conjunto entre las distintas regulaciones, sino incluso una lógica común que justifique la existencia de unas normas y la ausencia de otras, al obedecer ésta a motivos políticos.

En cuanto al contenido del Derecho de la Unión Europea efectivamente vigente, se detecta igualmente una enorme disparidad, existiendo desde normativas con un contenido muy escaso, fácilmente alcanzable por una mayoría de los Estados, hasta otras mucho más exigentes y rigurosas. Esta situación es consecuencia, entre otras cosas, de los problemas que la aprobación de Directivas comunitarias ha ido encontrando a lo largo de este período, que han provocado que tan sólo se haya aprobado una parte de las iniciativas presentadas por la Comisión. En cualquier caso, tampoco el objeto de la armonización comunitaria debe ser el de afectar a todos y cada uno de los aspectos del Derecho del Trabajo nacional. Teniendo en cuenta, su función, evitar el dumping social y proteger los derechos de los trabajadores, es posible predecir a priori las áreas en las que ésta intervención normativa va a producirse. Se trata precisamente en aquéllas en las que se identifica una mayor diversidad entre los distintos Derechos internos, o en aquéllas que más afectan a los intereses de los trabajadores asalariados, por su incidencia, gravedad o novedad.

Con la base de los principios que informaron desde los comienzos de la andadura comunitaria la libre circulación de trabajadores como factor económico o de producción, hubo una conciencia de que sólo mediante la aproximación de disposiciones nacionales vía normas europeas, en concreto Directivas, se iban a lograr unos estándares uniformes en el conjunto de los estados miembros³⁹⁹. Se identifican como temas prioritarios la reordenación del tiempo de trabajo; la protección de la salud laboral; la información básica al trabajador sobre los contenidos del contrato del trabajo⁴⁰⁰; la incorporación de la mujer al mercado de trabajo; la protección de los trabajadores en situaciones de crisis o reajuste empresarial⁴⁰¹; la participación de los trabajadores en la gestión de las empresas⁴⁰²; e incluso, el asentamiento de las bases para una interlocución social a nivel de toda Europa⁴⁰³. Temas todos ellos objeto de atención por parte de las instituciones europeas, a través de distintas iniciativas que en muchos casos llegaron a plasmarse en normas efectivamente vigentes de Derecho derivado. Estas Directivas componen el núcleo esencial del Derecho europeo del Trabajo en sentido estricto. Son textos dirigidos directamente a la armonización de los ordenamientos laborales de los Estados miembros, tratando aspectos sustanciales de la regulación legal del contrato de trabajo. A pesar de su importancia, se trata de una intervención limitada, en la medida en que tan sólo trata aspectos puntuales de esta regulación, dejando el resto sin armonización alguna. También los niveles de armonización que se alcanzan son muy limitados, al dejar a

³⁹⁹ Para una visión general acerca de la Libre circulación de trabajadores en el seno de la Unión Europea recomendamos, aparte de destacadas obras ya clásicas como son AA. VV. (COLINA ROBLEDO, M., RAMIREZ MARTINEZ, J. M., SALA FRANCO, T.): *Derecho social comunitario*, Tirant lo Blanch, Valencia 1991, POCAR, F.: *Derecho Comunitario del Trabajo*, Civitas, Madrid, 1988, PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: *El Derecho Social Comunitario en el Tratado de la Unión Europea*, Civitas, Madrid, 1995; JIMENEZ DE PARGA Y MASEDA, P.: "La libre circulación de las personas físicas por el espacio europeo desde el Tratado CEE hasta el tratado de Ámsterdam", en la obra coordinada por LATTUCA, A., y CIURO CALDANI, M. A.: *Economía globalizada...* Op. cit, págs. 315 a 356; PERELLO GOMEZ, N. V.: "Libertad de circulación de trabajadores dentro del contexto comunitario europeo", *Gaceta Legal*, Madrid, 2003, Núm. 9, págs. 41 y sigs.

⁴⁰⁰ RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.: "Derecho comunitario e información a los trabajadores sobre sus condiciones de trabajo", *Temas Laborales*, Madrid 1992, Núm. 24, págs. 3 y sigs.

⁴⁰¹ GALIANA MORENO, J.: "La aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario", *Noticias CEE* Valencia, 1988, Núm. 40, págs. 11 y sigs.; CRUZ VILLALÓN, J.: "La aplicación de la Directiva sobre despidos colectivos", *Temas Laborales*, Madrid, 1997, Núm. 44, págs. 27 y sigs.

⁴⁰² DE MIGUEL LORENZO, A.: "La aplicación de los derechos de información y consulta los trabajadores en las empresas y grupos de dimensión comunitaria", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, Madrid 1995, Núm. 73, págs. 785 y sigs.; CRUZ VILLALÓN, J.: "La información y la consulta a los trabajadores en las empresas de dimensión comunitaria", *Relaciones Laborales*, Madrid, 1994, Núm. 14.

⁴⁰³ RUIZ CASTILLO, M. M.: "El diálogo social en el ámbito de la Unión Europea", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, Madrid 1997, Núm. 85, págs. 707 sigs.

los Estados amplias posibilidades de actuación en la puesta en práctica de estas Directivas. Con todo, no puede dejar de señalarse su importancia, incrementada en la práctica por una rica jurisprudencia del Tribunal de Justicia⁴⁰⁴.

La primera dificultad está en la gran diversidad de niveles laborales que puede existir entre los Estados cuyas economías se integran. Esta disparidad es notable incluso en organizaciones regionales relativamente homogéneas como la Unión Europea, y hace prácticamente imposible lograr una armonización que resulte útil para evitar distorsiones de la competencia: si se toman como referencia los países más desarrollados, los menos avanzados no podrían alcanzar esos niveles sin graves perjuicios para sus economías, y se produciría un incumplimiento sistemático de las medidas armonizadoras. Si, por el contrario, se toma como referencia a estos últimos, se produce una reducción de los niveles de los más desarrollados, en perjuicio de sus trabajadores nacionales. Es necesario permitir un cierto grado de diversidad entre los distintos países, lo que reduce el alcance, y con ello la efectividad, de la uniformidad que se pretende.

Una segunda dificultad es de tipo jurídico, ya que la armonización supone imponer a los Estados nacionales, por definición soberanos, una determinada política laboral. La falta de instrumentos internacionales para imponer estas medidas es evidente. Este es el caso de la organización internacional con más tradición en este campo, la OIT, que se ha enfrentado a las limitaciones de sus instrumentos jurídicos respecto de la voluntad de los Estados, ya que en última instancia serán éstos los que acepten o no el carácter vinculante de éstos mediante su ratificación. Incluso en los procesos de integración más avanzados, en los que existen mecanismos de producción normativa al margen de los Estados miembros y vinculantes para éstos, el respeto a los espacios de decisión de los Estados ha impedido el desarrollo de una política sistemática de armonización. Sin embargo, dichos propósitos de unificación han de coexistir con las reglas de respeto a unos márgenes de protagonismo reconocido a las autoridades nacionales. Es la aplicación al terreno de las relaciones laborales del conocido como principio de subsidiariedad, que entiende que si una acción a nivel estatal, y por tanto, más próxima a los ciudadanos

⁴⁰⁴ DURÁN LÓPEZ, F.: *Libertad de circulación y de establecimiento en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la CEE*, La Ley, Madrid, 1987; ALZAGA RUIZ, I.: *La eficacia de las Directivas comunitarias en el ámbito laboral*, Aranzadi, Pamplona, 2009.

resulta ser más idónea que la iniciativa europea, las instituciones de la Unión deben quedarse sin intervenir⁴⁰⁵.

En los distintos procedimientos para la elaboración de normas de la Unión Europea se prima la voluntad de los Estados miembros, hasta el punto de exigirse en muchos casos una voluntad unánime de éstos para la aprobación de las iniciativas reguladoras de la Unión, a través de la regla de la unanimidad en el Consejo. De hecho, durante gran parte del desarrollo de la Unión Europea, las bases jurídicas utilizadas por sus instituciones para la intervención comunitaria en materia laboral exigían tal unanimidad, con lo que cualquier Estado disconforme con el desarrollo de ésta podía paralizarla de facto a través de su voto negativo en el Consejo. Esto fue precisamente lo que ocurrió en la década de 1980, como consecuencia de la postura del gobierno británico respecto del desarrollo del Derecho Social europeo⁴⁰⁶.

Junto a este problema político existen otros puramente técnicos, derivados de las peculiaridades del Derecho del Trabajo como sustrato material de la armonización; peculiaridades que explican, por ejemplo, porqué se ha avanzado menos en la armonización de las legislaciones laborales nacionales que en la de otros sectores del Derecho. Cabe resaltar el papel protagonista desempeñado por la Comisión en

⁴⁰⁵ La cuestión de la subsidiariedad en el plano laboral ha interesado marcadamente a la doctrina desde su aparición en las primeras versiones del Tratado de la Unión Europea aparecidas en el proceso abierto en Maastricht en 1992. Cabe citar a este respecto a CASAS BAAMONDE, M. E.: "Subsidiariedad y flexibilidad del ordenamiento comunitario y participación de los trabajadores en empresas y grupos", *Relaciones Laborales*, Madrid, 1993, Núm 10; CASAS BAAMONDE, M. E.: "Doble principio de subsidiariedad y competencias comunitarias en el ámbito social", *Relaciones Laborales*, Madrid, 1993, Núm. 1; OJEDA AVILÉS, A.: "Subsidiariedad y competencias concurrentes en el Derecho Social Comunitario", *Relaciones Laborales*, Madrid, 1994, Núm. 10.

⁴⁰⁶ Así podemos sintetizar que entre éstas particularidades que han dificultado en la práctica la armonización del Derecho del Trabajo se pueden identificar las siguientes: el sistema de fuentes del Derecho del Trabajo, en el que el Estado no tiene el monopolio de la producción normativa; el papel de los interlocutores sociales en la producción y aplicación de las normas laborales; la mutabilidad del Derecho del Trabajo, que cambia a un ritmo tal de dificultar el establecimiento de estándares comunes internacionales más o menos permanente; y por último, el carácter nacional del Derecho del Trabajo, que es peculiar de cada país por estar apegado a elementos culturales e históricos propios.

La tendencia a la diversificación del estatuto jurídico de los trabajadores, que cada vez se diferencian más dentro de cada ordenamiento jurídico nacional. La doctrina es amplia a la hora de entender que la dimensión social a nivel europeo debe trascender la visión del factor trabajo como un mero elemento económico, lo cual resulta desde la mera perspectiva empresarial. Cítese así: DEL REY GUANTER, S.: *Principios y tendencias en el Derecho Social Comunitario*, II Jornadas sobre la Comunidad Europea, Facultad de Derecho, Sevilla, 1994, págs 179 y sigs; GALIANA MORENO, J.: "El lento camino de gestación de la política social comunitaria", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, Madrid, 1993, Núm. 58, págs. 190 y sigs; PÉREZ DEL RÍO, T.: "La dimensión social del Mercado Único Europeo", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, Madrid 1991, Núm. 47, págs. 385 sigs; RODRÍGUEZ-PIÑERO, ROYO, M.: "La declaración de derechos sociales comunitarios", *Relaciones Laborales*, Madrid 1989, Núm. 21 y 22, págs 12 y sigs.; AA.VV. (RODRIGUEZ-PIÑERO, M.; CASAS BAAMONDE, M. E. y VALDÉS DAL-RE, F.): "Las incertidumbres de lo social en el Mercado Único", *Relaciones Laborales*, Madrid, 1993, Núm. 1, págs. 5 y sigs.

la labor armonizadora de la Unión Europea en materias laborales. Así las cosas, lo cierto es que la armonización ha sido desde un primer momento una difícil tarea para las instituciones comunitarias, lo que explica los escasos resultados conseguidos en algunas áreas del Derecho del Trabajo, y los momentos de bloqueo en etapas concretas de su historia. Aún así, las instituciones de la Unión Europea siempre fueron conscientes de la necesidad de avanzar en esta tarea, y continuaron presentando iniciativas armonizadoras, muchas de las cuales fueron rechazadas por el Consejo de Ministros.

Para luchar contra tales inconvenientes, se idearon varias iniciativas. Una primera vía consistió en diseñar reformas que permitieran facilitar la aprobación de Directivas en el campo laboral, para superar los problemas de veto en el Consejo. Para poder poner en práctica estas medidas se fueron sucediendo en el tiempo las reformas de los tratados fundacionales, para alterar el rígido régimen del proceso legislativo europeo.

Una segunda vía fue la de alterar el procedimiento ordinario de elaboración de normas comunitarias, atacando la regla de la unanimidad, sustituyéndola por la de la mayoría cualificada en aquellos ámbitos en los que ha sido políticamente posible. Esta estrategia se puso en marcha por primera vez mediante la reforma de los tratados fundacionales operada por el Acta Única Europea, cuya novedad más importante fue la introducción de la regla de la mayoría cualificada para la aprobación de normas europeas en determinadas materias laborales, fundamentalmente en todo lo relativo a la seguridad y la salud de los trabajadores. Y una tercera vía consistió en la exclusión directa de los Estados contrarios al avance en la construcción de la política social de la Unión Europea, no ya de la decisión en sí, sino de todo el proceso de producción y de la misma aplicación de las normas laborales comunitarias. Se acude así a la fórmula del *opting out* que, a través de la exclusión de un Estado particularmente reticente del ámbito de aplicación de la eventual producción normativa, permite superar su poder de veto en el Consejo⁴⁰⁷.

⁴⁰⁷ La primera muestra de esta nueva estrategia fue la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores, aprobada por el Consejo Europeo celebrado en Estrasburgo los días 8 y 9 de diciembre de 1989: la negativa del Reino Unido a firmar el documento obligó a presentar ésta como una mera "declaración solemne", de contenido exclusivamente programático y carente de todo valor jurídico. Donde se utilizó de manera más clara esta solución fue en la versión original del Tratado de la Unión Europea, firmado en Maastricht en 1992, en el que acompaña al articulado un Acuerdo relativo a la Política Social suscrito por los Estados miembros, con la salvedad de Gran Bretaña. Este Acuerdo se encuentra anejo a uno de los Protocolos del citado Tratado, el XIV, suscrito a doce, y dirigido a autorizar a once Estados -todos, salvo Gran Bretaña-, a proseguir en la vía trazada por la Carta Social de 1989 mediante intervenciones normativas en distintos ámbitos, aprobadas por procedimientos también distintos. En la actualidad

Reglón aparte merecen en el capítulo social las conocidas como alternativas a la armonización. Todas estas estrategias han intentado superar los obstáculos encontrados para avanzar en el objetivo de armonizar los Derechos nacionales del Trabajo, buscando mecanismos para forzar a los Estados miembros a aproximar sus respectivas legislaciones por la vía del progreso, mediante normas europeas vinculantes, tanto públicas como convencionales. Pero también se detecta en los últimos años una nueva estrategia, una tendencia a olvidar este objetivo y buscar otras vías de colaboración entre los Estados y las instituciones comunes. En particular las instituciones han comprendido que la armonización no puede ser la única vía de intervención en la evolución de los Derechos laborales nacionales, ante las dificultades que encuentra en su desarrollo; dificultades que no han hecho sino verse incrementadas en los últimos tiempos, un escenario en el que las diferencias de condiciones de trabajo y costes laborales se multiplican. En consecuencia, se ha buscado ampliar las vías de actuación a nivel europeo, poniendo en práctica otros métodos al margen de la armonización tradicional. Entre estas nuevas vías destaca el llamado “método abierto de coordinación”, diseñado en el marco de la política de empleo de la Unión Europea, y hoy extendida a otros ámbitos⁴⁰⁸.

no se aplica esa técnica de *opting out*, ya que las Directivas aprobadas por las instituciones comunitarias se aplican a todos los Estados miembros, sin excepción. Subsiste, sin embargo, en alguna política europea concreta, como la de inmigración, que no se aplica al Reino Unido, Irlanda y Dinamarca. En la materia, véanse especialmente MONEREO PÉREZ, J. L.: “Carta Comunitaria de Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, Madrid, 1992, Núm. 56 y 57; RODRÍGUEZ-PIÑERO, ROYO, M.: “La declaración de derechos sociales comunitarios”, *Relaciones Laborales*, Madrid 1989, Núm. 21 y 22, OJEDA AVILÉS, A.: “La calidad social europea desde la perspectiva de los derechos fundamentales”, *Relaciones Laborales*, Madrid 1998, Núm. 3. AA.VV. (BLANPAIN, R.; HEPPLÉ, B.; SCIARRA, S. y WEISS, M.): “Derechos sociales fundamentales: propuestas para la Unión Europea”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, Madrid 1995, Núm.74, págs. 873 y sigs.

⁴⁰⁸ A grandes rasgos, este método supone la determinación de directrices y calendarios específicos para lograr los objetivos; el establecimiento de indicadores cuantitativos y cualitativos, y de puntos de referencia; y la comparación de las prácticas idóneas. El método abierto de coordinación tiene cuatro fases: primera, el establecimiento de directrices con calendarios específicos para lograr los objetivos que establezcan a corto, medio y largo plazo; segunda, la fijación, cuando proceda, de indicadores y puntos de referencia cuantitativos y cualitativos cotejados con los mejores que existan y adaptados a las necesidades de los distintos Estados miembros y sectores con búsqueda mediante su comparación de las prácticas más idóneas; tercera, la plasmación estas directrices europeas en medidas de política nacional y regional, fijando objetivos específicos y dando los pasos adecuados, sin desconocer las diferencias nacionales y regionales; y cuarta, la organización periódica de controles y evaluaciones entre homólogos como proceso de aprendizaje mutuo.

En su desarrollo participan los interlocutores sociales y otros representantes de la realidad social. Este método se basa en cinco principios fundamentales:

a) subsidiariedad: buscándose un equilibrio entre la coordinación europea, que fija los objetivos comunes, y la competencia de los Estados miembros para establecer los instrumentos y las condiciones para su puesta en práctica; b) convergencia: el objetivo de la iniciativa comunitaria es conseguir unos objetivos acordados con los Estados miembros mediante una acción concertada con éstos; c) gestión por objetivos: se utilizan mecanismos que permitan un control y seguimiento adecuados, como indicadores cuantitativos y cualitativos; d) aprendizaje mutuo: se fomenta el intercambio de experiencias y de buenas prácticas, a fin de identificar las políticas más efectivas y cómo ponerlas en práctica de la manera más eficiente; y e) tratamiento integrado: los objetivos

Un último aspecto de relevante importancia a la construcción de la Europa del Derecho del Trabajo, no se sabe demasiado bien si alternativo a la armonización a cargo de las instituciones de la Unión Europea, o como complemento a las mismas, viene dado por la polémica extensión de la negociación colectiva europea. Aunque el Derecho originario actualmente en vigor surgido del proceso de Lisboa propicia unas teóricas bases para una negociación colectiva europea, lo cierto es que dichas intenciones esgrimidas desde Europa chocarían en la realidad con serios obstáculos desde su aplicabilidad práctica⁴⁰⁹.

fijados sólo son posibles mediante una acción concertada que afecte a una amplia gama de políticas y de medidas.

⁴⁰⁹ Tal sentido puede inferirse del artículo 153.5 TFUE. A tal respecto, en la opinión de ALONSO OLEA, M.: *Introducción al Derecho del Trabajo*, Civitas y Thompson Reuters, Madrid, 2013, págs. 631-633, la implantación de una verdadera negociación colectiva europea, aunque necesaria, se enfrenta a muchas tensiones. En efecto, “ante el magnetismo irresistible del principio de territorialidad, gobernado por la Ley nacional que preside la celebración de convenios colectivos y que limita drásticamente las desviaciones en su contenido. Todo ello pese a que la difusión contemporánea de las empresas multinacionales parecería ofrecer una base fáctica adecuada para los mismos o que, a la inversa, el convenio colectivo a escala europea fuera un elemento esencial en la solución a los problemas planteados por las empresas multinacionales, especialmente si se tiene en cuenta que la tendencia hacia los convenios colectivos de empresa ha sido uno de los fenómenos más importantes acaecidos en los países de la Unión Europea y que el reconocimiento por el Derecho de la Unión Europea de instancias de representación y participación de los trabajadores en empresas y grupos de dimensión europea y en las sociedades europeas (comités de empresa, y alternativamente, procedimientos de información y consulta; sistemas de ‘implicación’ de los trabajadores) favorece la negociación y los acuerdos colectivos en dichos ámbitos, preferidos por las correspondientes Directivas de la Unión Europea para la constitución en la misma de los citados mecanismos de representación/participación de los trabajadores en ese tipo de empresas transnacionales”.

Así las cosas, ALONSO OLEA, M.: *Ibid.*, apunta ciertos logros tímidos que mueven a la esperanza. En consecuencia: “Pese a tales dificultades, el diálogo social europeo ha sido un importante instrumento de avance del Derecho Social de la Unión Europea, que ha producido frutos en forma de acuerdos-marco europeos entre los ‘interlocutores sociales’ de igual ámbito europeo, aplicados mediante Directivas aprobadas en una base de legislación europea ‘negociada’ para otorgar ‘fuerza vinculante’ a tales acuerdos y asegurar de este modo su ejecución no sólo en, sino también por los Estados miembros (Directivas 96/34/CE y 2010/18/Unión Europea sobre permiso parental; 97/81/CE sobre el trabajo a tiempo parcial; 99/70/CE sobre el trabajo de duración determinada). En otras ocasiones, los acuerdos-marco europeos (sobre formación profesional continua, teletrabajo – del que nos ocuparemos en su dimensión europea en el curso del presente capítulo-, estrés ligado al trabajo, sobre acoso y violencia en el trabajo, o sectoriales sobre seguridad y salud en el trabajo) se han aplicado y aplican ‘según los procedimientos propios de los interlocutores sociales de los Estados miembros (artículo 155.1 TFUE, precitado), esto es, normalmente a través de la negociación colectiva, acuerdos marco incluidos, de nivel nacional, o también a través de la legislación estatal. Así, el diálogo social ha dado lugar a un Derecho europeo ‘light’ en sus contenidos, cuyo mayor valor radica precisamente en ser el resultado del diálogo social y de la negociación colectiva europea conducente a acuerdos-marco europeos”.

Similares pareceres habrían sido aducidos desde otros entornos doctrinales. Vid. asimismo sobre cuestiones relativas a la concertación social, diálogo social comunitario y a la negociación colectiva comunitaria AA.VV. (COLINA ROBLEDO, M.; RAMIREZ MARTINEZ, J. M.; SALA FRANCO, T.): *Derecho social comunitario...*, Op. cit, págs. 387 y sigs.

3.- Iniciativas laborales específicas de la Unión Europea en materia de TIC

En puridad de términos, en sede europea sólo unas pocas iniciativas aisladas han tocado, en toda su posible y unitaria extensión, una visión conjunta y no fragmentaria del uso de las TIC en las cuestiones propias de las relaciones de trabajo. La tecnología condiciona elementos inherentes a ciertas modalidades tecnificadas de prestación laboral, como el teletrabajo, para lo cual la actividad normativa de la Unión Europea no ha pasado sino un nivel incipiente. Tal circunstancia no deja de ser llamativa, puesto que el teletrabajo, a nuestro modo de ver, debería interesar a las instituciones de la Unión Europea con vistas a adoptar medidas normativas concretas. Ya hemos puesto de relieve con anterioridad en el curso de la presente investigación que el teletrabajo supone una auténtica revolución en la alteración de las variables espacio-temporales en la prestación laboral, al diluir y alterar los parámetros tradicionales de tiempo, lugar y centro de trabajo, y como otros aspectos, como son la comunicación entre oferentes y demandantes de empleo, el conocimiento de dónde se hayan efectivamente dichas ofertas de trabajo, o las posibilidades de cauces informatizados entre los trabajadores y sus empleadores, con el mismo nivel de garantías que los conocidos en los modos tradicionales, aunque eso sí, dotados de la versatilidad de las TIC.

Precisamente desde la concepción inicial del establecimiento del Mercado común al instituirse las tres primeras Comunidades Europeas primigenias, y en las cuales, la libre prestación de trabajadores desempeñó un papel esencial, se partía del movimiento físico de los trabajadores para atender a las ofertas de trabajo en otros Estados miembros. En efecto, la libre de circulación de trabajadores dentro del modelo de la Unión Europea estuvo marcada en sus comienzos por la consecución de un objetivo económico, tendente a consolidar un mercado de trabajo de libre movimiento a favor de los trabajadores originarios de los Estados miembros, sólido, fluido en el intercambio de ofertas y demandas de trabajo, y a evitar el fenómeno ya citado del *dumping social*.

Resulta indudable que el impacto de las TIC en el ámbito europeo emerge *per se* a partir de esta incipiente aproximación a la libre circulación de trabajadores. Hoy es cada vez más frecuente el usar internet como medio de localizar ofertas de trabajo que trascienden los territorios nacionales, facilita los viajes y desplazamientos, etc.

Lo que realmente sucede es que, como tal, la libre circulación de trabajadores se circunscribe a un cierto conjunto de derechos que, a lo sumo, propician la inserción de trabajadores procedentes de otros Estados miembros, facultades que pueden sintetizarse en las siguientes, a modo de unos derechos en los que se delimita dicha libertad, cuales son⁴¹⁰: a) derecho a responder a ofertas efectivas de trabajo; b) a desplazarse libremente para este fin en el territorio de los Estados miembros; c) a residir en uno de los Estados miembros con objeto de ejercer en él un empleo, de conformidad con las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas aplicables al empleo de los trabajadores nacionales; y d) a permanecer en el territorio de un Estado miembro después de haber ejercido en él un empleo, en las condiciones previstas en los Reglamentos establecidos por la Comisión.

⁴¹⁰ El basamento esencial en el ordenamiento originario vigente lo encontramos en el artículo 18 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, que afirma que “en el ámbito de aplicación de los Tratados, y sin perjuicio de las disposiciones particulares previstas en los mismos, se prohibirá toda discriminación por razón de la nacionalidad”. En el artículo 45, por su parte, se afirma que “quedará asegurada la libre circulación de los trabajadores dentro de la Unión”.

Dentro de la Carta Comunitaria de los Derechos Fundamentales el artículo 21.2 dispone que “se prohíbe toda discriminación por razón de nacionalidad en el ámbito de aplicación de los Tratados y sin perjuicio de sus disposiciones particulares”. Además, el artículo 45 establece que “todo ciudadano de la Unión tiene derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros”. Esta libertad tiene, así, unas claras bases constitucionales que hacen que se considere como una de las libertades fundamentales de la Unión. Junto con estas normas de rango cuasi-constitucional el mismo TFUE prevé la necesidad de un desarrollo legislativo de este derecho, y a ello se dedica el artículo 46, a cuyo tenor: “El Parlamento Europeo y el Consejo, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario y previa consulta al Comité Económico y Social, adoptarán, mediante Directivas o Reglamentos, las medidas necesarias a fin de hacer efectiva la libre circulación de los trabajadores, tal como queda definida en el artículo 45, en especial: a) asegurando una estrecha colaboración entre las administraciones nacionales de trabajo; b) eliminando aquellos procedimientos y prácticas administrativos, así como los plazos de acceso a los empleos disponibles, que resulten de la legislación nacional o de acuerdos celebrados con anterioridad entre los Estados miembros, cuyo mantenimiento suponga un obstáculo para la liberalización de los movimientos de los trabajadores; c) eliminando todos los plazos y demás restricciones previstos en las legislaciones nacionales o en los acuerdos celebrados con anterioridad entre los Estados miembros, que impongan a los trabajadores de los demás Estados miembros condiciones distintas de las impuestas a los trabajadores nacionales para la libre elección de un empleo; y d) estableciendo los mecanismos adecuados para poner en relación las ofertas y las demandas de empleo y facilitar su equilibrio en condiciones tales que no se ponga en grave peligro el nivel de vida y de empleo en las diversas regiones e industrias”.

En desarrollo de estas previsiones se aprobó a finales de los años 60 del siglo XX un Reglamento que contuviese la regulación básica de esta libertad fundamental; tal fue el trascendental el Reglamento 1612/68, cuyo espíritu, pese a su derogación formal, sigue aun vigente en significativa medida. Este Reglamento fue completado con otros posteriores que se referían fundamentalmente a los derechos de los familiares de los trabajadores migrantes. De acuerdo a dicho Reglamento, todo nacional de un Estado miembro tendría a partir de entonces derecho a acceder a una actividad por cuenta ajena y a ejercerla en el territorio de otro Estado miembro, de conformidad con la normativa nacional pertinente aplicable a los trabajadores nacionales. Tal derecho debía reconocerse indistintamente a los trabajadores “permanentes”, de temporada, fronterizos o que ejerciesen sus actividades con ocasión de una prestación de servicios. El trabajador se beneficiaría, en el territorio de otro Estado miembro, de las mismas prioridades que los nacionales de dicho Estado en el acceso a los empleos disponibles, y recibiría igualmente la misma asistencia que la ofrecida oficinas de empleo a sus nacionales que buscasen empleo. Su contratación no podría depender de criterios médicos, profesionales o cualesquiera otros de carácter discriminatorio por motivos de nacionalidad.

Ello implicaba necesariamente que las condiciones laborales entre los Estados miembros tendrían que ir convergiendo hacia unas reglas y pautas comunes, a fin de evitar que el mercado común abocase a una competición ilícita, en donde al final ganasen aquellos países en donde se permitiese, para reducir costes, unas condiciones laborales más penosas para los trabajadores. Desde los comienzos fundacionales de las primitivas Comunidades, hoy Unión Europea, la libre circulación de trabajadores implica el derecho para los ciudadanos de los Estados miembros de circular libremente por el territorio de los otros Estados miembros y de poder permanecer en ellos durante el tiempo suficiente para poder responder a ofertas efectivas de trabajo. Y también, tras la jubilación, de quedarse definitivamente en el Estado miembro de acogida. Esta dinámica subordina la libertad de circulación a la respuesta de ofertas efectivas de trabajo y al ejercicio de un empleo de conformidad con las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas aplicables al empleo de los trabajadores nacionales⁴¹¹. Semejante conjunto de factores se complementa con otras líneas de actuación no menos importantes⁴¹². En este factor recordemos

⁴¹¹ Libertad que se ayuda de un ingente conjunto de normativa aplicativa de los Tratados constitutivos de la Unión Europea, en modo análogo en que nuestra constitución se desarrolla por las leyes y Reglamentos. A título de muestra recalquemos que la Directiva 2004/38 (Directiva 2004/38 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros por la que se modificaba el Reglamento 1612/68 y se derogan las Directivas 64/221, 68/360, 72/194, 73/148, 75/34, 75/35, 90/364, 90/365 y 93/96), ratifica el derecho de todo ciudadano de la Unión a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, para que pueda ejercerse en condiciones objetivas de libertad y dignidad, las cuales a la vez deben serles reconocidas a los miembros de su familia, cualquiera que sea su nacionalidad. Uno de sus aportes a la normativa de la libre circulación, es la inclusión en la definición de miembro de la familia a la pareja del ciudadano de la Unión que se encuentre registrada, si la legislación del Estado miembro de acogida equipara dicha unión al matrimonio. La Directiva reúne en un único texto el complejo corpus legislativo vigente en materia de derecho de entrada y residencia de los ciudadanos de la Unión, ámbito que ha venido siendo regulado hasta la fecha por dos Reglamentos y nueve Directivas. Haciendo una distinción del entre estancias no superiores o bien superiores a tres meses, la simplificación propiciada por la nueva normativa no sólo ha tenido por efecto beneficiar a los ciudadanos, sino también a las administraciones nacionales en la aplicación de dichos derechos. Además, la Directiva tiene por objeto simplificar al máximo los trámites para el ejercicio del derecho de residencia de los ciudadanos de la Unión Europea y de sus familias. En razón a la denegación de entrada o de expulsión de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de su familia y para precisar las condiciones y garantías procesales para ello y las razones por las cuales puede adoptarse la decisión de denegación de entrada o de expulsión de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de su familia.

⁴¹² Efectivamente, debemos citar otras normas que se ocupan de aspectos parciales de la movilidad de los trabajadores por el mercado de trabajo europeo, siendo las mismas: a), las Directivas que establecen el sistema de coordinación de los regímenes nacionales de seguridad social para los trabajadores migrantes; b) las Directivas que se ocupan de regular los aspectos laborales de la libre prestación de servicios, entre las que destacan la Directiva 96/71, dedicada a ordenar el supuesto especial de movilidad de trabajadores, el de los desplazamientos temporales de trabajadores efectuados en el marco de una prestación de servicios transnacional; así como la llamada "Directiva Bolkenstein", concebida para liberalizar la prestación de servicios en el mercado interior; y c) las Directivas que se encargan de los aspectos relativos al reconocimiento de títulos académicos y profesionales.

que no sólo cuentan los trabajadores como personas aisladas en sí mismas, sino igualmente sus familias, con respecto de las cuales, y en base a la libre circulación de trabajadores tanto ha aportado la Unión Europea⁴¹³. Ciertamente es que todo este régimen se ha ido perfeccionando muy llamativamente a lo largo del tiempo, y cada vez es más frecuente el empleo de las TIC a la hora de que los ciudadanos puedan

⁴¹³ Fruto de esta asunción competencial, se vinieron aprobando, con el proceso también nada desdeñable arrancado en 1986 con el Acta Única, algunas importantes Directivas: la 2003/86, sobre reagrupación familiar; la 2003/109, sobre el Estatuto de los residentes de larga duración nacionales de terceros países; o la 2004/38, sobre el derecho de los ciudadanos y de los integrantes de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembro y por último la Directiva de retorno de inmigrantes de 17 de junio de 2008. Después de un proceso de aprobación larga y complejo (en el que se dieron varias propuestas de la Comisión), el Consejo adoptó, el 22 de septiembre de 2003, la Directiva 2003/86 sobre el derecho a la reagrupación familiar. Esta Directiva, pese a la consideración de la reagrupación familiar como elemento clave de cualquier política de integración e incluso pese a haber sido entendida como manifestación del derecho a la intimidad familiar por parte de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, destaca por las limitaciones que impone o permite. Se consideran familiares reagrupables exclusivamente el cónyuge del sujeto reagrupador y los hijos menores, tanto del reagrupador como de su cónyuge (incluyendo los hijos adoptivos), siempre que sean menores de edad, estén a su cargo y no estén casados. Ahora bien, para los hijos menores de edad y mayores de 12 años, se permite a los Estados miembro exigir que cumplan con algún "criterio de integración" previsto en la legislación del Estado miembro. Igualmente, se permite que las normativas de los Estados miembro requieran que las solicitudes de reagrupación de los hijos menores de edad se presenten antes de que alcancen los 15 años de edad. Por último, los Estados miembro pueden exigir que el reagrupador y su cónyuge tengan una edad mínima de 21 años y el reagrupado no superior a 21 años, para poder ejercer la reagrupación familiar. Respecto de la reagrupación de descendientes mayores de edad y de ascendientes (en línea directa y primer grado), la Directiva deja la decisión en manos de cada Estado miembro, pero con limitaciones: los ascendientes deberán estar a cargo del reagrupador y carecer de apoyo familiar necesario en el país de origen; y los descendientes mayores de edad deberán ser solteros y no poder atender a sus necesidades por motivos de salud. El Estado también podrá, si así lo considera, autorizar la reagrupación a la pareja de hecho que mantenga con el reagrupador una relación duradera debidamente probada.

Por lo relativo a ciudadanos de terceros países, se exige una residencia legal y no interrumpida durante un periodo de cinco años inmediatamente anteriores en el territorio del Estado miembro en donde se presente la solicitud. Los periodos en que se haya permanecido en régimen de estudios o formación profesional se contabilizarán solo al 50% para calcular el periodo de residencia. Por otra parte, se requiere la acreditación de no ser una carga en el el Estado receptor, debiendo quedar justificado que el solicitante dispone para él y su familia de recursos suficientes, así como seguro de enfermedad. También se exige como condición que el solicitante no represente una amenaza para el orden público o la seguridad interior (en el acta de la sesión del Consejo que aprobó la Directiva, se hizo constar que "el concepto de orden público y seguridad pública incluye también los casos en que un nacional de un tercer país pertenece a una asociación que apoya el terrorismo, apoya una asociación de este tipo o tienen aspiraciones extremistas").

En cuanto a la libre circulación de estos trabajadores y la autorización de residencia y trabajo, existen dos vías para llegar a ellas: La primera de esas vías hace referencia, al llamado Régimen general, el cual le permite al empresario de algún Estado miembro el contratar a un trabajador extranjero para ocupar determinados empleos, que suelen ser aquellos que se encuentran estipulados en "*la lista de ocupaciones de difícil cobertura*", la cual fue creada por la última reforma reglamentaria con el fin de facilitar la gestión de las solicitudes de contratación. Esta lista se publica trimestralmente en la página del INEM, institución sustituida a la postre por los diversos servicios autonómicos de empleo. En segundo lugar, está el llamado sistema de contingentes, según el cual el gobierno establece un número de puestos de trabajo anual, y que a diferencia del régimen general, está pensado para gestionar las ofertas de trabajo de tipo genérico, es decir, sin destinatario específico.

Las vías a las que se hace referencia, están basadas en el principio de contratación (como ya se ha dicho, este principio se refiere a la posibilidad que tenga el trabajador de que se le ofrezca un contrato de trabajo) al igual que en el principio de prioridad de la mano de obra ya existente en el Estado miembro (caso de España).

sacarle todo el partido que encierran tales facultades, ello sin descontar que sin las TIC las autoridades nacionales encargadas de la ejecución de todo este cuerpo normativo no hubieran estado jamás en condiciones de asumir tan importantes desafíos. Lo que ahora se pregunta es si todo este cuerpo normativo ha de descartarse completamente por su obsolescencia dado el creciente impacto tecnológico en las nuevas relaciones humanas, o si es mejor emprender toda una ambiciosa y titánica labor de *aggiornamento*.

3.1.- La red EURES

Puede afirmarse que la Unión Europea carece de una normativa específicamente desarrollada desde las TIC que facilite el ejercicio de la libre circulación de trabajadores. Excepción puntual, pero altamente llamativa y sugerente en cuanto a sus potencialidades, es el sistema instaurado para propiciar el intercambio de información sobre ofertas de trabajo entre los Estados miembros, actualmente denominado EURES. Efectivamente, para facilitar la circulación de mano de obra en Europa se entendió necesario que el flujo de información sobre ofertas y demandas de empleo no se quedase a un nivel nacional, sino que hubiese mecanismos para que tales contenidos se pudiesen hacer llegar a los trabajadores y empresarios situados en otros Estados. Para conseguir ello un primer antecedente se creó en 1975 el conocido como SEDOC, sistema de coordinación de los servicios nacionales de empleo⁴¹⁴. Posteriormente, el Reglamento 2434/92 del Consejo, de 27 de julio de 1992⁴¹⁵, sustituyó el SEDOC por un nuevo mecanismo de coordinación, la red EURES (siendo estas siglas correspondientes al inglés de *EUROpean Employment Services*) Esta red inició sus actividades a partir del año 1993, con los objetivos de EURES consisten en prestar información, consejo y servicios de reclutamiento y colocación (comprendidas la adecuación a la oferta y búsqueda de trabajadores) en beneficio de los trabajadores y empresarios o de cualquier ciudadano que pretenda utilizar el principio de la libre circulación de personas y trabajadores. Se trata de una red de cooperación coordinada por la Comisión Europea, cuyo objetivo es facilitar la libre circulación de trabajadores en el Espacio Económico Europeo, del que también forman parte Suiza, Noruega, Islandia y Liechtenstein. Sus funciones principales son

⁴¹⁴ Con la base del ya derogado Reglamento 1612/68, que tan esencial resultó a la instauración de la libre circulación de trabajadores.

⁴¹⁵ El cual cuenta con su propia página web abierta a los usuarios, <https://ec.europa.eu/eures/public/es/homepage>. Dígase que en su día el sistema EURES, al reemplazar al antiguo SEDOC, vino a modificar la segunda parte del Reglamento 1612/68 entonces en vigor.

informar y asesorar a los trabajadores interesados en la movilidad sobre las posibilidades de encontrar empleo, y ayudar a los empresarios que desean contratar trabajadores de otros países.

EURES es por lo tanto una red europea de servicios para la búsqueda de empleo que facilita la movilidad y colocación de los trabajadores. La red opera con un equipo de euro-consultores, que se integran en los Servicios Públicos de Empleo de los distintos Estados miembros. Serían estos los que vendrían a gestionar las ofertas comunitarias e informan a los trabajadores sobre la posibilidad de trabajar en otros países europeos. En concreto, informan sobre las siguientes cuestiones: a) ofertas de empleo en Europa; b) legislación social y fiscal; c) educación y cuidados de la salud; d) posibilidades de formación; e) reconocimiento de cualificaciones; f) coste de vida y de alojamiento; y g) direcciones útiles para informaciones más especializadas. En consecuencia, la red opera con dos bases de datos: una sobre ofertas de empleo, y otra sobre legislación laboral y condiciones de trabajo en los distintos Estados miembros. A la red EURES no llegan todas las ofertas de empleo, sino tan sólo aquellas que se consideran “de vocación comunitaria”, que pueden resultar lo suficientemente interesantes como para justificar la emigración del trabajador. Se trata por lo general de ofertas de trabajos de cualificación media-alta. Las estadísticas oficiales emitidas por la Comisión dan una idea de su importancia, si bien los análisis hechos por esta institución comunitaria no son del todo optimistas⁴¹⁶.

El Parlamento Europeo por su parte se ha tomado en serio la iniciativa EURES. El 24 de febrero de 2015 debatieron propuestas para mejorar la red EURES. La votación del pleno se celebró al día siguiente 25 y fue favorable. Dicha votación debe ser la consecución de un Reglamento, el cual está aun está pendiente de

⁴¹⁶ En EURES hay más de un millón de ofertas de empleo, 235.000 currículum vitae y alrededor de 6.000 empresas, sin embargo ello dista mucho de ser suficiente y se considera que no es sólo una cuestión propia de las TIC. La movilidad laboral en el interior de la Unión Europea es relativamente baja. La movilidad anual dentro los veintisiete países que formaban parte de la UE hasta la adhesión de Croacia se sitúa en el 0,29 por ciento; mientras que entre los ocho Estados de Australia asciende al 1,5 por ciento; y al 2,4 por ciento entre los cincuenta Estados de Estados Unidos, según datos de marzo de 2012 de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE). Sólo alrededor de 7,5 millones de personas de la mano de obra europea, el 3,1 por ciento del total de 241 millones de personas, es activa económicamente en otro país de la UE. Las principales razones que explican tan baja movilidad son la falta de conocimiento de idiomas y las dificultades para encontrar un trabajo. El objetivo del nuevo reglamento en elaboración es restablecer y mejorar la red EURES para crear el conjunto más amplio posible a escala europea de vacantes de trabajo y de currículos; mejorar la conexión entre la oferta y la demanda de empleo; mejorar el intercambio de información entre los Estados de la UE sobre carencias y excedentes de mano de obra; e incorporar también las prácticas y la formación profesional.

aprobación juntamente con el Consejo, y ello sin dejar de considerar que la política laboral y todas las medidas de apoyo relacionadas siguen siendo una competencia de los Estados⁴¹⁷.

La red EURES se complementa con otras iniciativas como la Red de Servicios Públicos de Empleo (RESPE) de la UE, agrupa a responsables (altos cargos) de esta área en los 28 Estados miembros y a la Comisión. Su función es ayudar a los Gobiernos a coordinar mejor sus políticas y acciones contra el desempleo.

3.2.- El Acuerdo Marco Europeo sobre el Teletrabajo

A nadie escapa que todo el entramado normativo relacionado con la libre circulación de trabajadores puede ponerse en entredicho si no se toman iniciativas europeas más comprometidas, la cual ya ha sido objeto de alguna significativa aportación a cargo de la doctrina más especializada⁴¹⁸. En efecto, mientras persista dicha ausencia de normas comunes que confirmen un completo e independiente interés TIC aplicativo a las cuestiones laborales y de ejercicio de derechos colectivos, tendremos tan sólo soluciones dispares a nivel nacional, con el consiguiente riesgo de dispersión y de desigualdad efectiva entre trabajadores de la Unión Europea que, tal como hemos visto más arriba, tienen los mismos derechos. Quizás los países menos garantistas en cuanto a la variante TIC de los derechos colectivos de los trabajadores y del diálogo entre los interlocutores sociales ganen con ellos una impropia ventaja competitiva a corto plazo; pero las nuevas tecnologías siempre dictan su ley inexorable, de manera que aquellos que apuesten por la implantación de las TIC en todos sus modos empresariales, incluidas las materias abordadas en el presente trabajo de investigación, acabarán triunfando, o cuando menos, tendrán unos cauces permanentes de interconexión en sus procesos de diálogo-conflicto. Asimismo, una sensibilidad en el uso de las TIC en el ejercicio de derechos colectivos determinará una mejor articulación de los derechos sociales, posibilitando frentes unificados de actuación, a la par que se mitigan ciertos riesgos de

⁴¹⁷ Tal como se aprecia en la correspondiente Nota de Prensa del Parlamento Europeo de 22 de junio de 2015, el resultado de la votación fue muy abultado a favor de consolidar EURES en un Reglamento (576 votos a favor, 56 en contra y 21 abstenciones).

⁴¹⁸ Vid. AA. VV. (THIBAUT ARANDA, J., JURADO SEGOVIA, A.): "Algunas consideraciones en torno al Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo", *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, Sevilla 2003, Núm. 72, págs. 35-67. En el mismo sentido, SIERRA BENÍTEZ, E. M.: *El contenido de la relación laboral en el teletrabajo...* Op. cit, pág. 48.

dispersión⁴¹⁹. La doctrina recalca que a nivel normativo europeo han aparecido diversas iniciativas pensadas exclusivamente para el teletrabajo. Las mismas han contribuido más a la promoción del teletrabajo como fenómeno en las relaciones laborales que a su regulación⁴²⁰.

Quizá movidos por dicha sensibilidad, y en ausencia de mayores compromisos por las instituciones comunes de la Unión Europea, los interlocutores sociales han tomado ellos mismos quizás también de forma puntual y esporádica alguna iniciativa, como la representada por el Acuerdo Marco sobre el Teletrabajo en el ámbito europeo, suscrito el 16 de julio de 2002 por la CES, la UNICE-UEAPME y la CEEP⁴²¹. Este acuerdo ha venido a contribuir directamente a la estrategia definida en el Consejo Europeo de Lisboa y al paso a una economía y una sociedad basadas en el conocimiento, con arreglo a los objetivos establecidos en Lisboa. La muestra analizada se enmarca en la intención de la Unión Europea de trasladar partes sustanciales de las competencias el campo social a otros sujetos no institucionales, los interlocutores sociales a nivel europeo, a los que se atribuye la responsabilidad de elaborar, a través de procedimientos negociadores, las normas de armonización que las instituciones comunitarias no son capaces de aprobar. Se trata de la negociación colectiva a nivel de europeo, la cual ha llegado a producir un número significativo de acuerdos europeos, que cumplen la misma función de las Directivas laborales. Esta negociación colectiva europea es, por otra parte, una manifestación más de un fenómeno más amplio, el llamado “diálogo social europeo”⁴²².

⁴¹⁹ Recordemos el valor sustancial que tuvo el recurso al Acuerdo Europeo en la la sentencia de la Sala IV del Tribunal Supremo, de 11 de abril del 2005, RJ 2005/62273 que, tal como vimos al abordar la cuestión del teletrabajo en España, estimó que la implantación de un sistema de trabajo a domicilio (en este caso de teletrabajo), pasando el trabajador a desarrollar parte de su actividad en su domicilio, en lugar de las oficinas de la empresa, exige la aceptación voluntaria del trabajador, no pudiendo establecerse por acuerdo o convenio colectivo, ni tampoco por modificación de las condiciones de trabajo.

⁴²⁰ Vid. en este sentido SIERRA BENÍTEZ, E. M.: *El contenido de la relación laboral en el teletrabajo...* Op. cit, pág. 32, haciendo cita al respecto de AA. VV. (THIBAUT ARANDA, J., PEREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.): *El teletrabajo en España: perspectiva jurídico-laboral...* Op. cit, 113.

⁴²¹ Como antecedentes cabe citar el Acuerdo Marco sobre el teletrabajo en el sector de las telecomunicaciones de 7 de febrero de 2001 y el Acuerdo en materia de teletrabajo del sector del comercio de 26 de abril de 2001, celebrado entre *Eurocommerce* y *Uni-Europa Commerce*. La finalidad de ambos acuerdos era conseguir que los agentes sociales de cada Estado incorporasen sus líneas generales a través de la negociación colectiva nacional.

⁴²² El diálogo social europeo es un elemento único del modelo social europeo, que engloba los debates, las consultas, las negociaciones y las acciones comunes emprendidas por las organizaciones representativas de los interlocutores sociales (empresarios y trabajadores). Desde el punto de vista histórico, el diálogo social intersectorial se divide en tres etapas: La primera etapa abarca el periodo 1985-1991. Gracias a la puesta en marcha de un diálogo social bipartito por iniciativa del presidente de la Comisión de la época, Jacques Delors, el diálogo social pudo

comenzar su andadura. Las actividades bipartitas dieron lugar a la adopción de resoluciones, declaraciones y dictámenes comunes, sin carácter vinculante. La segunda etapa se caracteriza por la firma de un acuerdo entre los interlocutores sociales el 31 de octubre de 1991. Dicho acuerdo se integró a continuación en el protocolo sobre la política social, a su vez anejo al Tratado de Maastricht. Durante esa segunda etapa, se podía dotar de efectos jurídicos a los convenios negociados por los interlocutores sociales europeos en virtud de una decisión del Consejo con objeto de su transposición en las legislaciones de los Estados miembros. El acuerdo se integró también en el Tratado de Ámsterdam (artículos 138 y 139), y dio lugar al establecimiento de tres convenios sobre el permiso parental en 1995, sobre el trabajo a tiempo parcial en 1997 y sobre los contratos de duración determinada en 1999. La tercera etapa se inauguró en la cumbre de Laeken en diciembre de 2001, cuando los interlocutores sociales intersectoriales presentaron una "contribución común" a la cumbre. Esta etapa se caracteriza por el incremento de la independencia y la autonomía del diálogo social europeo. Las bases de esta nueva era se consolidaron el año siguiente, con la adopción por parte de los interlocutores sociales de su primer programa de trabajo plurianual conjunto para 2003-2005.

La Comisión ha venido prestando su apoyo y su ayuda durante todo el proceso, de acuerdo con el papel que le confiere el artículo 138 del Tratado CE. En 2002, la Comisión presentó una Comunicación sobre el "diálogo social europeo, fuerza de modernización y cambio", que destaca la importancia del diálogo social bipartito y tripartito a nivel comunitario. El objetivo de esta comunicación consiste en superar el doble reto, por una parte, de la realización del programa de reformas económicas y sociales decidido en Lisboa y, por otra, de la ampliación de la Unión Europea. La comunicación se basa en el informe del grupo de alto nivel sobre las relaciones laborales y las transformaciones y en la contribución conjunta de los interlocutores sociales al Consejo Europeo de Laeken, que expone su intención de proceder a una refundación del diálogo social. Más recientemente, la Comisión ha presentado una comunicación sobre la contribución del diálogo social europeo en una Europa ampliada. El diálogo social comunitario reviste dos grandes formas. La primera, mediante un diálogo bipartito entre las organizaciones patronales y sindicales europeas, y la segunda, a través de un diálogo tripartito entre los empresarios, los trabajadores (interlocutores sociales) y los poderes públicos.

El diálogo social bipartito ha cobrado una gran importancia en la segunda mitad de los años noventa. En esta fase, los interlocutores sociales firmaron el primer texto de una nueva generación de iniciativas "autónomas". El primer ejemplo de acuerdo conseguido por los interlocutores sociales intersectoriales mediante un método abierto de coordinación adaptado a ellos es el marco de acción para el desarrollo permanente de las capacidades y las cualificaciones, el 14 de marzo de 2002. La introducción del marco de acción en los distintos contextos nacionales ha estimulado los debates entre los interlocutores sociales sobre el desarrollo de las capacidades y las cualificaciones. A escala comunitaria, el marco de acción también ha influido sobre los trabajos de diversos comités del diálogo social sectorial. El segundo ejemplo de acuerdo de los interlocutores sociales intersectoriales es el acuerdo marco sobre teletrabajo en 2002. A diferencia de los acuerdos anteriores, que se aplicaron a través de Directivas, el acuerdo sobre teletrabajo es "autónomo", es decir que se aplica mediante el artículo 139, apartado 2, "según los procedimientos y prácticas propios de los interlocutores sociales y de los Estados miembros". Por último, el 28 de noviembre de 2002 se celebró en Genva (Bélgica) una Cumbre europea sobre el diálogo social. Las organizaciones sociales intersectoriales (UNICE/UEAPME, el CEEP y la CES) están representadas por sus presidentes y secretarios generales. El programa de trabajo significa que el diálogo social bipartito tendrá a partir de ahora una mayor autonomía. Este programa se centra en los temas del empleo, la movilidad y la ampliación, y versa sobre diversos ámbitos que presentan un interés común para los interlocutores sociales.

Por lo que concierne a la concertación social tripartita europea, la creación de la Cumbre Social Tripartita mediante la Decisión 2003/174/CE del Consejo constituyó una etapa política importante, ya que inscribe la concertación tripartita a escala europea en un nuevo marco. Actualmente, la concertación tripartita se desarrolla en cuatro ámbitos: el diálogo macroeconómico, el empleo, la protección social y la educación y la formación. Cada uno de ellos se subdivide en un nivel técnico y un nivel político. En varios ámbitos, la consulta tripartita se hace a través de comités consultivos intersectoriales. La misión de esos comités consultivos es asesorar a la Comisión formulando dictámenes sobre la elaboración de políticas específicas y contribuyendo a su aplicación. Hay seis comités y actúan en los ámbitos siguientes: igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, salud y seguridad en el trabajo, formación profesional, libre circulación de trabajadores, Fondo Social Europeo y seguridad social de los trabajadores migrantes.

Por último, en referencia a los actores del diálogo social intersectorial, los trabajadores están representados por tres integrantes. El primero es la CES (Confederación Europea de Sindicatos) que federa actualmente a 78 organizaciones afiliadas en 35 países de Europa y a 11 federaciones sindicales europeas, lo que equivale a más de 60 millones de miembros, el segundo es Eurocadres

En el curso del cualquier diálogo entre partes sociales con trascendencia Europa, las partes sociales pueden comunicar a la Comisión su voluntad de regular la materia a través de un convenio colectivo a escala europea. Las partes sociales tienen así el poder de suspender la acción comunitaria proyectada para hacer su contenido fruto de un acuerdo entre ambas. Sin embargo, se fija un plazo de nueve meses para tal negociación, de tal modo que transcurridos éstos la Comisión recobra la iniciativa sobre el tema. La posibilidad de prórroga de este plazo exige el común acuerdo de los interlocutores y la Comisión. Este procedimiento supone la sustitución de la normativa comunitaria por la contratación colectiva. Su regulación implica una cierta prioridad del acuerdo colectivo sobre la fuente heterónoma comunitaria, suponiendo una auténtica alteración del equilibrio de poderes normativos dentro de la Unión. En esta regulación se observa una nueva manifestación del principio de subsidiariedad de la actuación de las instituciones de la Unión Europea, típica del terreno de la política social, y que se desarrolla en relación con la actividad de los agentes sociales. Por lo que se refiere a la aplicación del acuerdo europeo que eventualmente llegue a firmarse, la misma puede proceder por dos vías: a través de los procedimientos y de las prácticas propias de los interlocutores sociales y de los Estados miembros, en primer lugar; pero también a través de una decisión del Consejo adoptada a propuesta de la Comisión. De esta manera puede existir un acuerdo entre los interlocutores sociales que se aplique mediante una Directiva del Consejo, que haga el acuerdo obligatorio para todos los Estados miembros. Así ha ocurrido con una mayoría de los acuerdos europeos, aunque en los últimos años la tendencia ha sido la de aplicarlos por los propios interlocutores sociales a nivel nacional.

Por lo que concierne a sus antecedentes fue hacia la segunda mitad de los años 90 cuando la Comisión Europea adoptó una serie de recomendaciones políticas sobre la dimensión social y del mercado de trabajo en la sociedad de la información. Dichas recomendaciones incluían el compromiso de fomentar el teletrabajo en Europa, así como de implantarlo en seno de la misma Comisión. En 1998, la

(Consejo de los Cuadros Europeos). Y el tercero es la FERPA (Federación Europea de Jubilados y Personas Mayores).

En cuanto a los empresarios europeos, están representados por tres organizaciones diferentes. La primera es la UNICE (Unión de industrias de la Comunidad Europea), que reúne a las organizaciones patronales de 27 países europeos y representa los intereses de los medios económicos e industriales frente a las instituciones europeas. En segundo lugar está la UEAPME (Unión Europea de la artesanía y las pequeñas y medianas empresas) participa en el diálogo social europeo como consecuencia de un acuerdo de cooperación firmado en 1998 en calidad de miembro de la delegación de la UNICE y representa a las pequeñas y medianas empresas. Y la tercera es el CEEP (Centro Europeo de la Empresa Pública) que se encarga de las actividades de las empresas públicas.

Dirección General de Empleo, Asuntos Sociales e Igualdad de Oportunidades y la Dirección General de la Sociedad de la Información lanzaron un proyecto piloto. Dicho proyecto comprendía tres formas de teletrabajo a tiempo parcial en la Comisión: el teletrabajo que alterna entre la oficina normal y un despacho-domicilio, el teletrabajo móvil durante misiones oficiales, y el trabajo puntual en otro edificio de la Comisión. La promoción de posibilidades del teletrabajo vino siendo desde entonces un elemento de las propuestas de la Comisión para una estrategia de empleo en la sociedad de la información. Estas iniciativas cristalizaron en el proyecto DIPLOMAT, auspiciado desde la Comisión. El teletrabajo quedó definido como una manera de trabajar utilizando las TIC, en donde el trabajo se realiza con independencia de la localización, particularmente en una localización diferente del sitio tradicional de trabajo⁴²³. En efecto, los citados expertos entendían el teletrabajo como “un nuevo modo de organización y gestión del trabajo, que tiene el potencial de contribuir sustancialmente a la mejora de la calidad de vida, que origina prácticas de trabajo sostenibles y permite la igualdad de participación por parte de los ciudadanos de todos los niveles, siendo dicha actividad un componente clave de la Sociedad de la Información, que puede afectar y beneficiar a una amplia gama de actividades económicas, grandes organizaciones, pequeñas y medianas empresas, microempresas, y autoempleados, así como a la operativa y prestación de servicios públicos y la afectividad del proceso político”⁴²⁴, factores estos que por otra parte han llegado a conmover la sensibilidad de la Unión Europea, al menos en la consideración del teletrabajo como factor de integración laboral de los minusválidos⁴²⁵.

⁴²³ Proyecto DIPLOMAT, Dirección General XIII de la Unión Europea. Dirección General XIII de la Unión Europea bajo el proyecto DIPLOMAT, que tuvo por objeto la confección de unas “Directrices para el desarrollo del teletrabajo en Europa”, Oficina de Publicaciones de la Unión Europea OPOCE, Bruselas, 5 de octubre de 1999.

⁴²⁴ Asimismo en Proyecto DIPLOMAT, Ibid. Las estadísticas oficiales de la Unión Europea de la época constataban al teletrabajo como un fenómeno laboral en alza. Efectivamente, serían entonces unos 10 millones de europeos “teletrabajan” según el *Status Report on European Telework* de la Comisión Europea, lo que viene a representar el 6% del total de la fuerza de trabajo. Al comparar el número de teletrabajadores entre los diferentes Estados Miembro de la Unión Europea resultaba que mientras que Alemania y Reino Unido iban a la cabeza, con más de 2 millones de teletrabajadores, Irlanda era el país con menor implantación (61.000), seguido de Dinamarca (280.000), Finlandia (355.000). En cuanto a España sólo se detectaban unos 357.000 teletrabajadores registrados.

⁴²⁵ Aspectos que no se pasan por alto desde las instancias más concernidas, como la propia Unión Europea, que en sus sucesivos programas de integración laboral de los minusválidos apuntan la utilidad del teletrabajo, pero siempre entendido como un elemento que no contribuya a empeorar, en vez de mejorar, la integración social de aquellos. Para una visión general de todas las variables en juego recomendamos la lectura de RODRIGUEZ MARTIN, J. A. y DELGADO ALAMINOS, J.: “La atención a la integración laboral de las personas discapacitadas en la Unión Europea”, *Revista de Fomento Social, ETEA*, Córdoba, 2009, Núm. 64, págs. 103- 130.

Desde entonces, la consideración al teletrabajo como íntimamente relacionado con la globalización de las relaciones laborales no ha hecho sino crecer exponencialmente. En tal orden de cosas, la Comisión ha venido apoyando a los interlocutores sociales con el objeto de establecer condiciones marco y disposiciones prácticas para poder introducir a gran escala el teletrabajo. Sin embargo, dichas intenciones de la Comisión jamás se materializaron en una propuesta concreta de acto normativo para ser sometido al habitual proceso de toma de decisiones a cargo de las restantes instituciones de la Unión Europea dotadas de poder normativo. Queriendo solventar este vacío de la autonomía colectiva a nivel europeo, y desempeñado por sus estructuras sociales más representativas a nivel continental, es como surge la iniciativa del Acuerdo Marco sobre el teletrabajo la referida iniciativa, la cual no sólo se define ampliamente el teletrabajo⁴²⁶, sino que además recoge las condiciones mínimas en que el mismo debe desarrollarse. Introduce también una cuestión especialmente novedosa, como es la referencia expresa a la garantía de privacidad: “El empleador respetará la privacidad del teletrabajador. Si fuese instalado cualquier tipo de sistema de control, éste deberá ser proporcionado a su finalidad y presentado de acuerdo con la Directiva 90/270 sobre pantallas de visualización”. Ello implica el establecimiento de medidas de control y protección de los datos, de las que se responsabiliza tanto al teletrabajador como al empresario.

En el sentir de los propios protagonistas (la Confederación Europea de Sindicatos (CES), la Unión de Confederaciones de la Industria y de Empresarios de Europa (UNICE) / la Unión Europea del Artesanado y de la Pequeña y Mediana Empresa (UNICE/UEAPME) y el Centro Europeo de la Empresa Pública o CEEP), el Acuerdo Marco sobre Teletrabajo de 16 de julio de 2002 tiene el fin primordial de dar más seguridad a los teletrabajadores por cuenta ajena en la Unión Europea. Este acuerdo es especialmente importante, ya que se trata del primer acuerdo europeo entre interlocutores sociales. Dicho Acuerdo preveía un sistema de aplicación y seguimiento, en virtud del cual el mismo se aplicaría en los tres años siguientes a

⁴²⁶ Tal y como se señala en el Acuerdo Marco: “El teletrabajo cubre un amplio espectro de circunstancias y prácticas en rápida evolución. Por esta razón, los interlocutores sociales han elegido una definición de teletrabajo que permite incluir varias modalidades de teletrabajo habitual”. En añadidura a lo anterior, recálquese que ya desde el apartado 2 del Acuerdo Marco se establece que “El teletrabajo es una forma de organización y ejecución del trabajo, que utiliza la tecnología de la información, en el contexto de un trabajo o relación de trabajo, donde el trabajo, que también podría ser ejecutado en el local del empresario, es realizado fuera de esta local conforme a unos términos acordados. Este acuerdo se refiere a los trabajadores. Un teletrabajador es cualquier persona que realiza el teletrabajo tal y como ha sido definido en el párrafo anterior”. En relación al mismo, SERRANO GARCIA, J. M.: “Tratamiento del teletrabajo en el Acuerdo Marco Europeo de 16 de julio de 2002”, *Revista de Relaciones Laborales*, Madrid, 2002, Págs. 17 y sigs.

partir de la fecha en que lo firmasen los miembros de UNICE/UEAPME, el CEEP y el CES (y del Comité de enlace EUROCADRES/CEC (apartado cuarto del Acuerdo). Por añadidura, las organizaciones miembros informarían sobre la aplicación de dicho Acuerdo a un grupo *ad hoc* creado por las partes signatarias bajo la responsabilidad del Comité de diálogo social. En los cuatro años siguientes a partir de la fecha de firma de dicho acuerdo, el grupo *ad hoc* elaboraría un informe conjunto sobre las acciones de aplicación adoptadas. Si una de las partes lo solicitase, las partes signatarias analizarían el acuerdo cinco años después de la firma. Debe decirse que no trascienden públicamente reseñas de interés acerca de todos los procedimientos acabados de describir bajo la forma de iniciativas concretas.

El objeto del Acuerdo en el sentir de sus signatarios se identificaba con elaborar un marco general a escala europea para las condiciones laborales de los teletrabajadores, y compaginar las necesidades de flexibilidad y seguridad comunes a los empresarios y los trabajadores. El Acuerdo vendría pues a otorgar a estos últimos la misma protección global que a los trabajadores que ejercen sus actividades en los locales de la empresa.

En apartado primero del Acuerdo definía el teletrabajo como “una forma de organización y/o de realización del trabajo utilizando las TIC, en el marco de un contrato o de una relación laboral, en la que un trabajo, que también habría podido realizarse en los locales del empresario, se ejecuta habitualmente fuera de esos locales”. Habida cuenta de que el teletrabajo cubre una amplia gama de situaciones, los interlocutores sociales han elegido esa definición, que permite abarcar distintas formas de trabajo regular. En el Acuerdo se resaltan varios ámbitos clave en los que es preciso tener en cuenta las peculiaridades del teletrabajo:

- a) La voluntariedad del teletrabajo (apartado 3º): El teletrabajo es voluntario para el trabajador y el empresario de que se trate. El teletrabajo puede formar parte de la descripción inicial del trabajador o es posible aceptarlo voluntariamente después. En ambos casos, y con arreglo a la Directiva 91/533 (y que abordaremos en su epígrafe correspondiente), el empresario deberá facilitar al teletrabajador la información escrita pertinente.
- b) Las condiciones de empleo (apartado 4º): Los teletrabajadores tienen los mismos derechos que los trabajadores similares que realizan su tarea en los locales de la empresa. Esos derechos deben estar garantizados por la legislación y los convenios colectivos aplicables. Podrían ser necesarios acuerdos específicos para tener en cuenta las peculiaridades del teletrabajo.

- c) La protección de los datos (apartado 5º): Corresponde al empresario adoptar las medidas necesarias para garantizar la protección de los datos utilizados y procesados por el teletrabajador para fines profesionales. El empresario informará al teletrabajador de toda restricción en lo que respecta a la utilización de los equipos y a las sanciones en caso de incumplimiento. Como ya hemos apuntado, y de ellos nos ocuparemos en el curso del presente Capítulo, la materia de la protección de datos, representada a nivel europeo sobre todo por la Directiva 95/46, desempeña un rol esencial en el desarrollo de las TIC en el marco de las relaciones entre los agentes sociales y en el ejercicio de los derechos colectivos de los trabajadores, con independencia o no de su condición de teletrabajadores.
- d) El ámbito de la vida privada (apartado 6º): En conexión íntima con el apartado anterior, el empresario debe respetar la vida privada del teletrabajador. Si existe un medio de vigilancia, deberá ser proporcionado y no invasivo de la intimidad del teletrabajador.
- e) Los equipos para la actividad (apartado 7º): Por lo general, el empresario deberá facilitar, instalar y encargarse del mantenimiento de los equipos necesarios para el teletrabajo regular, salvo si el teletrabajador utiliza su propio equipo. El empresario ha de hacerse cargo, con arreglo a la legislación nacional y a los convenios colectivos, de los costes derivados de la pérdida o el deterioro de los equipos y de los datos utilizados por el teletrabajador. Es esta una consecuencia más derivada de la Directiva 90/270, precitada.
- f) La salud y la seguridad (apartado 8º): Se considera al empresario como responsable de la salud y la seguridad profesional del teletrabajador, ello con arreglo a la Directiva 89/391 de Seguridad e Higiene en el trabajo y demás Directivas específicas, como es el caso de la relativa a pantallas de visualización⁴²⁷, las legislaciones nacionales y los convenios colectivos pertinentes. Para comprobar la correcta aplicación de las disposiciones aplicables en materia de salud y seguridad, el empresario, los representantes de los trabajadores y las autoridades competentes tendrán acceso al lugar del teletrabajo, dentro de los límites establecidos en las legislaciones y los convenios colectivos nacionales. Si el teletrabajador realiza su tarea en su domicilio, para poder acceder al mismo serán necesarias una notificación

⁴²⁷ Directiva 90/270 del Consejo, de 29 de mayo de 1990, referente a las disposiciones mínimas de seguridad y de salud relativas al trabajo con equipos que incluyen pantallas de visualización (quinta Directiva específica con arreglo al apartado 1 del artículo 16 de la Directiva 89/391).

previa y el acuerdo del teletrabajador. El teletrabajador podrá solicitar una visita de inspección. Ello no se sino expresión de la creciente labor normativa de la Unión Europea en materia de protección de la seguridad y salud en el trabajo⁴²⁸. Entre toda la producción normativa desarrollada por la Unión Europea destaca especialmente, por su carácter básico y vertebrador, la Directiva 89/391, de 12 de junio de 1989 relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo⁴²⁹, entre las cuales hay no pocas implicaciones en la faceta de

⁴²⁸ En efecto, la misma constituye una de las áreas principales de la armonización laboral de la Unión Europea, en la que un mayor número de Directivas se ha aprobado y en la que un mayor avance se ha conseguido en cuanto a los contenidos y calidad, y en las cuales los aspectos derivados de las TIC, en la evitación precisamente de nuevas afecciones y patologías derivadas de su creciente uso por parte de los trabajadores, ha ido creciendo de un modo abrumador co el paso de los años. Debe decirse sin ambages que aquí el Derecho Europeo ha servido de motor para hacer avanzar y mejorar las legislaciones nacionales de los Estados miembros. En este campo la amplitud de la intervención comunitaria ha obligado a establecer un sistema organizado de producción de normas. En el año 1989 se aprobó una Directiva, la 89/391, de carácter general que es conocida como "Directiva-marco". Esta norma preveía la aprobación de otras sobre aspectos concretos de la prevención, a las que se denominan "Directivas específicas". Aunque todas ellas tienen el mismo nivel, la Directiva marco y las Directivas específicas, en la práctica siguen el sistema tradicional en los Derechos nacionales de norma básica-norma de desarrollo. El alcance de la armonización en este campo se explica, además de por la propia importancia de los intereses de los trabajadores afectados, por haberse dispuesto desde muy pronto de una base competencial propia en el Tratado de Roma, que además facilitaba la aprobación de Directivas en este campo.

⁴²⁹ DOUE Núm. L 183 de 29.6.1989. La necesidad de comunicación e información está latente en todo este cuerpo normativo. Así leemos en su Considerando Núm. 11 que "para garantizar un mayor grado de protección, es necesario que los trabajadores y sus representantes estén informados", o en el Núm. 12, al indicar que "es necesario desarrollar la información, el diálogo y la participación equilibrada en materia de seguridad y de salud en el trabajo entre los empresarios y los trabajadores y/ o sus representantes por medio de procedimientos e instrumentos adecuados, de conformidad con las legislaciones y/ o los usos nacionales". Ya en el su articulado (artículo 1.2) leemos que "la presente Directiva incluye principios generales relativos a la prevención de los riesgos profesionales y la protección de la seguridad y de la salud, la eliminación de los factores de riesgo y accidente, la información, la consulta, la participación equilibrada de conformidad con las legislaciones". Vincular información a usos de empresa resulta ser extremadamente importante. Desde luego, el empleo de las TIC se ha abierto en todo este tiempo un marcado carácter de uso de empresa, especialmente en aquellas con mayor propensión o contacto a las variables TIC. Dígase que con la reforma de los tratados fundacionales operada por el Acta Única Europea de 1986, se introdujo un nuevo artículo 118A que establecía la regla de la mayoría cualificada para la aprobación de normas de la Unión Europea en determinadas materias laborales, fundamentalmente en todo lo relativo a la seguridad y la salud de los trabajadores. La eficacia de esta reforma operada por el Acta Única Europea se constató de un modo inmediato al iniciarse una vigorosa política comunitaria en materia de salud laboral, basada en el mencionado precepto (ya alterado tras los sucesivos procesos de reforma de los Tratados abiertos desde Maastricht hacia adelante) y facilitada por la regla de la mayoría; esta política se estructuró sobre la Directiva Marco 89/391, relativa a la aplicación de las medidas dirigidas a promover la mejora de la seguridad y la salud de los trabajadores en el lugar de trabajo, que sirvió de fundamento y orientación para numerosas Directivas específicas posteriores. Con relación a esta base legal, y con el empuje definitivo que supuso la aprobación de la Directiva 89/391 se han venido adoptando innumerables Directivas de carácter sectorial, entre las que destacan, por su eventual implicación en los procesos propios de las TIC que envuelven a las partes sociales, las siguientes:

- Directiva 89/654/CEE del Consejo, de 30 de noviembre de 1989, relativa a las disposiciones mínimas de seguridad y de salud en los lugares de trabajo (primera Directiva específica con arreglo al apartado 1 del artículo 16 de la Directiva 89/391/CEE), y muy particularmente en el caso del teletrabajo, a fin de evitar que con el mismo se

comunicación e interrelación entre los interlocutores sociales. Ello se pone más manifiestamente en significancia en el caso del teletrabajo, al tener por sí mismo una irrenunciable y consustancial dimensión TIC⁴³⁰.

- g) La organización del trabajo (apartado 9^o): En el marco de la legislación, de los convenios colectivos y de las normas laborales aplicables, corresponde al teletrabajador gestionar la organización de su tiempo de trabajo. La carga de trabajo y los criterios de resultados del teletrabajador son equivalentes a los de los trabajadores similares que realizan su tarea en los locales del empresario.
- h) La formación de los teletrabajadores (apartado 10^o): Los teletrabajadores tienen el mismo acceso a la formación y a las posibilidades de carrera profesional que trabajadores similares que realizan su tarea en los locales del empresario, y están sujetos a las mismas políticas de evaluación que los

diluyan las condiciones particularmente entendidas como de aplicación en los centros de trabajo *standard*.

- Directiva 91/383/CEE del Consejo, de 25 de junio de 1991, por la que se completan las medidas tendentes a promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de los trabajadores con una relación laboral de duración determinada o de empresas de trabajo temporal, dado que el teletrabajo por ejemplo es un núcleo esencial de proliferación de estas formas de contratación laboral.
- Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia (décima Directiva específica con arreglo al apartado 1 del artículo 16 de la Directiva 89/391/CEE), precisamente por la dificultad que supone verificar tales extremos en una relación laboral a distancia.
- Directiva 93/104 del Consejo de 23 de noviembre de 1993, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo aunque regula aspectos principalmente de salud del trabajador, dado que el teletrabajo, si no se toman medidas de esta especie, puede de hecho dar lugar a enormes desórdenes en la ordenación de la actividad laboral.
- Directiva 94/33/CE del Consejo, de 22 de junio de 1994, relativa a la protección de los jóvenes en el trabajo, en la misma línea antes vista para el caso de las mujeres embarazadas y lactantes, y enlazando con toda la tradición más añeja propia de las primeras normativas históricas de regulación de condiciones de trabajo para grupos de trabajadores especialmente sensibles en base a su condición o situación personal.
- Directiva 2006/15/CE de la Comisión, de 7 de febrero de 2006, por la que se establece una segunda lista de valores límite de exposición profesional indicativos en aplicación de la Directiva 98/24/CE del Consejo y por la que se modifican las Directivas 91/322/CEE y 2000/39/CE.

⁴³⁰ En efecto, la doctrina resalta que la Directiva 89/391 opta por “hundir sus raíces en los órganos de representación común”, Vid. ESCUDERO RODRÍGUEZ, R.: “Las relaciones subjetivas y competenciales entre los representantes de los trabajadores, generales y especializados, con competencias en materia preventiva”, *Temas Laborales*, Núm. 50, Núm. 49-88, 1999, concretamente pág. 56, al tiempo que al tiempo que preservó la competencia de los representantes legales de los trabajadores, tanto unitarios como sindicales, en materia de salud y seguridad laboral. Dicha fórmula se justificaría en la necesidad de minimizar las dificultades de coordinación entre las diversas representaciones presentes en la empresa, lo cual se habría visto complementado de un empleo de cauces de comunicación privilegiada entre ambas partes sociales, no que obviamente sugiere sin duda alguna el empleo de todas las formas que permiten las TIC. En tal línea sugerida Vid. ROMERAL HERNÁNDEZ, J.: “Consulta y participación de los trabajadores” en SEMPERE NAVARRO, A. (ed.): *Comentarios a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales*, Aranzadi, Pamplona, 2010, pág. 689.

demás trabajadores. En consecuencia, los teletrabajadores recibirán una formación apropiada, centrada en los equipos técnicos puestos a su disposición y en las características de esa forma de organización del trabajo.

- i) Los derechos colectivos de los teletrabajadores (apartado 11º): Los teletrabajadores tienen los mismos derechos colectivos que los trabajadores que realizan su tarea en los locales de la empresa, de modo que no deberá obstaculizarse la comunicación con los representantes de los trabajadores.

Más interesante si cabe desde la perspectiva de nuestra investigación es sin embargo que el Acuerdo Marco sobre el Teletrabajo propugne el deber del empresario para adoptar las medidas necesarias que resulten para asegurar la transmisión de información a los trabajadores a distancia por parte de sus representantes⁴³¹. El Acuerdo entroniza pues sin cortapisa el empleo de las TIC como elemento de interrelación entre los agentes sociales y como vehículo de comunicación esencial para el ejercicio efectivo de los derechos colectivos, esta vez de los teletrabajadores. Si son trabajadores en sus domicilios es lógico también que sea desde sus domicilios como ejerzan sus derechos sindicales.

4.- TIC y normativa social de la Unión Europea

Conviene inicialmente considerar diversas Directivas en las cuales, pese a no contener elementos característicamente propios al uso de las TIC en los procesos de comunicación e interrelación de los agentes sociales, ni en el ejercicio de los derechos colectivos, tales factores están presentes. Aunque algunas sean relativamente remotas en el tiempo y muy anteriores a la eclosión de las TIC en el marco de las relaciones humanas, sí pueden deparar una cierta base para que la componente TIC se produzca en los contextos de comunicación/conflicto entre los interlocutores sociales, cuando no inspirar en un futuro próximo a las instituciones de la Unión Europea, desde de las mismas propuestas de la Comisión. El resultado esperable sería la aprobación de directivas que integren los elementos de comunicación entre actores sociales y régimen de uso de las TIC, componentes

⁴³¹ Este deber de notificación específico se recoge en el punto octavo, tercer párrafo del Acuerdo, a cuyo tenor: "Para verificar la correcta aplicación de las normas en materia de salud y seguridad, el empresario, los representantes de los trabajadores y/o las autoridades competentes tienen acceso al lugar del teletrabajo, dentro de los límites de la legislación y de los convenios colectivos nacionales. Si el teletrabajador trabaja en el domicilio, este acceso está sometido a previa notificación y consentimiento previo. El teletrabajador está autorizado a pedir una visita de inspección".

ambos que hoy día se presentan separados, con vistas a su unificación y facilitar así al conjunto de las condiciones de trabajo y derechos de los trabajadores. Entretanto, dicha espera continúa también para que el Tribunal de Justicia emita algún tipo de pronunciamiento más ceñido a las inquietudes expresadas en el curso de nuestra investigación. La presente sección se estructura pues en dos apartados: Por un lado, estudiaremos los elementos de comunicación entre partes sociales que podrían ser inherentes a ciertas Directivas sobre condiciones generales de trabajo. Seguidamente, procederemos con aquellas Directivas que inciden propiamente en los derechos de información y comunicación en sí mismos. Las mismas alientan la conformación de las propias partes en cuanto a interlocutores sociales, con la indudable intención de que dichas estructuras, instituidas desde una concepción o génesis netamente, europea sean cauce de diálogo, o cuando menos, sienten la base para una normalización o formalización del conflicto social entre los interlocutores sociales así establecidos.

4.1.- Incidencia de las TIC en las Directivas sobre condiciones de trabajo

Semejantes iniciativas se erigen en el marco general de las condiciones de trabajo, siendo realmente muchas las Directivas de carácter horizontal que determinan el marco en el que se produce la interrelación en términos de diálogo/conflicto entre los interlocutores sociales y marcos para el desarrollo de los derechos de los trabajadores⁴³². Asimismo encontramos numerosas Directivas que detallan condiciones mínimas de trabajo en determinados sectores de actividad⁴³³. De entre

⁴³² Destacan por ejemplo dentro de este grupo algunas Directivas se refieren a temas relacionados con el tiempo de trabajo, como serían:

- Directiva 96/34/CE del Consejo de 3 de junio de 1996 relativa al Acuerdo marco sobre el permiso parental celebrado por la UNICE, el CEEP y la CES.
- Directiva 93/104 del Consejo de 23 de noviembre de 1993, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo.
- Directiva 2000/34/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de junio de 2000, por la que se modifica la Directiva 93/104/CE del Consejo relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, para incluir los sectores y las actividades excluidos de dicha Directiva.
- Directiva 2002/15 relativa a la ordenación del tiempo de trabajo de las personas que realizan actividades móviles de transporte por carretera.
- Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo.

⁴³³ Efectivamente, hallamos así un cierto número de Directivas relativas a las condiciones de trabajo en sectores concretos de actividad, sobre todo aquellos relacionados con el transporte. Esto se explica por la existencia de órganos de representación de intereses y de prácticas de negociación colectiva en estos sectores. A título de muestra merecen citarse:

- Directiva 1999/63/CE del Consejo, de 21 de junio de 1999, relativa al Acuerdo sobre la ordenación del tiempo de trabajo de la gente de mar suscrito por la Asociación de Armadores de la Comunidad Europea (ECSA) y la Federación de Sindicatos del Transporte de la Unión

unas y otras cabría seleccionar aquellas en las que *a priori* exista una propensión a cauces de diálogo interactivo entre los agentes sociales, y constatada dicha realidad, sopesar las posibilidades de que con relación a las mismas se articulen las TIC como cauce o mecanismo propiciatorio de dicho diálogo. A este respecto, son tres las muestras que a nuestro modesto entender resultan más relevantes: la Directiva 98/59 de 20 de julio de 1998 relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos⁴³⁴; la Directiva 2001/23/CE Consejo, de 12 de marzo de 2001, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados Miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspaso de empresas⁴³⁵; y la Directiva 2002/74/CE de 23 de septiembre de 2002 de modificación de la Directiva 80/987 del Consejo de 20 de octubre de 1980, sobre aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario⁴³⁶. Estas serían las que propiamente merecerían un primer análisis dentro del presente epígrafe.

Europea (FST) - Anexo: Acuerdo Europeo sobre la ordenación del tiempo de trabajo de la gente de mar.

- Directiva 1999/95/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 1999, sobre el cumplimiento de las disposiciones relativas al tiempo de trabajo de la gente de mar a bordo de buques que hagan escala en puertos de la Comunidad.
- Directiva 2000/79/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa a la aplicación del Acuerdo europeo sobre la ordenación del tiempo de trabajo del personal de vuelo en la aviación civil celebrado por la *Association of European Airlines* (AEA), la *European Transport Workers' Federation* (ETF), la *European Cockpit Association* (ECA), la *European Regions Airline Association* (ERA) y la *International Air Carrier Association* (IACA).
- Directiva 2001/25/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de abril de 2001, relativa al nivel mínimo de formación en las profesiones marítimas.
- Directiva 2002/15/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 2002, relativa a la ordenación del tiempo de trabajo de las personas que realizan actividades móviles de transporte por carretera.
- Directiva 2005/45/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de septiembre de 2005, sobre el reconocimiento mutuo de los títulos expedidos por los Estados miembros a la gente de mar y por la que se modifica la Directiva 2001/25/CE.
- Directiva 2005/47/CE del Consejo, de 18 de julio de 2005, relativa al acuerdo entre la Comunidad de Ferrocarriles Europeos (CER) y la Federación Europea de Trabajadores del Transporte (EFT) sobre determinados aspectos de las condiciones de trabajo de los trabajadores móviles que realizan servicios de interoperabilidad transfronteriza en el sector ferroviario.
- Directiva 2006/22/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2006, sobre las condiciones mínimas para la aplicación de los Reglamentos del Consejo (CEE) n.º 3820/85 y (CEE) n.º 3821/85 en lo que respecta a la legislación social relativa a las actividades de transporte por carretera y por la que se deroga la Directiva 88/599/CEE del Consejo.

⁴³⁴ DOUE Núm. L 225 de 12.8.1998.

⁴³⁵ DOUE Núm. L 82 de 22.3.2001.

⁴³⁶ DOUE Núm. L 270 de 8.10.2002, la cual deja sustanciales partes en vigor de la Directiva 80/987 a la que reforma. Con respecto a esta Directiva ahora abordada, en unión a la 2002/14, de la que nos ocuparemos en el sub-epígrafe siguiente, destacamos muy especialmente a GÓMEZ ABELLEIRA, F. J.: Una nueva modificación de la legislación laboral para transponer derecho

La Directiva 98/59 obliga a los empresarios a consultar a los representantes del personal en caso de despidos colectivos⁴³⁷. Especifica los puntos a que deben hacer referencia esas consultas y la información útil que debe proporcionar obligatoriamente el empresario durante las mismas. La Directiva se propone aproximar las legislaciones de los Estados miembros referentes a las modalidades y el procedimiento de despido colectivo, con objeto de reforzar la protección de los trabajadores en tal caso, pudiendo aquéllos aplicar o introducir disposiciones más favorables para los trabajadores (ello obviamente sin contar la incidencia que al respecto puedan desempeñar los convenios colectivos).

Esta Directiva, con ciertas exclusiones en cuanto a su aplicación⁴³⁸, es muy detallada en su vertiente informativa y de comunicación. El interés para la materia investigada emerge palmariamente en el sistema de consultas e información que la misma diseña⁴³⁹, a la par que fija el procedimiento de despido colectivo que debe

comunitario: la ley 38/2007 y las Directivas 2002/14/CE, sobre información y consulta de los trabajadores, y 2002/74/CE, sobre protección en caso de insolvencia empresarial, *Relaciones Laborales*, Madrid, 2008, Núm. I, págs. 981-1006.

⁴³⁷ Materia que ya fue de enorme interés desde los tiempos de la anterior normativa comunitaria a cargo de destacadas voces en la doctrina. En tal sentido Vid. AA.VV. (COLINA ROBLEDO, M.; RAMIREZ MARTINEZ, J. M. y SALA FRANCO, T.): *Derecho social...* Op. cit., Págs 303 y sigs; CRUZ VILLALON, J.: "La Directiva 75/129 sobre despidos colectivos y sus concordancias con la legislación española", *Noticias C.E.E.*, Valencia, 1988, Núm. 40, págs. 20 y sigs; DURAN LOPEZ, F.: "Normativa laboral de la C.E.E. en materia de despidos y de mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de transferencias de empresas", *Economía y Sociología del Trabajo*, Madrid, 1989, Núm. 4-5, págs. 11 y sigs.; LOPEZ LOPEZ, J.: "La aplicación de las Normas Comunitarias al ordenamiento laboral español; la Directiva de 17 de febrero de 1975 sobre despidos colectivos", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, Madrid, 1986, Núm. 27, págs. 10-42; MULAS GARCIA, A.: "Sobre la Directiva C.E.E. de 17 de febrero de 1975", *Documentación Laboral*, Madrid, 1984, Núm. 13, págs 32 y sigs.; RAMIREZ MARTINEZ, J. M.: "Extinción del contrato de trabajo por causas económicas y tecnológicas. Normas comunitarias y régimen especial", *Actualidad Laboral*, Madrid, 1987, Núm. 33, págs 22 y sigs.; RUIZ CASTILLO, M. M.: "La acomodación del ordenamiento español a las pautas del Derecho comunitario en materia de despidos colectivos", *Consecuencias laborales y sociales de la integración de España en la CE, V Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, Sevilla, 1987, págs 110 y sigs.

⁴³⁸ La Directiva no se aplica: a) a los despidos colectivos efectuados en el marco de contratos de trabajo celebrados por una duración o para una tarea determinadas, salvo si estos despidos tienen lugar antes de la finalización o del cumplimiento de dichos contratos; b) a los trabajadores de las administraciones públicas o de las instituciones de Derecho público; y c) a las tripulaciones de buques marítimos.

⁴³⁹ En relación a las consultas, cuando el empresario tenga la intención de efectuar despidos colectivos, deberá consultar a los representantes de los trabajadores con vistas a llegar a un acuerdo. Dichas consultas versarán como mínimo sobre las posibilidades de evitar o reducir los despidos y atenuar sus consecuencias, mediante el recurso a las medidas sociales de acompañamiento encaminadas, en especial, a la reclasificación o reconversión de los trabajadores despedidos. Por lo que atañe a la información que debe facilitar el empresario, la Directiva especifica que los Estados miembros podrán disponer que los representantes de los trabajadores puedan recurrir a expertos de conformidad con las prácticas nacionales. El empresario deberá proporcionar toda la información útil a los representantes de los trabajadores durante el transcurso de las consultas y, en todo caso, por escrito: a) los motivos; b) el período a lo largo del cual está

observarse y regula sus modalidades⁴⁴⁰. De conformidad con el artículo 2.3, el empresario deberá comunicar, en cualquier caso, por escrito, a los representantes de los trabajadores ciertos aspectos, cuales son: “i) los motivos del proyecto de despido; ii) el número y las categorías de los trabajadores que vayan a ser despedidos; iii) el número y las categorías de los trabajadores empleados habitualmente; iv) el periodo a lo largo del cual está previsto efectuar los despidos; v) los criterios tenidos en cuenta para designar a los trabajadores que vayan a ser despedidos, si las legislaciones o prácticas nacionales confieren al empresario competencias en tal sentido; y vi) el método de cálculo de las posibles indemnizaciones por despido distintas a las Directivas de las legislaciones o prácticas nacionales”.

Asimismo, el empresario, de conformidad con el artículo 2.4 “deberá transmitir a la autoridad pública competente una copia” de tal comunicación escrita. Cabe en consecuencia imaginar, en la perspectiva del indudable auge de las TIC en los momentos presentes, y siempre que hagan debida fe tanto de emisor o receptor, que el empleo de medios como el correo electrónico (del empresario a los trabajadores, y de éste a la autoridad Laboral, por cuanto los sistemas telemáticos entre las empresas y las Administraciones se van paulatinamente imponiendo incluso con exclusión del papel) o bien el uso del tablón de anuncios virtual (a cargo de los representantes de los trabajadores), no estarían prohibidos desde la perspectiva de la protección de datos deparada por la normativa europea. Los Estados miembros han adecuado con carácter generalmente conforme la citada directiva a sus procedimientos internos, omitiendo toda mención, al igual que sucede

previsto efectuar los despidos; c) el número y las categorías de los trabajadores empleados habitualmente; d) el número de los trabajadores que vayan a ser despedidos; e) los criterios para designar a los trabajadores que vayan a ser despedidos; y f) el método de cálculo de las posibles indemnizaciones.

⁴⁴⁰ La Directiva especifica el procedimiento que debe observarse con respecto a las premisas siguientes: a) el empresario deberá notificar por escrito cualquier proyecto de despido colectivo a la autoridad competente. La notificación contendrá toda la información útil referente al proyecto de despido y a las consultas, a excepción del método de cálculo de las indemnizaciones. No obstante, en caso de cese de las actividades en virtud de decisión judicial, la notificación sólo es necesaria a petición de la autoridad competente; b) el empresario deberá transmitir una copia de la notificación a los representantes de los trabajadores, los cuales podrán dirigir sus observaciones a la autoridad pública competente; c) los despidos colectivos surtirán efecto no antes de treinta días después de la notificación, plazo que la autoridad pública competente aprovechará para buscar una solución. Los Estados miembros podrán conceder a la autoridad pública competente la facultad de reducir el plazo contemplado o de prorrogarlo hasta sesenta días después de la notificación cuando parezca improbable resolver los problemas. Este artículo no es obligatorio para los despidos colectivos como consecuencia de un cese de las actividades en virtud de decisión judicial. Se podrán conceder facultades de prórroga más amplias. El empresario deberá ser informado de la prórroga y de sus motivos antes de que expire el plazo inicial.

en la Directiva, a que procedimientos telemáticos puedan ser empleados como sustitutivos de las comunicaciones físicas en papel que el empresario debe emplear en los mismos⁴⁴¹.

Como segundo ejemplo que procede abordar aquí, la Directiva 2001/23, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspaso de empresas, tiene por objeto garantizar a los trabajadores asalariados el pago de sus créditos en caso de insolvencia del empresario⁴⁴². A tal fin, obliga a los Estados miembros a establecer una institución que garantice el pago de sus créditos salariales. Además, establece especialidades en caso de insolvencia de empresarios transfronterizos. La Directiva se aplica a los créditos de los trabajadores asalariados derivados de contratos de trabajo o de relaciones laborales frente a empresarios que se encuentren en estado de insolvencia.

El Derecho nacional define los términos “trabajador asalariado”, “empresario”, “remuneración”, “derecho adquirido” y “derecho en vías de adquisición”. Los Estados miembros pueden excepcionalmente excluir del ámbito de aplicación de la Directiva los créditos de determinadas categorías de trabajadores. No obstante, no pueden excluirse los trabajadores con jornada a tiempo parcial, ni a los trabajadores con un contrato de duración determinada.

Las instituciones de garantía aseguran el pago de los créditos de los trabajadores correspondientes a la remuneración del periodo anterior a la fecha en que se produce la insolvencia, a la del preaviso de despido o la del final de la relación laboral como consecuencia de la insolvencia del empresario. Los Estados miembros pueden limitar la obligación de pago de dichas instituciones en las condiciones

⁴⁴¹ Para un acertado análisis de la cuestión de la cuestión en España, a los fines de poder comparar una adecuada comparativa entre la Directiva y las reformas habidas en los últimos tiempos, Vid. BURRIEL RODRÍGUEZ-DIOSDADO, P.: “El despido colectivo en España. Una visión tras las últimas reformas”, *Revista de Direito do Trabalho* Núm. 154, Lisboa, 2013, Págs. 127-146.

⁴⁴² Asimismo es una cuestión muy abordada por la doctrina desde tiempos que se remontan a la anterior normativa. Destacando particularmente en esta línea RODRIGUEZ-PIÑERO ROYO, M.: “Transmisión de empresas y empresas de trabajo temporal en el Derecho europeo”, *Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial*, Madrid, 2000, Págs. 163-195; RODRIGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER, M.: “La subsistencia de la empresa y de los contratos laborales y la Directiva 77/987”, *Relaciones Laborales*, Madrid 1988, Núm. 7. págs 22 y sigs. Vid. igualmente AA.VV. (COLINA ROBLEDO, M.; RAMIREZ MARTINEZ, J. M.; SALA FRANCO, T.): *Derecho social comunitario...*, Op. cit. Págs 271 y sigs; SALA FRANCO, T.: “Efectos laborales de la transmisión de empresas. Normas comunitarias y Derecho Español”, *Actualidad Laboral*, Madrid, 1987, Núm. 32, págs. 25 y sigs.

establecidas. La Directiva establece un período salarial mínimo garantizado con raigambre directa en la legalidad de la Unión Europea (tres meses de remuneración) pero deja que sean los Estados miembros los que fijen plazos de aplicación a estos efectos que no podrán ser inferiores a seis meses. Los Estados miembros establecen también, observando algunos principios, las modalidades de la organización, de la financiación y del funcionamiento de las instituciones de garantía. Los Estados miembros pueden disponer que la garantía de pago no se aplique a las cotizaciones de seguridad social o de previsión. Deben adoptar las medidas necesarias para garantizar que el impago de cotizaciones obligatorias adeudadas por el empresario a sus instituciones de seguro antes de sobrevenir la insolvencia no tenga efectos perjudiciales en el derecho a prestaciones del trabajador respecto a tales instituciones, en la medida en que las cotizaciones salariales se hayan descontado de los salarios abonados. Se protegen los intereses de los trabajadores asalariados y de las personas que ya han dejado la empresa en la fecha en que se produce la insolvencia de ésta, en lo que se refiere a sus derechos devengados, o a sus derechos en curso de devengo, a prestaciones de vejez, incluidas las prestaciones de supervivencia, en virtud de regímenes complementarios de previsión profesionales o interprofesionales que existan independientemente de los regímenes legales nacionales de seguridad social.

En caso de insolvencia de un empresario que opere en los territorios de al menos dos Estados miembros, el pago de los créditos incumbe al Estado en el que trabajaba el asalariado. Los Estados miembros preverán el intercambio de información sobre las instituciones de garantía y la comunicarán a la Comisión, que la pondrá a disposición del público. Los Estados miembros pueden aplicar o establecer disposiciones más favorables para los trabajadores, teniendo además la facultad de tomar las medidas necesarias para evitar abusos o rechazar o reducir las obligaciones de pago o de garantía previstas si el cumplimiento de la obligación no se justifica en razón de la existencia de vínculos particulares entre el asalariado y el empresario. De cualquier modo, dichos vínculos especiales no pueden poner en riesgo ni distorsionar la efectiva aplicación del sistema⁴⁴³.

⁴⁴³ Dígase que la Directiva contempla la posibilidad de una subsistencia del estatuto y función de los representantes de los trabajadores afectados por un traspaso, siempre que el centro objeto de transmisión conserve su autonomía. El mandato se mantiene entonces en sus términos delimitadores, esto es, hasta su finalización y con las mismas garantías, derechos y facilidades que regían con anterioridad. Esta posibilidad no se configura en la regulación comunitaria como un principio absoluto e inderogable sino que se prevén formas de inaplicación subsidiaria por los Estados Miembros. Y así, si vía legal, convencional o por acuerdo entre empresarios y trabajadores fuese posible designar o elegir una nueva representación, podrá procederse a la elección de la misma, extinguiéndose, en tal caso, el mandato de los representantes precedentes.

En esta Directiva encontramos nuevamente interesantes cláusulas concernientes a la comunicación e información. Ya desde el Considerando 5º del Preámbulo, con cita de los puntos 7, 17 y 18 de la Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores, aprobada el 9 de diciembre de 1989 (la Carta Social Europea) se apunta que “la información, la consulta y la participación de los trabajadores deben desarrollarse según mecanismos adecuados y teniendo en cuenta las prácticas vigentes en los diferentes Estados miembros. La información, la consulta y la participación deben llevarse a cabo en el momento oportuno, y en particular cuando se produzcan reestructuraciones o fusiones de empresas que afecten al empleo de los trabajadores”. En lógico desarrollo de tales premisas, el artículo 7 de la Directiva dedica un prolijo cúmulo de indicaciones, encabezadas con la rúbrica “Información y consulta”. Cedente y cesionario, según el apartado primero del precepto, “deberán informar a los representantes de sus trabajadores respectivos afectados por un traspaso de los puntos siguientes: a) la fecha o la fecha prevista del traspaso; b) motivos del traspaso; c) consecuencias jurídicas, económicas y sociales del traspaso para los trabajadores; y d) medidas previstas respecto de los trabajadores”.

Diversos pasajes del artículo 3.2 establecen obligaciones de comunicación que diferencian a cedente por un lado y a cesionario por otro. El primero “estará obligado a comunicar estas informaciones a los representantes de sus trabajadores con la suficiente antelación antes de la realización del traspaso”. En lo que concierne al cesionario, “estará obligado a comunicar estas informaciones a los representantes de sus trabajadores con la suficiente antelación y, en todo caso, antes de que sus trabajadores se vean afectados directamente en sus condiciones de empleo y de trabajo por el traspaso”. Y una vez más, en forma de obligación conjunta se expresa que: “Si el cedente o el cesionario previeren la adopción de medidas en relación con sus trabajadores respectivos, estarán obligados a consultar tales medidas, con la suficiente antelación, con los representantes de sus trabajadores respectivos, con el fin de llegar a un acuerdo”. Todas estas menciones tan reiteradas a una antelación suficiente con respecto a dicho imperativo de información suponen un indudable punto a favor de que en tal labor sean implicadas las TIC, por cuanto las mismas se hayan normalizadas en su empleo masivo en la actualidad, precisamente como paradigma de dicha celeridad o antelación informativa.

Vid. en este sentido GÓMEZ ÁLVAREZ, T.: “Los efectos de la transmisión de empresa, centro de trabajo y unidad productiva sobre la representación de los trabajadores”, *Revista del Consejo General del Poder Judicial*, Madrid, 2003, Núm. 71, pág. 105.

La antelación informativa, como antesala a las eventuales consultas con los trabajadores afectados, habrán de abarcar cuanto menos, de conformidad con los epígrafes 2º y tercero del apartado 3 del mismo precepto, “las medidas previstas en relación con los trabajadores. La información se facilitará y las consultas tendrán lugar con la suficiente antelación antes de que se lleve a efecto en el centro de actividad” el traspaso propuesto. El cumplimiento de dichos imperativos supone además una sanción, a tenor de lo previsto en el apartado 4º del artículo 7, y que salva a los trabajadores de eventuales defectos en el proceso descrito⁴⁴⁴. La carga de la prueba, en cuanto a la existencia de dicha comunicación (sobre todo si la misma se ha verificado mediante cauce telemático), corresponde al empresario, lo que no impide que los representantes de los trabajadores puedan conservar copia telemática de las informaciones recibidas, a fin de poder demostrar en un futuro posibles divergencias entre las informaciones en su día recibidas de los empresarios cedente y cesionario, y las resultas finalmente acaecidas en la operación de traspaso.

En efecto, cedente y cesionario deberán informar a su debido tiempo a los representantes de sus trabajadores respectivos sobre la fecha fijada o propuesta del traspaso, los motivos del traspaso, las consecuencias jurídicas, económicas o sociales y las medidas previstas respecto de los trabajadores. El cedente deberá comunicar estas informaciones antes de la realización del traspaso y el cesionario antes de que sus trabajadores se vean afectados directamente en sus condiciones de empleo y de trabajo por el traspaso. Si se previeran medidas en relación con sus trabajadores respectivos, el cedente y el cesionario estarán obligados a consultar, con la suficiente antelación, con los representantes de sus trabajadores respectivos, con el fin de llegar a un acuerdo.

Los Estados miembros podrán aplicar o adoptar disposiciones más favorables para los trabajadores o promover o permitir la aplicación de convenios colectivos o acuerdos celebrados entre interlocutores sociales más favorables para los trabajadores debiendo introducir en su ordenamiento jurídico interno las medidas necesarias para permitir que los trabajadores y los representantes de éstos hagan

⁴⁴⁴ En efecto leemos que: “Las obligaciones previstas en el presente artículo serán aplicables independientemente de que la decisión conducente al traspaso sea adoptada por el empresario o por una empresa que lo controle. En lo que se refiere a las presuntas infracciones de las obligaciones de información y de consulta previstas en la presente Directiva, no podrá aducirse como justificación, que una empresa bajo cuyo control se halle el empresario no facilitó la información necesaria”.

valer sus derechos por la vía jurisdiccional. Por otro lado, dichos miembros no pueden excluir del ámbito de aplicación de la presente Directiva los contratos y relaciones de trabajo únicamente por: a) el número de horas de trabajo efectivamente realizadas, o bien por realizar; b) o que se trate de relaciones laborales regidas por un contrato de trabajo de duración determinada.

Particularmente detallada a la hora de definir los derechos y obligaciones del cedente y del cesionario, la Directiva dispone que los derechos y obligaciones derivados del contrato de trabajo, o los de una relación laboral existente en el momento del traspaso, serán transferidos al cesionario. Sin embargo, los Estados miembros podrán establecer que, después de la fecha del traspaso, el cedente y el cesionario sean responsables solidariamente de las obligaciones que tuvieran su origen, antes de la fecha del traspaso, en un contrato de trabajo o en una relación laboral existentes aún en la fecha del traspaso. Los Estados miembros podrán adoptar las medidas necesarias para garantizar que el cedente notifique al cesionario todos los derechos y obligaciones que se transferirán al cesionario, en la medida en que él mismo esté en condiciones de conocerlos. La falta de notificación de uno de esos derechos u obligaciones no supone su desaparición. El Estado miembro cuyas disposiciones prevean la posibilidad de recurrir a un arbitraje podrá limitar las obligaciones en materia de información y consulta a los casos en que el traspaso provoque perjuicios sustanciales para una parte importante de los trabajadores.

En tercera instancia debemos recalcar en la Directiva 2002/74, que es la vigente en materia de la aproximación de normas de los Estados miembros relativas a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario⁴⁴⁵, completada, siquiera indirectamente, por otras normativas de alcance similar⁴⁴⁶.

⁴⁴⁵ Aspectos estos que, al igual que en los anteriormente tratadas, también ocuparon a una parte significativa de la doctrina nacional con relación a sus precedentes normativos europeos. Vid. así AA.VV. (COLINA ROBLEDO, M.; RAMIREZ MARTINEZ, J. M.; SALA FRANCO, T.): *Derecho social comunitario...*, Op. cit, págs. 293 y sigs; GALIANA MORENO, J. M. "La aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario", *Noticias C.E.E.*, Valencia, 1988, Núm. 40", págs. 11 y sigs.; GONZALO GONZALEZ, B.: "La seguridad social española y la Directiva del Consejo 80/986/CEE de 20 de octubre, sobre aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario", *Noticias C.E.E.*, Valencia, 1988, Núm. 36, págs. 12 y sigs; RIVERO LAMAS, J.: "La protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario", *Actualidad Laboral*, Madrid, 1988, Núm. 8, págs. 10-42.

⁴⁴⁶ Directiva 2004/25/CE del Consejo, de 21 de abril de 2004, relativa a las ofertas públicas de adquisición DOUE Núm. L 142 de 10.4.2004, conocida como la Directiva "OPAS", la cual, pese a sus indudables repercusiones en la situación de los trabajadores, tiene eminentemente un sentido

Consideramos que las mismas potencialidades de comunicación por medio de TIC antes vistas en las normas europeas relativas a la transmisión de empresas se pueden extender a esta normativa. Incluso no sería descabellado proponer *de lege ferenda* la refundición de ambos conjuntos normativos. Según la Directiva ahora analizada, el traspaso no constituirá un motivo de despido válido para el empresario que hace frente al traspaso. Un despido puede producirse, no obstante, por razones económicas, técnicas u organizativas, o bien puede afectar a determinadas categorías de trabajadores que no están cubiertos por la legislación relativa a la protección contra el despido.

Las condiciones de trabajo contempladas mediante convenio colectivo se mantendrán hasta la fecha de extinción o de expiración del convenio o de la entrada en vigor de otro convenio. Este periodo de mantenimiento se podrá limitar en el tiempo, pero éste no podrá ser inferior a un año. Salvo disposición en contrario de los Estados miembros, el mantenimiento de los derechos no será aplicable a las prestaciones de jubilación, invalidez o supervivencia al amparo de regímenes complementarios fuera de los regímenes legales. Corresponderá a los Estados miembros la adopción de las medidas necesarias para proteger los derechos adquiridos o en curso de adquisición de los trabajadores y de las personas que hayan dejado ya la empresa. A menos que los Estados miembros decidan de otra manera, las disposiciones anteriores no serán aplicables cuando el cedente sea objeto de un procedimiento de quiebra o de insolvencia análogo abierto con vistas a la liquidación de los bienes del cedente y bajo la supervisión de una autoridad pública competente. A este respecto los Estados pueden establecer ciertas puntualizaciones⁴⁴⁷. Con todo, los Estados miembros tomarán las medidas

de gobierno de estas operaciones masivas de adquisición de títulos bursátiles. Si es de interés Vid. PUYOL MARTINEZ-FERRANDO, B.: "La transposición de la Directiva 2004/25/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, relativa a las Ofertas Públicas de Adquisición a la legislación británica", Revista de Derecho Español Bancario y Bursátil, Madrid, 2007, Núm. 106, págs. 20 y sigs., así como MICHINEL ALVAREZ, M. A.: La OPA transfronteriza; determinación y ámbito de la ley en el marco de control europeo, Universidade de Santiago de Compostela, 2007.

⁴⁴⁷ En la especie, dado el supuesto de que esas disposiciones se apliquen a un traspaso durante un procedimiento de insolvencia abierto respecto de un cedente (independientemente de que dicho procedimiento se haya iniciado para liquidar los bienes del cedente), un Estado podrá disponer que: a) que no se transfieran al cesionario las obligaciones del cedente que tuvieran su origen antes del traspaso o de la apertura del procedimiento de insolvencia, siempre y cuando dicho procedimiento dé lugar, para el trabajador, a una protección como mínimo equivalente a la que se establece por la Directiva relativa a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario antes vista; y b) que el cesionario o el cedente, por un lado, y los representantes de los trabajadores, por otro lado, pueden pactar cambios en las condiciones

oportunas para evitar que se abuse de los procedimientos de insolvencia para privar a los trabajadores de sus derechos en caso de traspaso (con lo que la conexión con la normativa anteriormente estudiada, y representada por la Directiva 2001/23 resulta más que patente).

Así resulta ser en efecto. A semejanza con los otros dos ejemplos previamente analizados, el sistema de las Directivas en materia de protección ante la insolvencia empresarial resulta, una vez más significativamente detallado a la hora de definir derechos concebidos para su empleo a cargo de los representantes de los trabajadores. Esta apreciación debe calibrarse pues en una vertiente aplicativo/comunicativa de las TIC, no sólo en sentido unidireccional desde la empresa a dichos trabajadores, sino igualmente desde dichos representantes hacia el conjunto de la plantilla, en aras a la celeridad y transparencia. Teniendo en cuenta tales postulados, en la medida en que la entidad económica conserve su autonomía, el estatuto y la función de los representantes de los trabajadores subsistirán, excepto si se reúnen las condiciones para una nueva designación de los representantes. Cuando el cedente sea objeto de un procedimiento de quiebra o de insolvencia, los Estados miembros podrán tomar las medidas necesarias para garantizar que los trabajadores traspasados estén representados adecuadamente hasta que tenga lugar una nueva elección o designación. Por el contrario, si la entidad económica no conserva su autonomía, los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que los trabajadores traspasados se hallen debidamente representados durante el periodo necesario para una nueva designación. Si el mandato de los representantes expirare como consecuencia del traspaso, éstos continuarán beneficiándose de las medidas de protección previstas. La aportación de las TIC en este terreno puede resultar esencial, pues a nadie escapa que los estados de cuenta de las empresas en condiciones de insolvencia cada vez más se recogen en programas contables informatizados. La mejor gestión posible de los mismos tiene necesariamente que llevarse a cabo en el marco de las TIC.

contractuales de empleo con la finalidad de mantener las oportunidades de empleo al garantizar la supervivencia de la entidad económica traspasada.

4.2.- TIC y Directivas específicas sobre procesos de información y comunicación entre agentes sociales

Una vez abordados los campos generalistas de armonización vistos en el apartado precedente, analizamos ahora aquellas Directivas especialmente concebidas para desarrollar, desde una vocación específica propia y especializada, los cauces información y comunicación entre interlocutores sociales. Encontramos aquí determinadas Directivas cuyo núcleo esencial consiste, precisamente, en el hecho de la información en sí. Debemos estudiarlas, para ver en qué medida puede construirse en torno a las mismas un empleo prioritario de las TIC en las relaciones entre los agentes sociales.

Habremos de prestar especial atención a tres ejemplos: la Directiva 91/533, relativa a la obligación del empresario de informar al trabajador acerca de las condiciones aplicables al contrato de trabajo o a la relación laboral⁴⁴⁸, la Directiva 2002/14/CE, para la información y consulta de los trabajadores en la Comunidad Europea⁴⁴⁹, y la Directiva 2009/38/CE, sobre derechos de la información y consulta de los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria⁴⁵⁰. Esta materia ha ocupado significativamente a la doctrina⁴⁵¹. Para ALONSO OLEA Directivas de este tipo sirven para ayudar a regular "...un procedimiento de negociación colectiva entre los órganos competentes de las sociedades o entidades participantes y la comisión negociadora representativa de sus trabajadores para

⁴⁴⁸ DOUE Núm. L 288 de 18.10.1991.

⁴⁴⁹ DOUE Núm. L 80 de 23.3.2002.

⁴⁵⁰ DOUE Núm. L 122 de 16.5.2009.

⁴⁵¹ Así Vid. CARRASCOSA BERMEJO, D. Acuerdos sobre información y consulta de ámbito europeo, *Temas Laborales*, Madrid, 2000, Núm. 53, págs. 29-52; GÓMEZ ABELLEIRA, F. J.: "Una nueva modificación de la legislación laboral para transponer derecho comunitario: la ley 38/2007 y las Directivas 2002/14/CE, sobre información y consulta de los trabajadores, y 2002/74/CE, sobre protección en caso de insolvencia empresarial", *Relaciones Laborales*, Madrid, 2008, Núm. 1, págs. 981-1006; HUERTAS BARTOLOMÉ, T.: "Nuevas normas sobre diálogo social europeo: la información y consulta de los trabajadores en la Comunidad Europea", *Cuadernos de Relaciones Laborales*, Madrid, 2002, Núm. 1, págs. 119-142; MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P.: "El marco general para la información y consulta de los trabajadores en la Comunidad Europea: (Directiva 2002/14/CE)", en GARCÍA MURCIA, J. (ed.): *La transposición del Derecho Social Comunitario al ordenamiento español: un balance en el XX aniversario de la incorporación de España a la Comunidad Europea*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2005, págs 38 y sigs.; MERCADER UGUINA, J. R.: "Derechos de información y consulta de los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria", *Relaciones Laborales*, Madrid, 1997, Núm.2, págs. 1023-1044; RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M.: "Los derechos de información y consulta de los trabajadores y la dimensión comunitaria de la empresa", *Relaciones laborales*, Madrid, 1990, Núm. 1, págs. 74-82; TERRADILLOS ORMAETXEA, E.: *La regulación de la información y consulta de los trabajadores en la empresa nacional y transnacional*, Iustel, Madrid, 2007.

llegar a un acuerdo 'con espíritu de colaboración' sobre las normas de implicación de los trabajadores en cada sociedad europea. En defecto de acuerdo, se aplican, en su caso, los términos fijados en las Directivas, las normas subsidiarias previstas, transponiendo las Directivas, por la legislación del Estado miembro en el que vaya a radicar la sede de la sociedad europea"⁴⁵². Existen a entender de la doctrina⁴⁵³ muchas conexiones de estas Directivas con determinados principios contenidos en la de la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores de 1989 (CCDFT). Cabe citar inicialmente el artículo 27 que se señala que "deberán garantizarse a los trabajadores o a sus representantes, en los niveles adecuados, la información y consulta con suficiente antelación, en los casos y condiciones previstos en el Derecho de la Unión y en las legislaciones y prácticas nacionales". Veremos que el recurso a la CCDFT en el estudio de estas Directivas es un elemento recurrente.

La Directiva 91/533 surge como una norma de desarrollo del artículo 9 de la precitada CCDFT, según el cual "todo asalariado de la Comunidad Europea tiene derecho a que se definan sus condiciones de trabajo por ley, por un convenio colectivo o por un contrato de trabajo según las modalidades de cada país". Con ello la Comisión daba cumplimiento en este punto a lo previsto en su Programa de Acción para la puesta en práctica de la CCDFT de 1990⁴⁵⁴. La Directiva persigue dos objetivos clásicos de toda la normativa comunitaria en materia social; esto es, la protección de los derechos de los trabajadores, y la armonización que evite potenciales distorsiones de la competencia. Pero en esta Directiva la dicotomía armonización-protección se rompe en beneficio de esta última, mediante la típica cláusula de "disposiciones más favorables" o de mejora nacional. A diferencia de otros textos comunitarios en materia laboral, la Directiva, en su Exposición de Motivos, incluye un tercer objetivo o finalidad mucho, menos claro: "garantizar una mayor transparencia del mercado de trabajo".

⁴⁵² ALONSO OLEA, M. *Introducción...* Op. cit, concretamente pág. 653.

⁴⁵³ Vid. al respecto entre otros AA. VV. (LACOMBA PÉREZ, J. L.; SALIDO BANÚS, J.): "Derechos colectivos, información y consulta, negociación y acción colectivas en la Constitución Europea", *Revista Ministerio de Trabajo*, Madrid, 2005, Núm. 57, pág. 326. Sobre el alcance de dichos derechos, MONEREO PÉREZ, J. L.: "El derecho de participación de los trabajadores en la empresa en la «Constitución Social» europea", en ÁLVAREZ CONDE, E., GARRIDO MAYOL, V. (eds.): *Comentarios a la Constitución Europea*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004, págs. 122 y sigs.

⁴⁵⁴ Doc. COM (90) 563 final, presentado por la Comisión el 5 de diciembre de 1990.

La delimitación del campo de aplicación personal de esta Directiva es uno de sus aspectos más importantes. Según el artículo 1.1 de la Directiva: la norma comunitaria se aplicará” a todo trabajador por cuenta ajena que tenga un contrato de trabajo o mantenga una relación laboral definidos por el Derecho vigente en un Estado miembro y/o sujetos al Derecho vigente en un Estado miembro”. Este mandato no es, sin embargo, rígido, ya que se prevén distintos mecanismos a través de los cuales los Estados podrán establecer excepciones a la regla general que vimos. No se trata de limitaciones al campo de aplicación de la Directiva, sino de excepciones permitidas a los Estados miembros en su adaptación normativa de las Directivas de la Unión Europea. No obstante a efectos prácticos el resultado es análogo.

La primera vía de escape abierta a los Estados por la propia Directiva se encuentra en el elemento temporal del contrato de trabajo. El artículo 1.1.a) les permite disponer que la Directiva no se aplique a los trabajadores que tengan un contrato de trabajo o relación laboral cuya duración total no rebase un mes, o la duración de cuyo trabajo semanal no rebase 8 horas. La segunda modalidad de articular exclusiones de la aplicación del régimen de la Directiva se establece en el artículo 1.2.b). Según este precepto los Estados miembros podrán excluir de la aplicación de su normativa nacional de desarrollo de la Directiva las relaciones laborales “de carácter ocasional y/o especial”. En este caso, a diferencia de lo que ocurría en el supuesto anterior, en el que la autorización era incondicional, la exclusión no es discrecional para los Estados, sino que se condiciona a que existan razones objetivas que justifiquen la no aplicación.

El epicentro de la regulación de la Directiva va a aparecer en su artículo 2.1 : “El empresario estará obligado a poner en conocimiento del trabajador por cuenta ajena a quien se aplica la presente Directiva (...) los elementos esenciales del contrato de trabajo o de la relación laboral”. El resto de su articulado se dedica a desarrollar y concretar este mandato general. Existe un marcado contraste entre el rigor con el que se tratan los datos que deben ser proporcionados a cada trabajador, prácticamente la totalidad de los significativos en la relación laboral, y lo flexibles y discretionales que quedan para el empresario los modos o mecanismos de transmisión de la información al trabajador. Así, el empresario va a tener que comunicar al trabajador, según el artículo 2.1, “los elementos esenciales del contrato de trabajo”; estos “elementos esenciales” son posteriormente definidos en el artículo

2.2, incluyendo la práctica totalidad de los aspectos que determinan el contenido de la relación de trabajo.

Pero como ya hemos recalcado, en la puesta en práctica de esta obligación, la Directiva es, en cambio, sumamente flexible. En concreto, en cuanto a la forma de poner en conocimiento del trabajador todos estos datos se admiten hasta cuatro posibilidades: un contrato de trabajo escrito, una carta de contratación, uno o varios documentos, o una declaración escrita firmada por el propio empresario. Tres de éstas, las tres primeras, aparecen en el artículo 3.1 como modalidades ordinarias de cumplimiento de esta obligación, quedando la última, la declaración escrita citada en el artículo 3.2 párrafo primero, como una alternativa excepcional en caso de incumplimiento de las tres anteriores. Este deber puede cumplirse acudiendo a estos instrumentos de forma alternativa o, al menos los tres primeros, de forma cumulativa; a tales efectos, la información podrá ser suministrada en uno sólo de estos documentos, o fragmentada en varios, siempre que se cumplan las directrices establecidas para este último supuesto (artículo 3.2 párrafo segundo). La obligación de informar al trabajador deberá cumplirse tras el inicio de la relación laboral, y en el plazo máximo de dos meses si se opta por alguna, o varias, de las tres primeras formas (artículo 3.3).

Junto a esta información documental, la Directiva prevé que algunos de los datos que constituyen el contenido mínimo de este deber de información puedan ser suministrados, no directamente en alguna de esas cuatro formas, sino que se deriven de una referencia a las disposiciones legales, reglamentarias, administrativas o estatutarias o a los convenios colectivos que regulen las correspondientes materias. El rigorismo de esta Directiva, en cuanto a la exigencia de entrega escrita de información, parece jugar en principio en contra de la sustitución del soporte documental físico a favor de una documentación sustentada por las TIC. En efecto, el artículo 3 de la Directiva indica que “la información sobre los elementos a que se hace referencia en el apartado 2 del artículo 2 podrá derivarse de la entrega al trabajador, en el plazo máximo de dos meses tras el comienzo de su trabajo: a) de un contrato de trabajo escrito; y/o b) de un carta de contratación; y/o c) de uno o más documentos escritos siempre que alguno de dichos documentos incluya al menos el conjunto de los elementos contemplados en las letras a), b), c), d), h) e i) del apartado 2 del artículo 2”.

Entendemos que sólo con una generalizada extensión del soporte telemático como prueba del contrato de trabajo podría lograrse una equiparación al papel como soporte físico del contrato de trabajo. Esta equiparación telemática ya se ha alcanzado significativamente en los últimos tiempos por medio de la tramitación de las altas y bajas de los trabajadores mediante los sistemas telemáticos exigidos por los sistemas de Seguridad Social de los Estados miembros (en España Sistema RED). No es descabellado pues pensar que la asimilación entre el contrato de trabajo físico y el telemático esté ya de hecho consumada. Por otro lado debe tenerse presente que todas las ofertas de trabajo que se publican *on-line* en inúmeros portales que aproximan a oferentes y demandantes de trabajo (y que tanto aportan en una visión de movilidad de los trabajadores en el espacio europeo, no sólo físicamente, sino incluso sin moverse, por el auge del teletrabajo) no dejan de ser propuestas e informaciones de empresarios hacia potenciales trabajadores.

Sin embargo, y a pesar de estos avances, entendemos que aún queda mucho trecho para entender que con procedimientos TIC se pueda suplir, desde el punto de vista de la legalidad, dichas formalidades por escrito con carácter previo del empresario hacia el trabajador, en cuanto a información de sus condiciones generales de contratación, en beneficio precisamente de su propia seguridad.

A lo largo de la Directiva se establecen distintas especialidades en cuanto a esta obligación de información. Así cuando la relación laboral se extinga antes de la expiración del plazo de dos meses a partir del inicio del trabajo, esta información debe ser entregada al trabajador a más tardar a la expiración de dicho plazo (artículo 3.3). Se prevé también un régimen especial para el supuesto de que se modifiquen las condiciones inicialmente pactadas, imponiendo el artículo 5.1 la entrega de un documento escrito que las recoja, a la mayor brevedad, en el plazo máximo de un mes. Se puede decir que el mandato que la Directiva 91/533 viene a establecer no es tanto de informar al trabajador sobre sus condiciones de trabajo, como de tenerlo continuamente informado de éstas.

El artículo 4 de la Directiva establece un régimen especial para los trabajadores expatriados por sus empresas para prestar sus servicios en el extranjero. En un principio, estas especialidades en materia de información se aplicarán” en caso de que el trabajador tenga que ejercer su trabajo en uno o varios países distintos del Estado miembro a cuya legislación o práctica estén sujetos el contrato o la relación laboral”. Lo determinante para comprobar si hay una expatriación no es el Estado

cuya nacionalidad tenga el trabajador, ni el lugar en el que se presten normalmente los servicios, sino el Estado a cuya legislación o práctica estén sujetos el contrato o la relación laboral, siempre que esta legislación sea la de un Estado miembro. Se supone que el país de origen va a estar dentro de la Unión Europea; el país o países de destino, donde se prestarán efectivamente los servicios, pueden estar fuera o dentro de la Unión Europea.

Dos limitaciones se establecen en la Directiva en cuanto a la extensión de este régimen particular. La primera es que éste sólo regirá cuando el trabajo sea “normalmente” prestado en el extranjero, lo que excluirá todos los desplazamientos ocasionales o producidos por motivos extraordinarios. La segunda es que este régimen no será de aplicación” en caso de que la duración del trabajo fuera del país a cuya legislación y/o práctica estén sujetos el contrato o la relación laboral no rebase un mes”.

En cuanto al régimen aplicable a los trabajadores incluidos en el ámbito del artículo 4 de la Directiva, hay que señalar que éste supone, básicamente, una modulación del régimen general del que disfrutaban la totalidad de las relaciones laborales, régimen del que se separará en los siguientes aspectos: en primer lugar, el trabajador expatriado tendrá derecho a recibir algunas informaciones adicionales; en segundo lugar, toda esta información, la genérica y la especial, deberá ser entregadas al trabajador antes de su partida al extranjero; en tercer lugar, y en lo relativo a la defensa judicial de sus derechos, éstos trabajadores no podrán en ningún caso ser sometidos a la exigencia de un requerimiento previo al empleador que ha incumplido su obligación de información.

Especial relevancia presenta el artículo 8 de esta Directiva, el cual bajo la rúbrica de “Defensa de los Derechos” se ocupa de cuestiones procedimentales en relación con la puesta en práctica de los derechos reconocidos a los trabajadores. En su apartado primero, el artículo 8 viene a decir que “los Estados miembros incorporarán a su ordenamiento jurídico interno las medidas necesarias para que todo trabajador que se considere perjudicado por el incumplimiento de las obligaciones derivadas de la presente Directiva pueda hacer valer sus derechos por vía judicial”. Este acceso a la vía judicial podrá ser limitado por los Estados nacionales de dos formas distintas: en primer lugar, podrán imponer que el acceso a la vía judicial sólo tendrá lugar, “previo recurso a otras instancias competentes”; en segundo lugar, podrán igualmente establecer que los recursos, judiciales o de otro tipo, sólo puedan ser

elevados, "tras haber transcurrido quince días sin respuesta a partir del requerimiento que el trabajador deberá efectuar al empresario".

No obstante, y sin perjuicio de la trascendencia de la Directiva anteriormente analizada, las novedades más significativas en cuanto al tratamiento informativo, como derecho colectivo de los trabajadores en el ámbito de toda la Unión Europea, vienen por el sistema conjunto deparado por la Directiva 2002/14/CE, para la información y consulta de los trabajadores en la Comunidad Europea, por un lado, y como muestra si cabe aun más avanzada en tan interesante capítulo, la Directiva 2009/38/CE, sobre derechos de la información y consulta de los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comprendida en ámbitos geográficos sustanciales de la Unión Europea, por otro.

La Directiva 2002/14/CE, que conoce un ámbito de aplicación limitado a empresas de al menos, 50 trabajadores (o centros de trabajo de, al menos 20 trabajadores), fue la primera en establecer unos requisitos mínimos en materia de información y consulta en aspectos claves de la organización productiva, tales como la situación económica o las perspectivas de empleo en el ciclo normal de la empresa. En la base de esta Directiva se encuentra la consideración de que la información y consulta ejercidas con la suficiente antelación "constituyen una condición previa para el éxito de los procesos de reestructuración y adaptación de las empresas a las nuevas condiciones inducidas por la globalización de la economía, en particular a través del desarrollo de nuevos métodos de organización del trabajo"⁴⁵⁵, aunque las notables diferencias de los sistemas de relaciones laborales en el marco comunitario forzaron a que el texto finalmente aprobado dotase de un amplio margen de discrecionalidad a los Estados Miembros para que articulasen los mecanismos de información y consulta, huyendo así de la uniformidad y con un evidente respeto a la diversidad⁴⁵⁶. El deber de información y consulta a los trabajadores ha conseguido una en el marco comunitario, aunque aun existan nuevos horizontes por conseguir, entre ellos, que las TIC sean reconocidas expresamente como mecanismos idóneos en el cumplimiento de dicho deber.

⁴⁵⁵ Considerando Núm. 9 de la Directiva 2002/14.

⁴⁵⁶ Ideas sugeridas por RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M.: "Los derechos de información y consulta de los trabajadores y la dimensión comunitaria de la empresa", *Relaciones Laborales*, Madrid, 1990, Núm. I, págs. 74-82, concretamente en Pág. 79.

Es indudable por otro lado que en un corto espacio de tiempo se ha transitado, desde disposiciones puntuales sobre el reconocimiento del derecho de información y consulta reducido a circunstancias críticas a la consagración de un marco general, que, como bien es sabido, no necesariamente tiene que instrumentarse a través de sujetos colectivos, si bien en la presente investigación sólo se abordará el derecho de información desde esta última perspectiva, es decir, como un instrumento de la representación legal de los trabajadores. A tales efectos, la Directiva 2002/14 señala que la información debe realizarse al nivel pertinente de dirección y representación en función del tema tratado⁴⁵⁷. Será eminentemente el centro de trabajo el ámbito en el que los representantes unitarios podrán exigir el cumplimiento de los derechos de información en él reconocidos. Ahora bien, si el objetivo declarado de la Directiva es favorecer una actitud y actuación “cooperativa”, superadora de posiciones “conflictivas”, dicha cooperación sólo puede partir del conocimiento mutuo que proporciona esta información. Es más, el propio modelo legal quedaría netamente desdibujado si no se proporciona a los representantes la información necesaria para controlar la existencia de las causas motivadoras de la decisión empresarial y tomar, en su caso, la decisión de llegar (o no) a un acuerdo con el empresario en el ámbito que dicha decisión se adopte. Sin embargo, también conviene recordar que la capacidad de opción otorgada por la Directiva entre la consideración de la empresa o el centro de trabajo parece implicar un cierto respeto de la capacidad de los Estados Miembros de fijar el ámbito que estimen por conveniente⁴⁵⁸. En cualquier caso la doctrina parece ser unánime al entender que el propósito esencial de esta Directiva consiste en que asegure, en todo caso, que la información se transmita en el ámbito en que efectivamente se adopte la decisión empresarial, debiendo ser éste el espacio en el que tengan que efectuarse las consultas legalmente previstas⁴⁵⁹. La doctrina es asimismo unánime en señalar que este aspecto no debe circunscribirse únicamente a una visión de la empresa en un sentido de centro unívoco, si bien el cumplimiento de los imperativos de la Directiva

⁴⁵⁷ Considerando 4.4 b).

⁴⁵⁸ Sentir expresado por TERRADILLOS ORMAETXEA, E.: *La regulación...* Op. cit, concretamente en Pág. 434.

⁴⁵⁹ Líneas apuntadas por GÓMEZ GORDILLO, R.: “El comité de empresa europeo”, en ESCUDERO RODRÍGUEZ, R.; MERCADER UGUINA, J. R. (eds.): *Manual jurídico de los representantes de los trabajadores*, La Ley, Madrid, 2004, págs. 1289-1292; así como GARRIDO PÉREZ, E.: “La reforma de la Directiva sobre CEUr a la luz de la jurisprudencia del TJCE en relación a la información y consulta en estructuras complejas”, *Revista de Derecho Social*, Madrid, 2010, Núm. 49, pág. 142, en donde se hace, en relación a la información transmitida en el seno de un comité de empresa europeo, cita de la sentencia del Tribunal de Justicia de 10 de septiembre de 2003 recaída en el asunto Fujitsu-Siemens Computers.

pueda llegar a plantear una enorme complejidad en el seno de empresas pluricelulares en las que no se haya constituido el comité intercentros, cuando no en los casos característicamente relacionados con los grupos de empresas⁴⁶⁰.

A este respecto, aunque el sentido de la Directiva 2002/14 parece alentar una vocación localista en el espacio de una transmisión física de información circunscritas al centro de trabajo, hay que entender que una prohibición, con referencia a tales parámetros, del empleo de medios telemáticos no sería ni lógica ni congruente⁴⁶¹. En cualquier caso, parece ser que el empleo de las TIC en los procesos de comunicación e información habrá de ajustarse a los imperativos de confidencialidad que el artículo 6 de la Directiva 2002/14 prescribe con carácter tremendamente exhaustivo. Estos requisitos implican deberes para los trabajadores, y derechos para el empresario en interés de los propios fines de su empresa, en el sentido de que han de quedar sin divulgación todas aquellas informaciones las cuales, siendo sensibles para la marcha de la empresa, no guarden expresamente un matiz propiamente asociado a los derechos de los trabajadores⁴⁶².

Finalmente debemos referirnos a la Directiva 2009/38, de 6 de mayo de 2009, sobre la constitución de un Comité de Empresa Europeo (CEUR), que establece un procedimiento de información y consulta a los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria (y por la cual se reforma la Directiva 94/45/CEE, de 22 de septiembre, sobre la constitución de un CEUR). Dicha norma consagra, de acuerdo con las reglas subsidiarias contenidas en su articulado, una

⁴⁶⁰ Así lo analiza CARRASCOSA BERMEJO, D.: *Acuerdos...* Op. cit, Pág. 42. desde la óptica de la articulación competencial entre diferentes instancias de representación.

⁴⁶¹ En dicha línea MENENDEZ SEBASTIAN, P.: *El marco general...*, Op. cit, P. 526.

⁴⁶² Leemos en dicho precepto: "1. Los Estados miembros dispondrán que, en las condiciones y dentro de los límites fijados por las legislaciones nacionales, los representantes de los trabajadores, así como los expertos que en su caso les asistan, no estén autorizados a revelar a trabajadores ni a terceros la información que, en legítimo interés de la empresa o del centro de trabajo, les haya sido expresamente comunicada con carácter confidencial. Esta obligación subsistirá, independientemente del lugar en que se encuentren, incluso tras la expiración de su mandato. No obstante, un Estado miembro podrá autorizar a los representantes de los trabajadores o a cualquiera que les asista a que transmitan información confidencial a trabajadores o a terceros sujetos a una obligación de confidencialidad.

2. Los Estados miembros dispondrán que, en casos específicos y en las condiciones y dentro de los límites establecidos por las legislaciones nacionales, el empresario no esté obligado a facilitar información o a proceder a consultas que, por su naturaleza, pudieran según criterios objetivos crear graves obstáculos al funcionamiento de la empresa o centro de trabajo o perjudicarles.

3. Sin perjuicio de los procedimientos nacionales existentes, los Estados miembros preverán recursos administrativos o judiciales en caso de que el empresario exija confidencialidad o no facilite información con arreglo a lo dispuesto en los apartados 1 y 2. Podrán establecer además procedimientos destinados a salvaguardar la confidencialidad de la información en cuestión".

forma de representatividad, de segundo o tercer grado, por la cual los representantes de dicho CEUr deben pertenecer previamente a alguno de los órganos de representación de los trabajadores, reconocidos como tales en los órganos nacionales. Las principales novedades de la Directiva están dirigidas a considerar transnacionales cuestiones que afecten al conjunto de la empresa o del grupo de empresas, siempre y cuando dicho grupo o tales empresas estén radicadas al menos en dos Estados miembros. También habrá aplicación de la Directiva, y esta es la principal novedad, cuando las empresas afectadas revistan una importancia susceptible de afectar a un número de trabajadores que desarrollen sus actividades entre dos o más Estados miembros.

En esta línea, el artículo 12 de la Directiva 2009/38 compele a los Estados miembros a garantizar un principio de articulación entre los niveles de información y consulta, interno y transnacional, al tiempo que insta a la preservación de las competencias nacionales. Una información que, puede decirse, admite el papel de la autonomía colectiva, no sólo en cuanto sus contenidos, sino también en lo que atañe a los cauces de procedimientos en los que dicha información se verifique (pudiendo a tales efectos entrar asimismo, entendemos, el uso generalizado de las TIC, en su caso, como alternativas a la constitución de la figura institucionalizada de un CEUr)⁴⁶³.

5.- Normativa europea sobre libre uso de las TIC y sus limitaciones; protección de datos personales

Las Directivas vistas en el epígrafe anterior hablan de información de condiciones de trabajo del empresario al trabajador, así como posibilitan los procesos comunicativos entre los agentes sociales. Las mismas no están puestas al día con arreglo al impacto de las TIC, y si bien lógicamente no las prohíben en las relaciones entre los agentes sociales, tampoco ayudan especialmente a su implantación. Esta falta de especialización y actualización normativa existe también en el terreno del uso libre

⁴⁶³ En consecuencia, según el artículo 6.3 de la Directiva 2009/38, en sus párrafos 1º y 2º: “La dirección central y la comisión negociadora podrán decidir por escrito establecer uno o más procedimientos de información y consulta en lugar de crear un comité de empresa europeo.

El acuerdo deberá prever las modalidades con arreglo a las cuales los representantes de los trabajadores tendrán derecho a reunirse para cambiar impresiones acerca de la información que les sea comunicada”. Por su parte esta Directiva tiene también un artículo 8 relativo a los principios de confidencialidad en la información similar al antes visto para la Directiva 2002/14. Extendemos así a esta otra Directiva los pareceres ya expresados en este terreno con relación a la anteriormente comentada.

de las TIC y su regulación, aunque de modo simétricamente opuesto. La misma está concebida para aplicarse entre personas físicas, asegurando los elementos sensibles de su intimidad como sujetos; sin embargo, aunque no se prohíba, y hasta cierto punto puedan conseguir resultados interesantes en el marco de las relaciones laborales, no están concebidas para éstas. En cualquier caso, las acciones de la Unión Europea están separadas, en lo laboral/comunicativo/interactivo por un lado, y presuntamente, en lo tecnológico/comunicativo/interactivo por otro.

Tenemos por tanto un primer grupo de normativas de la Unión Europea de naturaleza comunicativa entre agentes sociales que no están actualizadas ni especializadas en lo que corresponde a las TIC, mientras que las normativas europeas relativas a las TIC carecen de la necesaria especialización o concreción en lo que respecta a la posición característica de empresarios y trabajadores, sea a nivel de relaciones individuales de trabajo como colectivas.

El libre uso de las TIC tiene su límite en la libertad del otro, y dicha libertad no es en términos de uso, sino de respeto a esa faceta de la intimidad personal que no debe ser objeto de divulgación ni tratamiento por medios telemáticos. Si extendemos esta afirmación a nuestro campo de investigación, al libre uso de las TIC por parte de los empresarios debe corresponder un libre uso por parte de los trabajadores y sus representantes sindicales; es una libertad sinalagmática o en dos direcciones recíprocas. Pero de acuerdo con las normativas europeas no tenemos, con relación al libre uso de las TIC y sus limitaciones, ni empresarios ni trabajadores, simplemente ciudadanos, personas o usuarios. En esta manera, y en ausencia de una especialidad jurídico-laboral también para esta otra faceta de la realidad que ahora estudiamos, nos preguntamos acerca de los fundamentos que puedan existir en un libre uso de las TIC y los límites a las mismas con relación al ciudadano o justiciable europeo.

Al buscar iniciativas europeas en materia de libertades informáticas hay que entender que es una realidad a caballo de varios ámbitos propios de la construcción jurídica continental. Al ser algo propio del mundo de las tecnologías, el primer sector al que habríamos de dirigirnos en busca de respuestas tendría que ser el relativo a la política europea de investigación y desarrollo tecnológico o de I+D+i. Sin

embargo, y pese a su relevancia⁴⁶⁴, no es tal ámbito de actuación europea al que tendríamos que encaminarnos para encontrar sus desarrollos normativos.

Los referentes de la actuación de la Unión Europea en cuanto al libre uso de las TIC y sus limitaciones son eminentemente dos. El primero está a nivel originario y con sentido programático, identificado con el Capítulo II y el artículo 8 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE), así como con la Carta Comunitaria de Derechos Fundamentales de los Trabajadores (CCDFT), si bien ésta, aprobada en 1989, corresponde a una época muy anterior a la normalización de las TIC en la vida cotidiana de los sujetos, y por lo tanto carece de referencias expresas con arreglo a dicha cuestión. El segundo conjunto normativo se construye respecto de la base generalista diseñada para la armonización de legislaciones para la implantación del “mercado interior”, a partir sobre todo el Acta Única Europea de 1986. Se incluyen aquí la Directiva 95/46/CE de 24 de octubre de 1995 de protección de datos⁴⁶⁵ (recientemente reemplazada por un Reglamento 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016⁴⁶⁶) la Directiva 96/9/CE de

⁴⁶⁴ Las políticas I+D+i han ocupado un creciente interés en el seno de la Unión Europea. Dichas políticas han conocido la típica evolución en el proceso europeo; de ser un sector ignorado como tal en las primeras versiones del Derecho originario en las primeras versiones de los Tratados, para después aparecer en el mismo previa aparición oficiosa en el quehacer de las instituciones comunes. Ello se habría producido so capa de la cláusula de poderes suplementarios contenida en el hoy día artículo 358 del actual Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), sucesor del antiguo Tratado de la CE. La aprobación del Acta Única en 1986 supuso una auténtica novedad en lo relativo al futuro desarrollo de la política de investigación y desarrollo tecnológico. En este sentido, incorporó un entonces Título XV al TCE, luego Título XVIII, siendo este el acto de nacimiento oficial al nivel del Derecho originario de esta política. Su principal objetivo era fortalecer las bases científicas y tecnológicas de la industria europea, así como el desarrollo de su competitividad internacional, teniendo en cuenta el establecimiento del Mercado Interior y la ejecución de las políticas comunes, en particular en materia de competencia y de intercambios. Adviértase que la acción de la Unión Europea en este ámbito es eminentemente programática, tal como proclama el artículo 179.1 TFUE, a cuyo tenor: “La Unión tendrá por objetivo fortalecer sus bases científicas y tecnológicas, mediante la realización de un espacio europeo de investigación en el que los investigadores, los conocimientos científicos y las tecnologías circulen libremente, y favorecer el desarrollo de su competitividad, incluida la de su industria, así como fomentar las acciones de investigación que se consideren necesarias en virtud de los demás capítulos de los Tratados”. Las vías de acción se definen en el artículo 180, que comprende las siguientes:

- a) ejecución de programas de investigación, de desarrollo tecnológico y de demostración, promoviendo la cooperación con las empresas, los centros de investigación y las universidades, y de estas entidades entre sí;
- b) promoción de la cooperación en materia de investigación, de desarrollo tecnológico y de demostración europeos con los terceros países y las organizaciones internacionales;
- c) difusión y explotación de los resultados de las actividades en materia de investigación, de desarrollo tecnológico y de demostración europeos;
- d) estímulo a la formación y a la movilidad de los investigadores de la Unión”.

⁴⁶⁵ DOUE L Núm. 281 de 23. 11. 1995, Pág. 31, y transpuesta en LO 15/1999 de Protección de Datos.

⁴⁶⁶ DOUE L Núm. 115 de 4 de mayo de 2016.

bases de datos de 11 de marzo de 1996⁴⁶⁷, la Directiva 2006/24/CE de 15 de marzo de 2006, sobre conservación de datos⁴⁶⁸; y la Directiva 2009/136/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de noviembre de 2009, en materia de tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas⁴⁶⁹.

5.1.- Las TIC en los derechos fundamentales reconocidos a nivel de la Unión Europea

El referente principal en lo que hace a la existencia de un derecho al libre uso de las TIC, contrarrestado por un derecho a la intimidad en su empleo indiscriminado o potencialmente atentatorio a la intimidad, venía identificado con el Capítulo II y el artículo 8 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE) ⁴⁷⁰. Dicho texto, con los previos antecedentes de la CCDFT y Directiva 95/46, de la que nos ocuparemos seguidamente, fue el resultado de un procedimiento original y sin precedentes en la historia de la Unión Europea.

⁴⁶⁷ DOUE L Núm. 77 de 27 de marzo de 1996.

⁴⁶⁸ DOUE L Núm. 105 de 13 de abril de 2006, Pág. 54, y transpuesta en Ley 25/2007 de Conservación de Datos.

⁴⁶⁹ DOUE L Núm. 337 de 18 de diciembre de 2009, Pág. 11, Directiva por la que se modifican la Directiva 2002/22/CE relativa al servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas, la Directiva 2002/58/CE relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas y el Reglamento (CE) Núm. 2006/2004 sobre la cooperación en materia de protección de los consumidores. Se trata efectivamente, como apreciamos por su prolijo título, de un acto de reforma y reconfiguración de otras dos Directivas que parcialmente mantienen su vigor, las cuales tendremos asimismo la necesidad de tocar en el curso de nuestro análisis llegado el momento oportuno.

⁴⁷⁰ Suscrita en Niza el 7 de diciembre de 2000 y publicada en el DOUE de 18 de diciembre de 2000, su proceso de elaboración resultó complicado y tortuoso. Fue el Consejo Europeo de Colonia el que los días 3 y 4 de junio de 1999 otorgó a una Convención el mandato de redactar el proyecto de Carta; la Convención se constituyó en diciembre de 1999 y se aprobó el proyecto el 2 de octubre de 2000; dio su acuerdo unánime al proyecto y lo transmitió al Parlamento Europeo y a la Comisión; el Parlamento dio su acuerdo el 14 de noviembre de 2000, mientras que la Comisión lo hizo el 6 de diciembre. Finalmente los Presidentes el Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión, en nombre de sus respectivas instituciones, firmaron y proclamaron la Carta el 7 de diciembre de 2000. anticipemos asimismo que, tal como podremos ver en determinados pronunciamientos jurisprudenciales que veremos posteriormente, dicho artículo 8 de la CDFUE conoce igualmente paralelismos al menos en los preceptos contenidos en los artículos 8 y 10 del 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, los han sido empleados por la jurisprudencia del Tribunal de Derechos Humanos del Consejo de Europa, a fin de mediatizar entre la dualidad intimidad/libertad de expresión en el uso de las TIC. La remisión a dicha jurisprudencia por parte del Tribunal de Justicia de la Unión Europea se ha convertido, como igualmente podremos constatar en su debido momento, en pauta habitual para lo tocante a sus quehaceres con respecto a la materia.

La CDFUE, al consagrar el derecho fundamental a la protección de datos dio un paso imprescindible para la consagración de un entorno en donde libertad de uso comunicativo de las TIC y sus posibilidades, así como los límites a dicho empleo en términos claros y precisos. La CDFUE pretende delimitar, con carácter general, el conjunto de derechos que el justiciable europeo tiene en el manejo de las TIC para comunicarse, así como el régimen de deberes y restricciones que limita tales derechos.

La duda que se nos plantea es si dicho conjunto teórico generalista permite su extrapolación, a las relaciones laborales. Una primera lectura de la CDFUE hace a muchos inclinarse a que la misma, al consagrar el derecho fundamental a la protección de datos, confirió derechos europeos a los ciudadanos, llenando de paso algunas lagunas al respecto en la mayoría de textos constitucionales (caso del nuestro de 1978) aprobados mucho tiempo antes de la eclosión de las TIC como factor de comunicación e interrelación en las relaciones humanas.

La CDFUE plantea no pocas dudas acerca de su verdadera dimensión y capacidades efectivas como norma jurídica vinculante. Aparentemente, la CDFUE recoge en un único texto, por primera vez en la historia de la Unión Europea, el conjunto de los derechos civiles, políticos, económicos y sociales de los ciudadanos europeos y de todas las personas que viven en el territorio de la Unión. Estos derechos se agrupan en seis grandes capítulos, cuyo Capítulo II se refiere a las "Libertades". Los derechos de la CDFUE se basan esencialmente en los derechos y libertades reconocidos en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y la Carta Social Europea, ambos adoptados en el marco del Consejo de Europa, la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores (CCDFT) y otros textos similares adoptados en el marco de la política social comunitaria⁴⁷¹, los convenios internacionales a los que se han adherido la

⁴⁷¹ Cabe hacer cierta mención a la CCDFT, así como a otros textos europeos de amplio calado en materia laboral, a los fines de ver si de los mismos puede extraerse algún derecho reconocido a los mismos acerca del eventual recurso a las TIC en el desempeño de sus prerrogativas colectivas, o bien que de algún modo a partir de los mismos se permita entronizar el uso de aquéllas en el marco de los contextos de diálogo/enfrentamiento entre los interlocutores sociales.

Por lo que hace la CCDFT, aprobada en el Consejo Europeo de Estrasburgo los días 8 y 9 de diciembre de 1989 (y publicada por la Comisión Europea en Documentos europeos, Luxemburgo, mayo 1990). La misma, precedente para las posteriores "constitucionalizaciones" de Derechos fundamentales en el ámbito de la Unión Europea, unos derechos susceptibles potencialmente de acentuar el carácter de jurisdicción pseudo-constitucional del propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

La CCDFT por su fecha es como vemos, también muy anterior a la consolidación en el empleo masivo de las TIC para la comunicación e información. Por lo tanto, toda aproximación a la cuestión que nos afecta lo será por cuanto dicho texto ha venido recogiendo el vademécum

esencial de los derechos reconocidos a los trabajadores en materia de libre circulación, empleo y remuneración, mejora de las condiciones de vida y trabajo, protección social, libertad de asociación y negociación colectiva, formación profesional, igualdad de trato entre hombres y mujeres, información y participación en las decisiones que les afecten, protección de la salud y seguridad en el lugar de trabajo y protección de los niños y adolescentes, minusválidos y personas de edad avanzada. Esta Carta constituiría una declaración que abrió el camino de la reglamentación social jurídicamente vinculante posterior.

Haciendo un poco de historia, el origen de esta Carta se encuentra en la Carta Social del Consejo de Europa (Aprobada en Turín el 18 de octubre de 1961 y perfeccionada en instrumentos posteriores, como sería el Protocolo Adicional a la Carta Social Europea que prevé un sistema de reclamaciones colectivas, adoptado por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 22 de junio de 1995), y en los Convenios de la Organización Mundial del Trabajo, constituyendo una declaración solemne en la que estarían presentes los grandes principios rectores del Derecho laboral a nivel europeo. En este sentido, se enumeran una serie de derechos sociales a garantizar, así como a ser aplicados tanto por los Estados miembros como por las instituciones comunes en base a sus respectivas competencias. Según reza el Preámbulo de la Carta, el aspecto social ha de caminar correlativamente al desarrollo económico, debido a que, en caso de no producirse esta circunstancia, tanto la creación de empleo como la mejora de la economía en su conjunto, quedarían cuestionadas. El fin de la Carta se dirige a “consagrar los progresos realizados en el ámbito social, por la acción de los Estados miembros, de los interlocutores sociales y de la Unión Europea” y, en ningún modo, se justificaría regresión alguna en relación a la situación actualmente existente en cada uno de los Estados miembros.

Tal Carta recoge los derechos reconocidos a los trabajadores en materia de libre circulación, empleo y remuneración, mejora de las condiciones de vida y trabajo, protección social, libertad de asociación y negociación colectiva, formación profesional, igualdad de trato entre hombres y mujeres, información y participación en las decisiones que les afecten, protección de la salud y seguridad en el lugar de trabajo y protección de los niños y adolescentes, minusválidos y personas de edad avanzada. Esta Carta constituiría una declaración que abrió el camino de la reglamentación social jurídicamente vinculante posterior.

Adjunto a la Carta figura asimismo el Protocolo sobre Política Social, firmado únicamente por 11 de los entonces 12 Estados miembros (el Reino Unido fue la excepción) y que, posteriormente, también firmarían Austria, Suecia y Finlandia. No sería hasta 1997, con la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam, cuando este Protocolo quedara extendido a los entonces 15 Estados miembros. Con este Protocolo se desarrollaron los principios recogidos en la Carta de Derechos Sociales de los Trabajadores, marcando como objetivos de la Unión Europea y de los Estados miembros el fomento del empleo, la mejora de las condiciones de vida y trabajo, la protección social, el diálogo social, el desarrollo de los recursos humanos y la lucha contra las exclusiones. Se definen una serie de temas sobre los que el Consejo pasaría a decidir por mayoría cualificada, como las condiciones de trabajo, la protección de la salud y la seguridad de los trabajadores, la información y consulta a los trabajadores, la igualdad entre hombres y mujeres en el mercado laboral y la igualdad de trato en el lugar de trabajo. En materias consideradas como la seguridad social, la protección de los trabajadores tras la rescisión de un contrato laboral o la defensa colectiva de los intereses de trabajadores y empresarios permaneció la unanimidad, pues se trataba de ámbitos en los que los Estados eran más reticentes a ceder soberanía. Temas como el derecho de asociación, el derecho a la huelga y los cierres patronales quedaban fuera del campo de aplicación de este Protocolo, por ser de naturaleza aún más delicada para los Estados que aquéllos sobre los que se decidía por unanimidad.

El programa de derechos sociales fundamentales contenidos en esta Carta Europea y recogidos en el Título I de la misma vienen referidos a:

- Libertad de circulación, de empleo y remuneración.
- Mejora de las condiciones de vida y de trabajo.
- Protección social.
- Libertad de asociación y negociación colectivas.
- Formación profesional.
- Igualdad de trato entre hombres y mujeres.
- Información, consulta y participación de los trabajadores
- Protección de la salud y de la seguridad en el lugar de trabajo.
- Protección de los niños, adolescentes, personas de edad avanzada, y minusválidos.

El Título I prosigue con las reglas a seguir para la aplicación de la Carta y, en cuanto a las competencias de las instituciones comunes, el Consejo Europeo invita a la Comisión a la presentación de iniciativas para llevar a cabo y, de manera efectiva, la puesta en práctica de los derechos enumerados. Por otro lado, la Comisión deberá elaborar un informe anual sobre la aplicación de la Carta por parte de los Estados miembros y las instituciones comunes.

propia Unión Europea y sus Estados miembros, así como las tradiciones constitucionales de éstos últimos.

La cuestión del estatuto jurídico, es decir, la del carácter vinculante de la Carta, por efecto de su incorporación en el Tratado de la Unión Europea, fue planteada en el Consejo Europeo de Colonia, con matices que hacen pensar en su carácter

La misma configuración de otros textos sociales fundamentales en la Unión Europea, que por su fecha están lejos de abordar la cuestión de las TIC en el marco de las relaciones laborales, las hallamos en otros ejemplos, si bien por sus contenidos no es descabellado pensar la potencialidad de aplicar sus postulados, debidamente puestos al día, para que funcionen de acuerdo con las nuevas exigencias y posibilidades que para el diálogo/conflicto entre los agentes sociales y el desarrollo de los derechos colectivos. Así, en fecha posterior, anexo al Tratado de la Unión Europea salido de Maastricht y aprobado junto a éste en 1992 (Publicados ambos en el DO Serie C 224, de 31 de agosto de 1992), apareció el Protocolo sobre Política Social, firmado únicamente por 11 de los entonces 12 Estados miembros (el Reino Unido fue la excepción) y que, posteriormente, también firmarían Austria, Suecia y Finlandia. No sería hasta 1997, con la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam, cuando este Protocolo quedara extendido a los entonces 15 Estados miembros. Con este Protocolo se desarrollaron los principios recogidos en la Carta de Derechos Sociales de los Trabajadores, marcando como objetivos de la Unión Europea y de los Estados miembros el fomento del empleo, la mejora de las condiciones de vida y trabajo, la protección social, el diálogo social, el desarrollo de los recursos humanos y la lucha contra las exclusiones. Se definen una serie de temas sobre los que el Consejo pasaría a decidir por mayoría cualificada, como las condiciones de trabajo, la protección de la salud y la seguridad de los trabajadores, la información y consulta a los trabajadores, la igualdad entre hombres y mujeres en el mercado laboral y la igualdad de trato en el lugar de trabajo. En materias consideradas como la seguridad social, la protección de los trabajadores tras la rescisión de un contrato laboral o la defensa colectiva de los intereses de trabajadores y empresarios permaneció la unanimidad, pues se trataba de ámbitos en los que los Estados eran más reticentes a ceder soberanía. Temas como el derecho de asociación, el derecho a la huelga y los cierres patronales quedaban fuera del campo de aplicación de este Protocolo, por ser de naturaleza aún más delicada para los Estados que aquéllos sobre los que se decidía por unanimidad.

Finalmente a su vez, y en fecha inmediatamente próxima, en el Libro Blanco sobre Política Social Europea, aprobado el 5 de diciembre de 1993, se marcaron una serie de objetivos en materia social, como mejorar la capacidad competitiva de la Unión Europea y sus posibilidades de crecimiento generador de empleo, proteger los derechos de los trabajadores, fomentar el diálogo social y coordinar las acciones de la Unión Europea en los ámbitos económico y social. El principio general que regularía las actuaciones de la Unión Europea en materia social sería el de la equiparación por la vía del progreso de las condiciones de vida y trabajo de todos los ciudadanos de los Estados miembros; y los objetivos generales de la política social europea se podrían resumir en estos seis (inspirados por su parte en los objetivos de la Carta Social Europea de 1961 y en la Carta Europea de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores de 1989:

- Fomento del empleo
- Mejora de las condiciones de vida y trabajo
- Protección social
- Diálogo social
- Desarrollo de los recursos humanos
- Lucha contra la exclusión social.

A este respecto tampoco debemos desdeñar que el artículo 151 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, sucesor del antiguo Tratado de la Comunidad Europea dice: "La Unión y los Estados miembros, teniendo presentes derechos sociales fundamentales como los que se indican en la Carta Social Europea, firmada en Turín el 18 de octubre de 1961, y en la Carta de la Unión de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores, de 1989, tendrán como objetivo el fomento del empleo, la mejora de las condiciones de vida y de trabajo, a fin de conseguir su equiparación por la vía del progreso, una protección social adecuada, el diálogo social, el desarrollo de los recursos humanos para conseguir un nivel de empleo elevado y duradero y la lucha contra las exclusiones".

plenamente vinculante en término de derechos fundamentales⁴⁷². Es pues con esta mirada como tenemos que ver las menciones recogidas en su Capítulo II, y que comportan el referente más claro en materia de derechos y limitaciones en términos de uso comunicativa de las TIC (libertad de uso y limitación en lo que es la protección de datos de carácter personal. Efectivamente, el Capítulo II de la CDFUE se refiere de manera expresa a la protección de datos de carácter personal como derecho específico de los ciudadanos europeos⁴⁷³, con lo que puede deducirse que todo uso que no vulnere dicha limitación está permitido, eso sí considerando otros extremos igualmente merecedores de protección, como los que tienen que ver por ejemplo con los derechos de propiedad sobre los medios y programas informáticos. Bastaría pues que los interlocutores sociales se acogiesen a esta regla para normalizar, sin condiciones graciabiles o autorizaciones previas de ninguna clase, al empleo de las TIC en sus modos comunicativos con plena normalidad. Aquí sin embargo el problema para la extensión de estos derechos a las relaciones laborales radica en una cuestión de propiedad de los medios, esto es, que los mismos, pudiendo ser propiedad de la empresa, puedan ser empleados por los sindicatos y los trabajadores en la defensa de sus legítimos derechos de comunicación e información, algo que de por sí la CDFUE, por su sentido más generalista, no es capaz de proporcionar de modo expreso.

La CDFUE en su artículo 8 transmite explícitamente la noción de que el derecho a la protección de datos personales siendo uno de los más detallados. Sin embargo consideramos que este precepto no sirve para proclamar un derecho de libre empleo, sino para protegerse de intromisiones a la intimidad con el uso de las TIC. Y dicha intromisión no se puede sólo concebir del empresario hacia los trabajadores, sino que asimismo cabe pensar en un contexto inverso, esto es, que los trabajadores por el uso de las TIC puedan vulnerar aspectos de intimidad de los

⁴⁷² Debe recordarse que la Convención redactó el proyecto de Carta desde la perspectiva de la posible incorporación de la misma al Tratado y que el Parlamento Europeo se manifestó a favor de dicha incorporación en enero de 2001. De hecho, el último artículo de la Carta trata del nivel de protección, estableciendo que éste último debe mantenerse al nivel ofrecido actualmente en sus respectivos ámbitos de aplicación; el Derecho de la Unión, el Derecho de los Estados miembros, y el Derecho Internacional. Se menciona, debido a su importancia, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos humanos y de las Libertades Fundamentales del Consejo de Europa. El nivel de protección ofrecido por la CDFUE no podrá, bajo ningún concepto, ser inferior al garantizado por el Convenio europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales del Consejo de Europa.

⁴⁷³ Tal Capítulo II de la Carta dispone que: "1. Toda persona tiene derecho a la protección de datos de carácter personal que la conciernan.

2. Estos datos se tratarán de modo leal, para fines concretos, y sobre la base del consentimiento de la persona afectada, o en virtud de otro fundamento legítimo previsto por la Ley. Toda persona tiene derecho a acceder a los datos recogidos que la conciernan y a su rectificación.

3. El respecto de estas normas quedará sujeto al control de una autoridad independiente".

empresarios. Este artículo 8 conoce una existencia independiente con referencia a otros derechos conexos como son los relativos a la vida privada, familiar y domicilio del artículo 7.

Con independencia de que puedan ser empresarios o trabajadores, el artículo 8 consagra el poder de disposición del ciudadano sobre sus propios datos, al establecer que sin el consentimiento del afectado no se realizarán tratamientos de datos personales. La gestión y supervisión de la materia queda confiada a las que sean designadas como autoridades independientes⁴⁷⁴. Dicho precepto se basa en los precedentes del entonces Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (actual Tratado de Funcionamiento), en la parte relativa a la armonización de legislaciones, en la experiencia derivada de la Directiva 95/46, así como en el Convenio del Consejo de Europa para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal, ratificado por todos los Estados miembros⁴⁷⁵. De conformidad con el artículo 8 de la CDFUE, el derecho a la protección de datos de carácter personal se ejerce con referencia a los precedentes normativos habidos en la materia (Directiva 95/46, reemplazada por Reglamento 2016/679, y artículo 52 de la CDFUE) los cuales ya fijaron el objeto y límites de los derechos garantizados. En el apartado 1 de dicho artículo se fijan precisamente las limitaciones. La fórmula empleada se inspira en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea⁴⁷⁶. El apartado 2 precisa que cuando un derecho se

⁴⁷⁴ La influencia del posicionamiento europeo, a la hora de diferenciar este derecho de intimidad respecto de las TIC y el tratamiento de datos del artículo 8 de la CDFUE con relación a la visión más tradicional de la intimidad enlazada con la tradición constitucional más conocida o antigua ha sido puesta de manifiesto por algún autor. En tal sentido Vid. FERNANDEZ LOPEZ, J. L.: "El derecho fundamental a la protección de datos personales", *Revista Orosí del Ilre. Colegio de Abogados de Madrid* del 25 de abril de 2001. El mencionado autor hace constar el impacto de esta visión europea a la hora de diferenciar ambas clases de derecho a la intimidad en la posición de la jurisprudencia española. Hace por ello mismo cita de la Sentencia del Tribunal Constitucional Núm. 292/2000 de 30 de noviembre, que configuró el derecho a la protección de datos como un derecho fundamental autónomo, desarrollando así hasta sus últimas consecuencias su propia doctrina iniciada en sentencias como la Núm. 253/1993. Todo ello habría traído por consecuencia la ampliación de datos personales sin importar el medio o el cauce, viniendo a coincidir con los principios que alentarían la LO de Protección de datos, de 13 de diciembre de 1999 (la cual, pretende ser el trasunto de la Directiva 95/46, de la cual nos ocuparemos a su vez en el curso de la presente sección).

⁴⁷⁵ El cual, siendo nada menos que de fecha del 28 de enero de 1981 fue considerado poco menos que profético y enormemente avanzado en su época en la cuestión del tratamiento complejo de las TIC desde su perspectiva jurídica.

⁴⁷⁶ Leemos así, con expresiones y referencias tomadas del antiguo Tratado constitutivo de la Comunidad Europea: "Según la jurisprudencia consolidada del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, pueden establecerse restricciones al ejercicio de estos derechos, en particular, en el ámbito de una organización común de mercado, siempre que dichas restricciones respondan efectivamente a objetivos de interés general perseguidos por la Comunidad y no constituyan, teniendo en cuenta el objetivo perseguido, una intervención desmesurada e intolerable que afecte a la esencia misma de dichos derechos, u otros intereses protegidos por disposiciones, como el

deriva de los Tratados, queda sometido a las condiciones y límites establecidos en éstos; es decir, la Carta no modifica el régimen de los derechos conferidos por los Tratados. De otro tanto, el apartado 3 pretende garantizar la coherencia necesaria entre la CDFUE y el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales del Consejo de Europa, sentando el principio, en función del cual, en la medida en que los derechos de la CDFUE corresponden también a derechos garantizados por aquél, su sentido y alcance, incluidas las limitaciones que se contemplen, resultan ser idénticos en su configuración, esencia y desarrollo.

5.2.- TIC y régimen jurídico de la protección de datos en la Unión Europea

Junto a disposiciones más programáticas o generales a nivel de derechos fundamentales, son normativas más específicas, dadas en clave de armonización europea las que determinan de un modo más concreto la extensión del libre uso de las TIC, con el freno principal (si bien existen otros posibles), de la salvaguardia de la intimidad y de la protección de los datos personales.

La norma esencial que ha estado en vigor durante más de veinte años ha sido la Directiva 95/46. La misma ha desempeñado el papel de norma general, y ha estado complementada por otras normativas específicas. La Directiva 95/46 ha sido reemplazada por el Reglamento 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos). Dicho reglamento será aplicable a partir del 25 de mayo de 2018 (artículo 99), entendiéndose que hasta dicha fecha seguirán siendo aplicables las normas nacionales de transposición de la directiva 95/46. A pesar de todo, y dada la complejidad de la materia en causa, se confía a la Comisión que pueda presentar propuestas de nuevos Reglamentos de aplicación con carácter específico con respecto de este Reglamento general (artículos 97 y 98), para lo cual deberá rendir cuentas ante Consejo y Parlamento europeo.

artículo 30 o el apartado 3 del artículo 39 (referidos como sabemos a la proscripción de las restricciones cuantitativas al comercio entre los Estados miembros y a las medidas de efecto equivalente)”.

Así las cosas, en nuestra investigación tendremos que hacer un estudio sobre la cuestión de la protección de datos en el marco de las TIC y sus lecturas para las relaciones laborales que contemple la tradición representada por la Directiva 95/46 y las demás Directivas de aplicación de la misma, juntamente con el reemplazo de dicha Directiva por parte del Reglamento 2016/679. En estos momentos todo este conjunto normativo integra el régimen de la protección de datos, el cual deberá ser en el marco de nuestra investigación, y así poder sacarle en su caso las utilidades que pueda proporcionar en para el desarrollo de las relaciones laborales en el contexto de las TIC.

5.2.1.- Antecedentes, marco normativo general y ámbito de aplicación de la normativa europea

Tales antecedentes se identifican con el propio proceso de concepción y andadura de la Directiva 95/46 y la experiencia que con la misma se ha aquilatado a lo largo de todos estos años. La doctrina reconoció desde un primer momento a la Directiva 95/46 un valor esencial a la hora de informar la articulación de las TIC en las relaciones entre los sujetos envueltos en la relación de trabajo⁴⁷⁷. La Directiva 95/46, fruto de un largo proceso de elaboración en sede institucional europea, y que conoció al menos dos propuestas a cargo de la Comisión⁴⁷⁸, y de una posición común del Consejo previa a su adopción⁴⁷⁹, vino a colmar el vacío entonces existente en una materia tan sensible y actual. De hecho, el recurso a una Directiva y la consiguiente uniformización de las normativas nacionales parecía algo adecuado ante las diferencias considerables que estaban presentes en ellos, cuando

⁴⁷⁷ Como referencias científicas concretas que apuntan a dicha aseveración Vid. entre otros: TELLEZ AGUILERA, A.: *Nuevas tecnologías, intimidad y protección de datos*, Edisofer, Madrid, 2001, TELLEZ AGUILERA, A.: *La protección de datos en la Unión Europea, divergencias, normativas y anhelos unificadores*, Edisofer, Madrid, 2002; MURILLO DE LA CUEVA, P. L.: *Informática y protección de datos personales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993; DAVARA RODRIGUEZ, M.: *La protección de datos en Europa*, Grupo Asnef, Equifax, Madrid, 1998; SUÑE LLINAS, E.: *Tratado de derecho informático: Introducción y protección de datos personales*, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, 2000. Mucho más recientemente, Vid. THIBAUT ARANDA, J.: “La vigilancia del uso de internet en la empresa y la protección de datos personales”, *Relaciones laborales*, Madrid, 2009, Núm. 1, págs. 215-226.

⁴⁷⁸ La primera en Propuesta de Directiva relativa a la protección de las personas en lo referente al tratamiento de datos personales, Doc. COM (90), 314 final de 24 de septiembre de 1990, y la segunda en Propuesta modificada de Directiva del Consejo, 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, Doc. COM (92) 422 final, de 15 de octubre de 1992).

⁴⁷⁹ Posición común CE Núm. 1/95, adoptada por el Consejo de Ministros el 20 de febrero de 1995, DOUE Núm. C 93/22 de 13 de abril de 1995.

no había Estados miembros que carecían absolutamente de regulación al respecto con anterioridad (caso del nuestro). La idiosincrasia de la Directiva sólo es garantista de derechos por aproximación, puesto que lo que realmente pretende es ensacar la cuestión del uso de datos personales y normalización en el manejo de las TIC como un factor esencial en la consecución del “mercado interior”. Un “mercado interior”, añadiremos, en donde el papel de los interlocutores sociales ocupa un papel relevante. En la opinión de la misma Comisión, esta Directiva se inscribe en el contexto de creación de un espacio europeo de información, en el que el tratamiento de datos personales con el paulatino uso de las TIC iría aumentando de forma sustancial. Así, la aparición de las conocidas como “autopistas de la información” crearía posibilidades de tratamiento de datos cada vez más susceptibles de generar intromisiones inadmisibles en la vida privada. Pero dicho riesgo no debería abocar a desconsiderar irresponsablemente el indudable impacto de las TIC en la sociedad, que ya se habría abierto paso de modo imparable⁴⁸⁰.

La sustitución de la Directiva 95/46 por el Reglamento 2016/679 habría obedecido a la conciencia en sede europea de que las medidas nacionales de transposición como mecanismo idóneo en el terreno en causa resultaban insuficientes y dispersas. Sin sustituir a las autoridades nacionales responsables en la aplicación y ejecución de la protección de datos, se les priva de su poder normativo general en esta materia, en aras a una mayor efectividad (Considerandos 6 y 8 de la Exposición de Motivos del Reglamento)⁴⁸¹. Por su parte, es el considerando 9 del Reglamento el

⁴⁸⁰ A tal respecto Vid. nota de prensa, Comisión Europea 4551/95 (Presse 32-G), del 6 de noviembre de 1995. En fechas casi inmediatas este sentir se reflejó en numerosos autores que dedicaron a esta cuestión una labor no sólo investigadora, sino de divulgación o concienciación. Vid. TREJO DELABRE, R.: *La nueva alfombra mágica. Usos y mitos de internet, la red de redes*, Fundesco, Madrid, 1996; CASTELLS OLIVAN, M.: *La galaxia internet. Reflexiones sobre internet, empresa y sociedad*, Areté, Madrid, 2001.

⁴⁸¹ Según el Considerando 6: “La rápida evolución tecnológica y la globalización han planteado nuevos retos para la protección de los datos personales. La magnitud de la recogida y del intercambio de datos personales ha aumentado de manera significativa. La tecnología permite que tanto las empresas privadas como las autoridades públicas utilicen datos personales en una escala sin precedentes a la hora de realizar sus actividades. Las personas físicas difunden un volumen cada vez mayor de información personal a escala mundial. La tecnología ha transformado tanto la economía como la vida social, y ha de facilitar aún más la libre circulación de datos personales dentro de la Unión y la transferencia a terceros países y organizaciones internacionales, garantizando al mismo tiempo un elevado nivel de protección de los datos personales”. Y leemos en el Considerando 9: “Aunque los objetivos y principios de la Directiva 95/46/CE siguen siendo válidos, ello no ha impedido que la protección de los datos en el territorio de la Unión se aplique de manera fragmentada, ni la inseguridad jurídica ni una percepción generalizada entre la opinión pública de que existen riesgos importantes para la protección de las personas físicas, en particular en relación con las actividades en línea. Las diferencias en el nivel de protección de los derechos y libertades de las personas físicas, en particular del derecho a la protección de los datos de carácter personal, en lo que respecta al tratamiento de dichos datos en los Estados miembros pueden impedir la libre circulación de los datos de carácter personal en la Unión. Estas diferencias pueden constituir, por lo tanto, un obstáculo al ejercicio de las actividades económicas a nivel de la Unión,

317

que refleja las condiciones que motivaron la sustitución de la Directiva por un Reglamento. Se reivindican los logros de la Directiva en estos casi veinte años de vigencia, pero se considera llegado el momento de eliminar las divergencias que existían en su aplicación en las diversas normativas nacionales de aplicación para seguir avanzando⁴⁸².

El artículo 1 del Reglamento determina, en cuanto a sus objetivos y ámbito de aplicación, un doble propósito; por un lado, la protección de las libertades y derechos fundamentales de las personas físicas, sobre todo de su vida privada en lo tocante al tratamiento de datos de carácter personal, y por otro lado, la garantía de la libre circulación (y empleo), de dichos datos entre los Estados miembros, la cual no puede estar restringida por excesos de celo en la protección a dichos derechos⁴⁸³. Excluidas en principio de las labores de transposición en normas nacionales que existían con respecto de la Directiva 95/46, las autoridades nacionales deben en cualquier caso garantizar los derechos y libertades de las personas físicas no aboque a excesivas limitaciones que equivalgan en la práctica a una interdicción efectiva de uso de las posibilidades de uso de las TIC y de empleo de datos en aspectos de comunicación entre los sujetos. El artículo 1, por lo tanto, establece una liberalización controlada como una norma al alcance de los ciudadanos.

La aportación más fundamental del Reglamento está en sus artículos 9.2 *h)* y 88, que recogen por primera vez en el entorno de la Unión Europea normas específicas

falsear la competencia e impedir que las autoridades cumplan las funciones que les incumben en virtud del Derecho de la Unión. Esta diferencia en los niveles de protección se debe a la existencia de divergencias en la ejecución y aplicación de la Directiva 95/46/CE”

⁴⁸² Leemos en el Considerando 9 del Reglamento: “Aunque los objetivos y principios de la Directiva 95/46/CE siguen siendo válidos, ello no ha impedido que la protección de los datos en el territorio de la Unión se aplique de manera fragmentada, ni la inseguridad jurídica ni una percepción generalizada entre la opinión pública de que existen riesgos importantes para la protección de las personas físicas, en particular en relación con las actividades en línea. Las diferencias en el nivel de protección de los derechos y libertades de las personas físicas, en particular del derecho a la protección de los datos de carácter personal, en lo que respecta al tratamiento de dichos datos en los Estados miembros pueden impedir la libre circulación de los datos de carácter personal en la Unión. Estas diferencias pueden constituir, por lo tanto, un obstáculo al ejercicio de las actividades económicas a nivel de la Unión, falsear la competencia e impedir que las autoridades cumplan las funciones que les incumben en virtud del Derecho de la Unión. Esta diferencia en los niveles de protección se debe a la existencia de divergencias en la ejecución y aplicación de la Directiva 95/46/CE.

⁴⁸³ En concreto, el artículo 1 presenta expresiones del tenor siguiente: “1. El presente Reglamento establece las normas relativas a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de los datos personales y las normas relativas a la libre circulación de tales datos. 2. El presente Reglamento protege los derechos y libertades fundamentales de las personas físicas y, en particular, su derecho a la protección de los datos personales. 3. La libre circulación de los datos personales en la Unión no podrá ser restringida ni prohibida por motivos relacionados con la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales.”.

respectos al tratamiento de datos en las relaciones laborales. El primero de estos preceptos recoge la posibilidad que ciertos datos, normalmente prohibidos para su tratamiento, puedan ser considerados en el marco de las relaciones laborales dentro de ciertas circunstancias.⁴⁸⁴ El artículo 88 menciona la posibilidad de una posible regulación de la protección de datos en el marco de las relaciones laborales. Sin embargo, aquí el Reglamento tiene un carácter incompleto, al a legislación nacional o convenios colectivos para extender la aplicación de sus preceptos con carácter específico al mundo laboral⁴⁸⁵.

Otra dificultad que el Reglamento 2016/679 arrastra y que está sin resolver desde la Directiva 95/46, es que la norma europea de protección de datos no se aplica a las empresas en cuanto sean personas jurídicas. Al igual que su antecedente la Directiva, el Reglamento hace referencia a la consecución del “mercado interior” como una manera de esquivar una correcta consideración de las consecuencias jurídicas y sociales de las cuales se derivan derechos fundamentales de los ciudadanos, a la par que reivindica las TIC como un factor económico, tanto en sí mismas, como en su sentido de vehículo imprescindible en una realidad propia de la

⁴⁸⁴ Dice el artículo 9.1. “Quedan prohibidos el tratamiento de datos personales que revelen el origen étnico o racial, las opiniones políticas, las convicciones religiosas o filosóficas, o la afiliación sindical, y el tratamiento de datos genéticos, datos biométricos dirigidos a identificar de manera unívoca a una persona física, datos relativos a la salud o datos relativos a la vida sexual o las orientaciones sexuales de una persona física”. El párrafo 2 del mismo artículo reza: “El apartado 1 no será de aplicación cuando concurra una de las circunstancias siguientes” (...): Artículo 9. 2 h) “el tratamiento es necesario para fines de medicina preventiva o laboral, evaluación de la capacidad laboral del trabajador, diagnóstico médico, prestación de asistencia o tratamiento de tipo sanitario o social, o gestión de los sistemas y servicios de asistencia sanitaria y social, sobre la base del Derecho de la Unión o de los Estados miembros o en virtud de un contrato con un profesional sanitario y sin perjuicio de las condiciones y garantías contempladas en el apartado 3”.

⁴⁸⁵ Significativa novedad que, anticipada en el Considerando 155, el artículo 88, dedicado al tratamiento en el ámbito laboral desarrolla en tres puntos: “1. Los Estados miembros podrán, a través de disposiciones legislativas o de convenios colectivos, establecer normas más específicas para garantizar la protección de los derechos y libertades en relación con el tratamiento de datos personales de los trabajadores en el ámbito laboral, en particular a efectos de contratación de personal, ejecución del contrato laboral, incluido el cumplimiento de las obligaciones establecidas por la ley o por el convenio colectivo, gestión, planificación y organización del trabajo, igualdad y diversidad en el lugar de trabajo, salud y seguridad en el trabajo, protección de los bienes de empleados o clientes, así como a efectos del ejercicio y disfrute, individual o colectivo, de los derechos y prestaciones relacionados con el empleo y a efectos de la extinción de la relación laboral.

2. Dichas normas incluirán medidas adecuadas y específicas para preservar la dignidad humana de los interesados así como sus intereses legítimos y sus derechos fundamentales, prestando especial atención a la transparencia del tratamiento, a la transferencia de los datos personales dentro de un grupo empresarial o de una unión de empresas dedicadas a una actividad económica conjunta y a los sistemas de supervisión en el lugar de trabajo.

3. Cada Estado miembro notificará a la Comisión las disposiciones legales que adopte de conformidad con el apartado 1 a más tardar el 25 de mayo de 2018 y, sin dilación, cualquier modificación posterior de las mismas”.

sociedad del conocimiento⁴⁸⁶. No obstante, el Considerando 14 de la Exposición de Motivos del Reglamento excluye expresamente a los agentes económicos como beneficiarios del mismo, siendo sólo contemplados las personas físicas. De este modo, las legislaciones relativas a la protección de las personas jurídicas con relación al tratamiento de los datos que las conciernan no son objeto de normativa europea, exclusión que ya existía en la Directiva 95/46 y que el Reglamento 2016/679 mantiene. ¿Están sindicatos y empresas, entes jurídicos, precisamente excluidos del marco de la normativa comunitaria en sus procesos de interacción y diálogo por medio de las TIC, al margen de la protección de datos deparada por aquélla? ¿Ha de interpretarse ello como prohibición absoluta, o bien al contrario, como libertad absoluta en los términos de una pura y dura desregulación?

Para intentar dar respuesta a estos interrogantes ha de tenerse sin embargo en cuenta que la presencia de tales claudicaciones o cláusulas incompletas del Reglamento no significan necesariamente que todo el conjunto de sus disposiciones indisponibles puedan excluirse sin más para a las relaciones entre trabajadores y empresarios. Todo el marco general del reglamento en cuanto a las personas beneficiarias, y en su caso, obligadas a las reglas de la protección de datos les serán aplicables. Y ello empieza con el importante glosario que despliega el Reglamento. Recoge aquí los antecedentes de la Directiva 95/46, con la diferencia de que dichas definiciones no están ya concebidas para unas labores de transposición en normas nacionales que ya no son requeridas, y que incluso, salvo en las concesiones hechas por el mismo Reglamento, en las que el mismo aparezca incompleto, estén directamente prohibidas por la legalidad comunitaria.

El Reglamento 2016/679, determina en sus tres primeros artículos su objeto y ámbitos material y territorial de aplicación⁴⁸⁷. Por lo que respecta al ámbito material,

⁴⁸⁶ Así leemos en Considerando 7: “Estos avances requieren un marco más sólido y coherente para la protección de datos en la Unión Europea, respaldado por una ejecución estricta, dada la importancia de generar la confianza que permita a la economía digital desarrollarse en todo el mercado interior.”

⁴⁸⁷ En cuanto al su impacto territorial llama la atención que el Reglamento en su artículo 3 proclame que: “1. El presente Reglamento se aplica al tratamiento de datos personales en el contexto de las actividades de un establecimiento del responsable o del encargado en la Unión, independientemente de que el tratamiento tenga lugar en la Unión o no.

2. El presente Reglamento se aplica al tratamiento de datos personales de interesados que residan en la Unión por parte de un responsable o encargado no establecido en la Unión, cuando las actividades de tratamiento estén relacionadas con:

a) la oferta de bienes o servicios a dichos interesados en la Unión, independientemente de si a estos se les requiere su pago, o
b) el control de su comportamiento, en la medida en que este tenga lugar en la Unión.

el Reglamento concreta en el artículo 2 su ámbito de aplicación por medio de la determinación de criterios distintos, según que los datos sean o no objeto de tratamiento informatizado. Con respecto a los segundos, el régimen del Reglamento sólo será aplicable si los mismos están contenidos en un fichero. Hecha esta consideración, el Reglamento ha lugar a aplicarse como regla común a los datos de carácter personal estructurados por su organización en un fichero manual, o por su inclusión en un fichero automatizado. ¿Qué ocurre con los datos personales aislados objeto de un proceso de interconexión? La respuesta deberá hallarse en otros pasajes del Reglamento. La referencia a tratamientos “completamente o en parte” automatizados demuestra explícitamente que el tratamiento ha de constituir un todo, incluso aunque sólo esté informatizada una parte de dicho tratamiento. De este modo la atención se centra en los datos utilizados y en el conjunto de operaciones relacionados con los mismos, y siempre en atención a los fines perseguidos por el agente que opere con dichos datos.

Por lo demás, el Reglamento adolece de ciertas exclusiones de aplicación que establecen un amplio régimen de excepciones, construida por medio de conceptos jurídicos indeterminados, las cuales pueden generar una grave quiebra en el sistema de garantías consagrado por la norma europea, y conferir muchas oportunidades a los Estados y demás agentes para conseguir inmiscuirse en un elevado número de datos personales sin someterse a control alguno⁴⁸⁸.

3. El presente Reglamento se aplica al tratamiento de datos personales por parte de un responsable que no esté establecido en la Unión sino en un lugar en que el Derecho de los Estados miembros sea de aplicación en virtud del Derecho internacional público”.

⁴⁸⁸ El punto 2 del artículo 2 del Reglamento excluye la aplicación del mismo al tratamiento de datos personales:

- a) en el ejercicio de una actividad no comprendida en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión;
- b) por parte de los Estados miembros cuando lleven a cabo actividades comprendidas en el ámbito de aplicación del capítulo 2 del título V del TUE;
- c) efectuado por una persona física en el ejercicio de actividades exclusivamente personales o domésticas;
- d) por parte de las autoridades competentes con fines de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales, o de ejecución de sanciones penales, incluida la de protección frente a amenazas a la seguridad pública y su prevención”.

Estas exclusiones tienen sus antecedentes en las contenidas en el artículo 13 de la Directiva 95/46, si bien ésta manejaba, en el lenguaje típico de la época, marcada por la existencia de la conocida como “Estructura de pilares”, una distinción entre lo que propiamente pertenece al pilar Comunidad y lo relativo a los otros dos pilares de Unión (derogada formalmente, aunque en la práctica existente en la actualidad). Así las cosas, la Directiva se veía excluida en su aplicación para aspectos “ajenos al Derecho comunitario en su estado actual”, tales como los puntos propios de la Política Exterior y de Seguridad Común o la Cooperación en Asuntos de Justicia e Interior, actual Espacio Europeo de Libertad, seguridad y Justicia. En todo caso se excluye la aplicación de la Directiva en los tratamientos propios de las “exigencias de soberanía de los Estados” cuyo objeto sea la seguridad pública, la defensa, la seguridad pública y las actividades del Estado relativas a algunos ámbitos propios del Derecho penal. Son aspectos tenidos como propiamente

Acto seguido el Reglamento despliega en su artículo 4, un extenso e interesante glosario de términos y definiciones legales que pueden ser de enorme utilidad, siquiera orientativa, si es que se confirman las dudas anteriormente detectadas, en cuanto a su no aplicabilidad a contextos propios de diálogo en clave de las TIC entre interlocutores sociales. Merece pues la pena, en todo caso, detenernos en un análisis pormenorizado de dicha terminología, la cual comprende los vocablos o acepciones siguientes:

a).- “Datos personales”.- Se encuentran definidos como “toda información sobre una persona física identificada o identificable”, o en otros términos, como “el interesado”. Se considerará identificable toda persona cuya identidad pueda determinarse, directa o indirectamente, en particular, “mediante un número de identificación o uno o varios elementos específicos, característicos de su identidad física, fisiológica, psíquica, económica, cultural o social”. Así, el Reglamento intenta plantear claramente los criterios que permiten delimitar el ámbito de los datos referentes a una persona identificable, a fin de distinguirlos de datos anónimos que se encuentran fuera del ámbito de protección. Por un lado, el artículo 4 punto primero menciona a título de ejemplo una lista de elementos que pueden permitir la identificación de una persona, mientras que por otro lado, el Considerando 26 enuncia precisamente los criterios que permiten determinar si una persona es identificable. Tales criterios son en concreto los siguientes: primero, el de los medios que pueden ser razonablemente utilizados para identificar a dicha persona; y, segundo, el de la persona susceptible de utilizar dichos medios que pueden ser, o bien el responsable de tratamiento, o bien una tercera persona.

expresivos de una naturaleza intergubernamental, apartadas en principio del proceso ordinario de aplicación y control comunitario.

Pero son los elementos derivados de las cuestiones de orden público, seguridad nacional del Estado, la defensa nacional o salud pública aquellos que la Directiva contemplaba como causas más relevantes de exclusión en su aplicación (y por ende, de riesgo de que la misma Directiva quede inoperante en amplios segmentos). Indudablemente estarían incluidos todos los aspectos relativos a la protección militar del Estado, la seguridad pública entendida como comprensiva de todas las funciones policiales del Estado, incluida la prevención del crimen, cualquier tratamiento de datos cuya finalidad consistiese en ayudar a la prevención, investigación, detección y represión de infracciones penales o infracciones de la deontología en las profesiones reglamentadas. También siempre que ello viniese justificado para proteger un interés económico y financiero importante de un Estado miembro o de la Unión Europea, comprendidos los asuntos de naturaleza presupuestaria. E igualmente eran excluidos del ámbito de aplicación de la Directiva los tratamientos de datos en el ejercicio de actividades exclusivamente domésticas (siendo el ejemplo típico el relativo al uso de agendas personales). Se preveían igualmente exclusiones en la cuestión de los tratamientos de datos cuando los mismos obedezcan a fines de investigación científica, recopilaciones estadísticas propias de los servicios públicos, o cuando entren en colisión con los derechos de libertad de prensa, de medios audiovisuales o libertad de expresión. Mucha de esta idiosincrasia no ha pasado de todos modos al actual Reglamento 2016/679.

De hecho, el dispositivo de video-vigilancia de una empresa podría entrar claramente en el ámbito de protección cuando permite la identificación de los agentes habilitados a acceder a los locales. De la misma manera, las informaciones codificadas que transmite un médico a los servicios médicos de empresa con relación a los trabajadores sobre la reacción que puede tener un trabajador en baja respecto de nuevo medicamento constituyen datos de carácter personal, cuando dicho médico de hecho cuenta con la facultad de identificar a los trabajadores afectados. También contaría la pertenencia del trabajador a un sindicato, a una categoría profesional, etc., las posibilidades de aplicar tales definiciones al entorno propio de las relaciones laborales son infinitas. Por consiguiente, una persona puede identificarse de manera directa, mediante un nombre, o de manera indirecta, mediante un número de teléfono, matrícula, número de cotización a la Seguridad Social, o mediante todo haz de datos definitivos que permita aislarla de un grupo (edad, cargo desempeñado, dirección, etc.), sin olvidar que la definición incluye de la misma manera datos como la voz, la imagen, las huellas dactilares o cualquier otro rasgo genético.

b).- “Tratamiento de datos personales”.- Esta noción delimita el campo material de aplicación de la Directiva. En efecto, la misma se refiere tanto a los ficheros manuales como a los ficheros automatizados (pensamos en los libros de matrícula de personal de las empresas, sin ir más lejos). El régimen del Reglamento se aplica a toda forma de tratamientos automatizados (lo estén así inicialmente o procedan del previo procesamiento de datos manuales), puesto que comprende la integridad de los datos desde su recogida hasta su supresión, pasando por su organización, conservación, elaboración o modificación, extracción, consulta, utilización, comunicación por transmisión, difusión o cualquier otra forma que facilite el acceso a los mismos, interconexión, así como su bloqueo, supresión o destrucción. En efecto, se considera que el concepto de fichero, identificado como algo basado en el contexto del desarrollo de la automatización y de las telecomunicaciones, basta por su identificación con la noción de tratamiento para permitir la aplicación de los mecanismos de protección a la intimidad contemplados en el Reglamento, y por ende, para ampliarla a toda tecnología u organización particular de datos. Las operaciones de recopilación de datos constituyen en si mismas tratamiento de datos; así las cosas, la noción de utilización a los efectos acabados de expresar hace que, según el punto segundo del artículo 4, se opte por una noción omnicomprendiva de la idea de “tratamiento de datos”.

c).- “Fichero de datos personales”.- Recogido su alcance en los puntos 6 y 15 del artículo 4 del Reglamento, alienta el propósito de que en su noción entre en toda aplicación a tratamientos no automatizados, así como en cualquier procedimiento transitorio destinado a su ulterior procesamiento. La noción por lo así visto sólo es pues pertinente en lo referido a los ficheros manuales, En efecto, permite circunscribir el ámbito de aplicación del Reglamento a los datos estructurados para facilitar el acceso y la búsqueda de aquellos que se refieran a las personas físicas. Quedan excluidos los datos personales que no estén organizados para su utilización en relación con los interesados. Por añadidura, lo señalado se aclara en el Considerando 15, que detalla la diferenciación acabada de describir y sus efectos, distinguiendo por una parte el tratamiento automatizado de datos personales que se encuentran o no en un fichero, y por otra, el tratamiento no automatizado de datos incluidos o en vistas a su figuración en un fichero. El concepto de fichero contempla todo conjunto estructurado de datos personales, accesibles con arreglo a criterios determinados, ya sea centralizado, descentralizado o repartido de forma funcional o geográfica. El citado Considerando 15 precisa que el fichero así definido debe ser estructurado según criterios específicos relativos a las personas, a fin de que se pueda acceder fácilmente a los datos de carácter personal de que se trata. Se observa efectivamente que los archivos que agrupan datos de carácter personal no organizados de acuerdo con procedimientos telemáticos se encuentran prácticamente desaparecidos en la Administración, mientras que son más frecuentes en las empresas constituidas de manera no estructurada. Los archivos no estructurados, o ajenos a un procesamiento mediante TIC, y que no podrían ser accesibles ni divulgables de modo telemático constituyen pues una categoría residual que quedaría fuera del marco del Reglamento, a no ser que los mismos pasen a su tratamiento telemático, de modo que entrarían por esta operación al pleno ámbito de aplicación del mismo.

d).- “Responsable de tratamiento”.- El mismo se identifica con la persona física o jurídica sobre la cual recaen las obligaciones previstas en el Reglamento. Debemos tener siempre presente que el objetivo principal del mismo consiste en la regularización en la utilización de los datos en función de los fines a los que se destinan. El punto 7 del artículo 4 perfila al responsable del tratamiento como la persona física o jurídica, autoridad pública, servicio o cualquier otro organismo que, solo o conjuntamente con otros, determine los fines y los medios del tratamiento de datos personales. No hay que confundir pues el responsable de tratamiento con las personas que, tal como los encargados de tratamiento (de los que seguidamente

nos ocuparemos), utilizan tales tratamientos por su propia cuenta. La fórmula empleada por el Reglamento podría pues, con cierta ambigüedad, dar lugar a dos interpretaciones distintas, en función de las cuales, o bien existe un único responsable de tratamiento, que actúa solo o conjuntamente con otras personas, o por el contrario, existen varios responsables para un mismo tratamiento. Entendemos que la letra del texto parece ir en el sentido de la primera interpretación, tanto literalmente como en sus consideraciones prácticas. Dicha deseable univocidad en la noción de responsable lo es a efectos de aplicabilidad útil, ya que determina el entorno competencial nacional, así como de las jurisdicciones competentes. Complicaría en mucho la cuestión imaginar que, ante un mismo supuesto, varios Derechos nacionales o jurisdicciones distintas al mismo tiempo resultasen aplicables por entender que se da una concurrencia de responsables, así como que tampoco parece demasiado operativo el concepto de una presunción de responsabilidad que fuese atribuida de oficio entre varias personas.

e).- “Encargado de tratamiento”.- Se diferencia del antes visto responsable del tratamiento en el sentido de que no utiliza los datos por su propia cuenta. El encargado se define en el punto 8 del artículo 4 como “la persona física o jurídica, autoridad pública, servicio o cualquier otro organismo que, sólo o conjuntamente con otros, trate datos personales por cuenta del responsable del tratamiento”. Toda la problemática antes vista para dicho responsable queda pues circunscrita a éste, no teniendo aparentemente cabida en lo que hace a la figura del encargado del tratamiento.

f).- “Terceros”.- De acuerdo con las definiciones contempladas en el Reglamento, no se consideran terceros ni el interesado, ni el responsable del tratamiento, ni las personas autorizadas a tratar los datos bajo su autoridad directa o actuando por cuenta propia⁴⁸⁹.

⁴⁸⁹ Con respecto a la noción de terceros, ya la Comisión desde sus primeras propuestas de la que resultó ser la Directiva 95/746, concretamente la del año 1992, precisada, estableció algunas precisiones respecto de ciertas empresas y entidades de gestión, así como de ciertos cometidos realizados por entidades descentralizadas. Para la institución comunitaria, las personas que trabajan en otra empresa, aunque formen parte del mismo grupo (como serían las sociedades de cartera), debían considerarse en general como terceros. En cambio, las sucursales bancarias que efectúan tratamientos para la gestión de la clientela y que estén situadas bajo la autoridad directa de la sede no deberían considerarse terceros. Lo mismo puede decirse de los agentes de seguros; por el contrario, en lo que respecta a los representantes de seguros, la situación puede diferir en cada caso.

g).- “Destinatario”.- Se define al mismo como toda persona física o jurídica, autoridad pública, servicio o cualquier otro organismo que reciba comunicación de datos, se trate o no de un tercero. Se puede asimilar a la figura de un “cesionario” de datos personales⁴⁹⁰.

h).- “Consentimiento del afectado”.- Debe advertirse que este concepto ha sido el más difícil, pues ya conoció en su día los más complejos avatares en el procedimiento de elaboración de la Directiva 95/46⁴⁹¹. Desde la misma, y con su reflejo en el punto 11 del artículo 4, el consentimiento del afectado quedó finalmente conceptualizado como toda manifestación de voluntad, libre, específica e informada, mediante la cual el interesado consienta el tratamiento de los datos personales que le conciernan. Tal configuración se puede pues desglosar en dos características que deben presidir dicho consentimiento, las cuales deberán ser objeto cada una de su correspondiente estudio de detalle, en las condiciones que prescribe el artículo 7 del Reglamento.

Primeramente, hemos visto que ha de tratarse de un consentimiento libre e informado, de conformidad con el párrafo primero del artículo 7. Ello implica encontrarse ante un consentimiento verdaderamente incondicionado que excluye todas aquellas manifestaciones de voluntad obtenidas bajo cualquier género de violencia física o psíquica que coarte la libre determinación del afectado. Además, con el consentimiento informado se requiere una comunicación por parte del responsable del tratamiento al interesado, tal y como se deduce del párrafo segundo del artículo 7. Ahora bien, para que el interesado pueda apreciar los riesgos y ventajas que le conciernan del tratamiento de sus datos, y así poder ejercer los derechos que se contemplan en el párrafo tercero (relativos a la retirada del consentimiento previamente otorgado), deberá ponerse a su disposición la

⁴⁹⁰ Definición introducida por la Posición Común del Consejo de 20 de febrero de 1995, precitada, al estimarla “útil para garantizar la transparencia de los tratamientos con respecto a las personas afectadas”.

⁴⁹¹ Dígase que en la primera propuesta de la Comisión de 1990, precitada, el consentimiento figuraba en el capítulo dedicado a los derechos de las personas. Semejante ubicación provocó graves objeciones al texto de la propuesta desde diversos frentes. Así, varios sectores profesionales dedujeron que cualquier tratamiento vendría a exigir el consentimiento previo del interesado, lo cual vendría en definitiva a suponer una importante molestia para el desarrollo de actividades económicas o mercantiles. Ante esta situación, se optó finalmente por incluirlo como un requisito más que legitima el tratamiento automatizado de datos personales, pero sin concederle un valor preeminente como una presunta o equivalente manifestación de autodeterminación personal inherente a toda persona. Se entendió que tal exceso de garantías personales abocaría en la práctica a una resultante inoperatividad del tratamiento y libre circulación de los datos personales en el contexto del Mercado Interior.

información suficiente. Y como segundo requisito, el consentimiento del interesado deberá ser además específico, por cuanto el mismo debe referirse a un tratamiento de datos en concreto, es decir, que le concierna expresamente y de acuerdo con unos fines determinados.

5.2.2.- Derecho nacional aplicable y cuestiones de territorialidad

Con una clara finalidad de evitar conflictos de competencia cuando los datos se entrecruzan y tienen efectos en más de un país, el Reglamento opta para determinar dicha competencia en función del territorio en el cual el responsable del tratamiento tenga su establecimiento. Esta idea se encuentra ya anticipada en el considerando 36, en función del cual, en caso de que el responsable del tratamiento disponga de uno o varios establecimientos situados en distintos Estados miembros, deberá asegurar su cumplimiento con respecto de tantas cuantas legalidades nacionales esté sometido en cada uno de ellos. Es de imaginar la enorme dificultad de aplicación, sobre todo en el caso de grupos o empresas transnacionales, y en su correspondiente impacto para el uso de las TIC en los diálogos y conflictos inherentes a los interlocutores sociales a dicho nivel⁴⁹².

También se aborda el caso del tratamiento en los casos en que el responsable esté establecido en un país tercero, es decir, no perteneciente a la Unión Europea. Con el fin de evitar la desprotección que ello puede acarrear a los justiciables europeos y evitar deslocalizaciones interesadas, el Reglamento propugna en su Considerandos 101 y siguientes. De acuerdo a este mismo precepto, “si los datos personales se transfieren de la Unión a responsables, encargados u otros destinatarios en terceros países o a organizaciones internacionales, esto no debe menoscabar el nivel de protección de las personas físicas garantizado en la Unión por el presente Reglamento, ni siquiera en las transferencias ulteriores de datos personales desde el tercer país u organización internacional a responsables y encargados en el mismo u otro tercer país u organización internacional. En todo caso, las transferencias a terceros países y organizaciones internacionales solo pueden llevarse a cabo de

⁴⁹² El riesgo de inoperatividad en la práctica en contextos de multinacionalidad o de situaciones verificadas más de un territorio estatal es una posibilidad no sólo inquietante, sino real. Por ejemplo, si una empresa francesa fabrica en Portugal productos que vende a Alemania a partir de un establecimiento situado en Francia, los tratamientos de datos de carácter personal implicados por la gestión en el lugar de producción (Portugal) serán sometido a la Ley y jurisdicción portuguesas, mientras que los tratamientos derivados de la gestión de la clientela alemana por el establecimiento situado en Francia serán sometidos a Ley y jurisdicción francesas. El mecanismo parece más o menos entenderse en o teórico; en cuanto a su materialidad práctica, ya dudamos que ello vaya a funcionar tan claramente.

plena conformidad con el presente Reglamento”. Se reconoce asimismo a los Estados miembros que puedan mantener convenios bilaterales con países terceros para la salvaguardia en el tratamiento de datos personales, así como el papel de la Comisión de informar acerca del grado de cumplimiento y adecuación que tales países terceros tienen en materia de protección de datos, en comparación con el estándar europeo.

5.2.3.- Calidad, finalidad y condiciones del tratamiento de datos

Los datos personales deben ser manejados, recopilados y tratados con unos propósitos lícitos, que se identifican con unos principios de calidad y finalidad del tratamiento. El artículo 5 del Reglamento recoge hasta tres tipos de principios; los generales relativos a la calidad de los datos, prescripciones impuestas al responsable del tratamiento y, por último, disposiciones particulares referentes a la conservación y al tratamiento de los datos con fines históricos, estadísticos o científicos. Este artículo 5 se centra pues exclusivamente en el elemento de su recogida.

El artículo 5 párrafo 1 invita a los Estados miembros a garantizar que los datos de carácter personal sean “a) tratados de manera leal y lícita; b) recogidos con fines determinados, explícitos y legítimos y que no sean tratados posteriormente de manera incompatible con dichos fines (...); c) adecuados, pertinentes, no excesivos con relación a los fines para los que se recaben (...) y d) exactos, y cuando sea necesario, actualizados (...)”.

El requisito enunciado en el apartado a) del artículo 5 párrafo 1 se desarrolla en el artículo 6 del Reglamento, dedicado a la licitud del tratamiento. La misma se entiende que concurre en el tratamiento de datos siempre y cuando medie el consentimiento del afectado, excluyéndose el empleo de medios prohibidos. Se proscribe, en particular, la utilización de aparatos ocultos para obtener datos sin el consentimiento del interesado, en concreto mediante escuchas telefónicas y otros medios. Esta disposición prohíbe asimismo que los responsables de los tratamientos realicen o utilicen tratamientos clandestinos sobre datos personales.

El requisito enunciado en el apartado b) del artículo 5 párrafo 1, que enuncia el principio de la determinación de la finalidad lícita en la recogida de datos, considera que sólo se podrán conservar datos personales para fines igualmente lícitos y

determinados. El concepto de licitud se identifica con la previa información a los interesados acerca de la finalidad de los tratamientos efectuados. El adjetivo “explícito” parece confuso, en la medida que reenvía a las obligaciones de información a los afectados sobre las finalidades del tratamiento para las cuales los datos hayan sido recogidos, así como sobre las finalidades de los tratamientos ulteriores a la recogida. Por su parte, el enunciado c) del mismo precepto hace derivar del tan traído principio de finalidad lícita un imperativo de proporcionalidad, precisando que los datos deben ser adecuados, pertinentes y no excesivos. El apartado d) insiste finalmente en un imperativo de exactitud o carácter fidedigno de los datos.

En resumen, el objeto de la recogida de datos personales, es decir, los fines y la utilización de los datos, tiene que definirse de la manera más precisa posible, lo que significa que toda definición vaga del objeto del tratamiento no será acorde con el principio de la definición de la finalidad. Además es necesario establecer la finalidad del tratamiento antes de efectuar la recogida de los datos, de modo que toda modificación posterior de la finalidad de un tratamiento sólo será legítima si es compatible con la finalidad inicial. En consecuencia, los fines de los tratamientos de datos de carácter personal deben aparecer perfectamente predeterminados, para garantizar así a los ciudadanos el pleno ejercicio de sus derechos de conformidad con el Reglamento. Efectivamente, si los interesados desconocen el ámbito material y la naturaleza del tratamiento podrán muy difícilmente desplegar sus derechos de acceso, rectificación y cancelación (posteriormente veremos que resultan esenciales en el marco legal prescrito por el Reglamento). Tampoco debe olvidarse que la compatibilidad entre diversas finalidades no exime del riesgo de uso indebido de los datos personales, ya que el objeto dado a una recogida de datos es una cosa, mientras que el uso dado a aquéllos puede ser otra muy diferente. De cualquier modo, los datos habrán de ser exactos, y actualizados en lo necesario. En efecto, en caso de que hubiera datos incorrectos o incompletos con respecto de los fines para los que fueron recabados se obliga a su rectificación o supresión.

En lo referente al plazo de conservación de los datos, el mismo está limitado, salvo excepciones, al periodo necesario para alcanzar los fines para los cuales se registraron (artículo 5, párrafo 1, apartado e). Dichos periodos máximos son los que justifique el autor del tratamiento de datos en función de las necesidades prescritas. Los datos serán así “mantenidos de forma que se permita la identificación de los interesados durante no más tiempo del necesario para los fines del tratamiento de

los datos personales”. A nuestro entender, hubiera sido preferible establecer en el Reglamento un sistema de plazos máximo, más allá del cual todo mantenimiento de datos se hubiera considerado ilícito. La cuestión del mantenimiento en el tiempo de los datos aumenta en complejidad, por cuanto se contempla que en determinados casos, los datos pueden mantenerse indefinidamente por motivos históricos, estadísticos o de investigación científica. Son estos factores que se identifican con el concepto altamente sensible del “derecho al olvido”, tan de actualidad. En efecto, indica ese mismo punto e) que los datos personales “deben ser conservados en una forma que permita la identificación de los interesados no superior al necesario para los fines para los que fueron recogidos o para los que se traten ulteriormente”. La Reglamento trata de conciliar de modo marcadamente ambiguo este principio con el anteriormente expresado de libre archivo, sin limitaciones de tiempo, por motivos históricos, estadísticos y científicos de este apartado e). La opción que se hace es la de operar una conservación de dichos datos, pero no como archivos vivos accesibles, sino como datos establecidos en ficheros marcados inmovilizados⁴⁹³.

No debe pasarse por alto que en todos estos aspectos concretos el Reglamento hereda los mismos complementos normativos que durante su vigencia ha conocido la Directiva 95/46. Estos consisten en otro conjunto de Directivas que abordan la cuestión propiamente dicha del tratamiento de datos. Tal es el caso de las Directivas 96/9/CE de 11 de marzo de 1996 de bases de datos; 2006/24/CE de 15 de marzo de 2006, sobre conservación de datos y, sobre todo, la Directiva 2009/136/CE, por la que se modifica la Directiva 2002/22/CE, relativa al servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas, y la Directiva 2002/58/CE, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas⁴⁹⁴. De las Directivas reformadas por esta última, la 2002/22/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa al servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (conocida bajo el apelativo de “Directiva servicio universal”), ya declaraba en su preámbulo “dirigirse a garantizar el servicio

⁴⁹³ En este particular aspecto, la materia se gobierna pormenorizadamente en el Reglamento 994/1999, de medidas de seguridad que contengan datos de carácter personal.

⁴⁹⁴ Otras disposiciones contienen referencias indirectas y parciales a la cuestión de la protección de datos para las materias que tocan y relacionadas con campos o políticas concretas de la Unión Europea. Como ejemplo Vid. Reglamento 2006/2004 sobre la cooperación en materia de protección de los consumidores, en DOUE L Núm. 346 de 9 de diciembre de 2004, con las reglas prescritas en el manejo de tales bases de datos a cargo de las Administraciones públicas concernidas en su artículo 10.

universal, es decir, la prestación de un determinado conjunto mínimo de servicios a todos los usuarios finales a un precio asequible) puede implicar la prestación de algunos servicios a algunos usuarios finales a precios que difieran de los resultantes de unas condiciones de mercado normales”. Vemos pues que se trata de una Directiva que contempla el derecho a internet en su vertiente usuario o consumidor del servicio, no desde una perspectiva laboral (aunque bien entendido, la presión a la baja en los precios del servicio no hace sino favorecer la entronización de las TIC en el ejercicio de los derechos colectivos de los trabajadores y el diálogo tecnificado entre los interlocutores sociales).

Más íntimamente conectada con la faceta de nuestro interés podría parecer la Directiva 2002/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio de 2002, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas (denominada “Directiva sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas”). En su preámbulo se lee la necesidad de que la privacidad sea mantenida, dadas las huellas informáticas o rastros que deja toda comunicación, y que de no ser objeto de una adecuada protección pone en peligro la misma libertad en las comunicaciones⁴⁹⁵. Indirectamente, esta garantía de privacidad resulta esencial, siquiera como complemento indispensable, a un adecuado desempeño de la labor de defensa de los intereses de los trabajadores, pero asimismo en la salvaguarda de los secretos lícitos de empresa.

En su aplicación a las relaciones laborales, del actual artículo 6 del Reglamento pueden extraerse una serie de principios fundamentales que informan la posición europea en esta materia⁴⁹⁶. En efecto, del citado precepto cabe deducir en primer término el principio de finalidad, que exige la conexión entre los datos personales

⁴⁹⁵ Efectivamente leemos: “Una comunicación puede incluir cualquier dato relativo a nombres, números o direcciones facilitado por el remitente de una comunicación o el usuario de una conexión para llevar a cabo la comunicación. Los datos de tráfico pueden incluir cualquier conversión de dicha información efectuada por la red a través de la cual se transmita la comunicación a efectos de llevar a cabo la transmisión. Los datos de tráfico pueden referirse, entre otras cosas, al encaminamiento, la duración, la hora o el volumen de una comunicación, al protocolo utilizado, a la localización del equipo terminal del remitente o destinatario, a la red en que se origina o concluye la transmisión, al principio, fin o duración de una conexión. También pueden referirse al formato en que la red conduce la comunicación”.

⁴⁹⁶ Parecer que apunta concretamente CARDONA RUBERT, M. B.: “Tutela de La Libertad Informática en el Contrato de Trabajo”, *Revista de Derecho Social*, Madrid, 1999, Núm. 6, págs. 30 y sigs., naturalmente referida a la norma vigente en la época, la Directiva 95/46.

que se recaban y tratan, y la finalidad a la que se dirigen tales informaciones; finalidad esta última que ha de ser legítima y justificada. Los datos almacenados para un determinado objetivo no pueden ser utilizados para otro que sea incompatible con el primero. Además, aquella finalidad esgrimida como justificación de la recogida y tratamiento de datos personales vincula igualmente el tipo de datos solicitados (deben ser adecuados, pertinentes y no excesivos en relación con la misma), y el período máximo durante el cual serán almacenados (sólo el imprescindible). Por otro lado, rige el principio de autodeterminación, que se ha concretado en España en el artículo 6 LOPD, según el cual el tratamiento de datos personales requiere el consentimiento inequívoco del afectado salvo que la ley disponga otra cosa.

5.2.4.- Prescripciones impuestas a los responsables del tratamiento de datos

El punto 2 del artículo 5 del Reglamento, en unión a la letra c) del artículo 6 párrafo primero establece las bases de las obligaciones que competen a los responsables del tratamiento de datos. Por una parte, se les impone la obligación de tomar todas las medidas razonables para que los datos erróneos o incompletos, al amparo de los fines para los cuales fueron recogidos y tratados ulteriormente, sean borrados o rectificadas; por otro lado se reivindica el principio de responsabilidad general de manejo y empleo leal de los datos, extendiéndolos también a los responsables del tratamiento. En consecuencia, incumbe a tales responsables tomar todas las medidas necesarias para que sean borrados o rectificadas los datos inexactos o incompletos en virtud de las finalidades para los cuales hubieren sido recogidos, así como en la perspectiva de todo ulterior tratamiento de dichos datos. Así las cosas, emergen claramente como medidas necesarias ciertas competencias de control que corresponden en última instancia a los tribunales, a fin de que éstos determinen el grado de cumplimiento de las obligaciones que competen al responsable del tratamiento. De la misma manera, será el responsable del tratamiento a quien corresponda determinar la compatibilidad entre las finalidades del tratamiento y el objeto de la recogida de datos personales en cuestión. Ahora bien, puede parecer muy difícil imaginar que dicho responsable tenga una predisposición a “autocensurarse”. El examen de compatibilidad que el responsable del tratamiento llevará a cabo con relación a sus actividades también estará muy condicionado por las necesidades en función de las cuales los datos fueron recopilados inicialmente. También puede darse un nuevo uso a datos que fueron tratados con una finalidad inicial distinta. De ahí que, por motivo de todas estas eventualidades, las menciones al control externo, eminentemente jurisdiccional, queden siempre como contrapeso.

5.2.5.- Régimen para el tratamiento de datos, en especial para aquellos particularmente sensibles

Los artículos 7 y siguientes del Reglamento agrupan las condiciones de legitimidad necesarias para proceder al tratamiento de los datos personales, señalando en cuáles circunstancias se podrá realizar el mismo. En efecto, se prevén varias condiciones alternativas de licitud de los tratamientos, agrupables a su vez en tres categorías, a saber:

- i) El consentimiento de la persona interesada.
- ii) Las condiciones que provienen de una necesidad objetiva, que comprenden: obligación legal o contractual; la salvaguardia de un interés vital de la persona, y la ejecución de una misión de interés público.
- iii) Ante la ausencia de consentimiento que se pueda haber obtenido con carácter inicial como fundamento de dicha necesidad objetiva, las condiciones de licitud del tratamiento están definidas relacionando los intereses legítimos del responsable del tratamiento y los intereses de los terceros. Con relación a éstos últimos lo que cuenta realmente es que el tratamiento respete sus derechos y libertades fundamentales. A este respecto el artículo 12 del Reglamento contiene las reglas para la “transparencia de la información, comunicación y modalidades de ejercicio de los derechos del interesado” muy detalladas. En el párrafo 1 de dicho artículo leemos entre otras cosas que el responsable del tratamiento facilitará al interesado “en forma concisa, transparente, inteligible y de fácil acceso, con un lenguaje claro y sencillo. La información será facilitada por escrito o por otros medios, inclusive, si procede, por medios electrónicos. Cuando lo solicite el interesado, la información podrá facilitarse verbalmente siempre que se demuestre la identidad del interesado por otros medios”. Y el artículo 13 del Reglamento sobre la “Información que deberá facilitarse cuando los datos personales se obtengan del interesado” estipula que “Cuando se obtengan de un interesado datos personales relativos a él, el responsable del tratamiento, en el momento en que estos se obtengan, le facilitará toda la información indicada a continuación: a) la identidad y los datos de contacto del responsable y, en su caso, de su representante; b) los datos de contacto del delegado de protección de datos, en su caso; c) los fines del tratamiento a que se destinan los datos personales y la base jurídica del tratamiento; d) cuando el tratamiento se base en el artículo 6, apartado 1, letra f), los intereses legítimos del responsable o de un tercero; e) los destinatarios o las categorías de destinatarios de los datos personales, en su caso”.

Comenzando con la cuestión del propio consentimiento, el mismo es un elemento de validación sin ambages de la licitud del tratamiento. Dicho consentimiento debe verse otorgado de forma inequívoca, Resulta subyacente la necesidad de que dicho consentimiento sea informado y concluyente en cuanto a la manifestación formal de su expresión.

Por lo que concierne a la causa de licitud derivada de obligación legal o contractual, el tratamiento debe ceñirse a lo estrictamente necesario para la correcta articulación de dichas relaciones. En el marco del contrato de trabajo, por ejemplo, el tratamiento de datos que pueda darse alrededor del mismo deberá servir a los fines que son conformes con su objeto. El tratamiento de datos habrá además de respetar, por un lado, la autonomía de la voluntad que existe entre las partes contratantes, y por otro, los límites que se arbitran para modular dicha libertad, y que se identifican con los elementos protectores deparados a favor del trabajador por el ordenamiento laboral. De este modo, no todo consentimiento del trabajador en el tratamiento de sus datos personales a cargo del empresario con motivo de su contrato de trabajo podrá considerarse como libremente consentido a los efectos de la legalidad laboral.

Además, cuando el tratamiento de datos personales sea necesario para el cumplimiento de una misión de interés público o inherente al ejercicio del poder público conferido al tratamiento o a terceros, deberá ajustarse a la visión limitativa que ha de presidir la acción de dichos poderes en el marco de un estado de libertades⁴⁹⁷.

⁴⁹⁷ En este particular el Considerando 45 de la Exposición de motivos del Reglamento se expresa en los términos siguientes:” Cuando se realice en cumplimiento de una obligación legal aplicable al responsable del tratamiento, o si es necesario para el cumplimiento de una misión realizada en interés público o en el ejercicio de poderes públicos, el tratamiento debe tener una base en el Derecho de la Unión o de los Estados miembros. El presente Reglamento no requiere que cada tratamiento individual se rija por una norma específica. Una norma puede ser suficiente como base para varias operaciones de tratamiento de datos basadas en una obligación legal aplicable al responsable del tratamiento, o si el tratamiento es necesario para el cumplimiento de una misión realizada en interés público o en el ejercicio de poderes públicos. La finalidad del tratamiento también debe determinarse en virtud del Derecho de la Unión o de los Estados miembros. Además, dicha norma podría especificar las condiciones generales del presente Reglamento por las que se rige la licitud del tratamiento de datos personales, establecer especificaciones para la determinación del responsable del tratamiento, el tipo de datos personales objeto de tratamiento, los interesados afectados, las entidades a las que se pueden comunicar los datos personales, las limitaciones de la finalidad, el plazo de conservación de los datos y otras medidas para garantizar un tratamiento lícito y leal. Debe determinarse también en virtud del Derecho de la Unión o de los Estados miembros si el responsable del tratamiento que realiza una misión en interés público o en el ejercicio de poderes públicos debe ser una autoridad pública u otra persona física o jurídica de Derecho público, o, cuando se haga en interés público, incluidos fines sanitarios como la salud pública, la protección social y la gestión de los servicios de sanidad, de Derecho privado, como una asociación profesional”.

Se entiende que fuera de los casos en los cuales la persona afectada haya dado su consentimiento claramente, sea unilateralmente o como consecuencia de imperativos contractuales o legales, el tratamiento de datos personales no puede efectuarse si no se revela útil para los fines legítimos expresados por el autor del tratamiento, y por otro lado, no invada de modo inadmisibile la esfera vital íntima de la persona. Es aquí donde entra el concepto de “interés vital” usado por el Reglamento. La delimitación de dicha noción aparece confusa, pudiéndose identificarse en primera instancia como una cuestión de vida o muerte; sin embargo puede asimismo designar de manera más amplia un interés esencial, capital o de primera importancia, y no necesariamente identificado con la mera supervivencia física del afectado, sino concerniente a una idea de seguridad colectiva⁴⁹⁸.

Vienen finalmente aquellos aspectos en los que el tratamiento, fuera de los casos anteriores, se entiende como válido por sí mismo, por condición de su licitud intrínseca. Dicha condición de licitud deja un cierto margen a los Estados miembros para definir las circunstancias en las cuales, fuera de los casos anteriormente indicados, la realización de un interés legítimo perseguido por el responsable del tratamiento o por el tercero a quien se comunican los datos puede justificar, siempre y cuando los derechos de las personas no prevalgan, la puesta en marcha del tratamiento de datos. Ya en tiempos de vigencia de la Directiva 95/46, el legislador nacional, se veía compelido por estos principios a establecer, con motivo de la transposición de la Directiva, un equilibrio entre los intereses de los responsables y los derechos de las personas afectadas⁴⁹⁹. A este respecto la Directiva no establecía ningún criterio, salvo las indicaciones recogidas en el Preámbulo a título orientativo⁵⁰⁰. La sustitución de la Directiva por el Reglamento ha determinado un

⁴⁹⁸ Considerando 46, según el cual, “El tratamiento de datos personales también debe considerarse lícito cuando sea necesario para proteger un interés esencial para la vida del interesado o la de otra persona física. En principio, los datos personales únicamente deben tratarse sobre la base del interés vital de otra persona física cuando el tratamiento no pueda basarse manifiestamente en una base jurídica diferente. Ciertos tipos de tratamiento pueden responder tanto a motivos importantes de interés público como a los intereses vitales del interesado, como por ejemplo cuando el tratamiento es necesario para fines humanitarios, incluido el control de epidemias y su propagación, o en situaciones de emergencia humanitaria, sobre todo en caso de catástrofes naturales o de origen humano”.

⁴⁹⁹ Vid. especialmente en el análisis de dichos equilibrios DEL PESO NAVARRO, E.: *Ley de Protección de Datos*, Díaz de Santos (ed.), Madrid, 2000, pág. 33.

⁵⁰⁰ Efectivamente, en apoyo de lo afirmado, el Considerando 30 de la Directiva 95/46 se limitaba a citar ejemplos de casos a tales efectos, mencionándose las actividades de gestión corriente de las empresas u otros organismos, la prospección comercial, la prospección realizada por una asociación de manera voluntaria o por otras asociaciones o fundaciones, por ejemplo de carácter político, precisando que los tratamientos que en su caso se operen deberán realizarse a la luz de disposiciones que permitan a las personas afectadas oponerse a los tratamientos de datos que les

marco de competencias (artículos 55 y 56), funciones (artículo 57) y poderes (artículo 58), que proporcionan a las autoridades y poderes nacionales unos poderes más directos y ejecutivos. Ya no tienen que estar preocupadas dichas autoridades de transponer en normas nacionales. La norma europea le viene dada por el Reglamento y tienen que darle cumplimiento. Entendemos que esta mejora en parámetros de mayor determinación de la norma va en directo beneficio para la normalización absoluta del empleo de las TIC en el intercambio comunicativo y relacional entre los sujetos, algo que obviamente también aprovecha a trabajadores y empresarios.

Análisis aparte dedica el Reglamento al tratamiento de datos considerados como especialmente protegidos o sensibles. En una significativa mayoría de casos, los derechos de las personas se encuentran en peligro, no por el contenido de los mismos datos personales, sino por el contexto en el que se sitúa el tratamiento de aquéllos.

Venía existiendo en los momentos previos a la aprobación de la Directiva, en la práctica de los Estados miembros, un amplio consenso sobre el hecho de que ciertas categorías de datos, en virtud de su propia naturaleza, además del contexto en el que se pueden manejar, permitían eventuales amenazas a los derechos fundamentales de los interesados. En consecuencia, el artículo 8 de la Directiva recogía límites estrictos al tratamiento de varias categorías de datos personales, para los que se habrá de disponer de un nivel de protección alto, y para los que la

afecten, sin mediar para ellos gastos de ninguna clase y sin tener que esgrimir para ello motivos concretos. La mención a dichas entidades asociativas hace pensar indefectiblemente en sindicatos y asociaciones empresariales, con lo que el recurso a las TIC en esta perspectiva podría verse muy favorecido en semejante contexto de indeterminación, o por lo menos de no abierta restricción, por la que optó la Directiva 95/46.

En cualquier caso, la cláusula de salvaguardia que podemos deducir existente a favor de los particulares parece destinada a resolver casos residuales, y referidos en su mayoría a tratamientos efectuados por el sector privado, o al menos, no de clara titularidad pública (un argumento más que hace pensar en sindicatos y organizaciones empresariales). Ello veremos que se confirmará seguidamente en el caso del tratamiento de datos especialmente sensibles, entre los que figuran cuestiones propias de los ámbitos laboral y sindical. En cualquier circunstancia, la enumeración dada por ese Considerando 30 de la Directiva 95/46 estaba lejos de agotar todas finalidades posibles de los tratamientos efectuados por los operadores privados fuera del ámbito de una relación contractual entre el responsable y la persona afectada, o de una obligación legal del responsable. Por ejemplo, se omite contemplar expresamente el caso de ficheros-testigos o cookies, que quedan plasmados en internet con el fin de conservar las huellas de los sitios visitados por sus clientes. Vid. en este sentido las opiniones en tal línea y las cautelas expresadas por una significativa parte de la doctrina, en la especie ALVAREZ CIVANTOS, O. J.: *Normas para la implantación de una eficaz protección de datos de carácter personal en empresas y entidades*, Comares, Granada, 2002; ÁLVAREZ HERNANDO, J.: *Guía práctica sobre Protección de Datos: cuestiones y formularios*, Lex Nova, Madrid, 2011; CANALES GIL, A.: "El derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal", *Revista Jurídica de Castilla y León*, Burgos, 2007, Núm. 12, págs.52-53.

Directiva quedaba a nivel supletorio, si es que a nivel nacional se cuentan ya con niveles más elevados de protección. Mencionados en el Considerando 33⁵⁰¹, el elenco de cuestiones tenidas por sensibles variaba mucho en su dinámica y configuración. A este respecto, la Directiva establecía unas reglas derogatorias con relación al régimen común de protección de datos anteriormente analizado. Tales eran: los datos de carácter personal con implicaciones en el origen racial o étnico, aquellas situaciones en las que el sujeto interesado se encuentra en situaciones de incapacidad física o jurídica de dar el consentimiento y sin embargo el tratamiento de sus datos sea preciso para asegurar los intereses vitales de dicha persona afectada, la pertenencia a asociaciones religiosas o filosóficas, la pertenencia a sindicatos, las cuestiones de salud y orientación sexual y las derivadas de las obligaciones del responsable en materia laboral. Aparte, la Directiva contemplaba otros conjuntos de datos que, por aproximación, guardaban una significativa vinculación con la materia investigada⁵⁰².

⁵⁰¹ El cual es fiel trasunto del convenio Núm. 108 del Consejo de Europa.

⁵⁰² La directiva 95/46 mencionaba aquí (artículo 8) hasta otros seis casos de figura de tratamientos de datos con régimen especial derivada de la propia naturaleza de los mismos, los cuales sí pueden tener de hecho cabida en enfrentamientos y litigios que enfrenten a partes sociales, y en los cuales el margen confiado a las autoridades nacionales resulta ser prácticamente ilimitado. Tales son, a saber:

1.- Datos que resulten manifiestamente públicos para los afectados.- Tal derogación se entiende que ha de apreciarse a la luz del principio de finalidad; ello no significa pues que todo que se haya hecho público goce de dicha presunción, sino que bien al contrario, pueda surgir del deber inverso de eliminar de su tratamiento público a aquellos datos de indebidamente hayan pasado al dominio general, sancionando en su caso a los responsables.

2.- Datos que resulten necesarios para el ejercicio o la defensa de un derecho en el marco de un procedimiento judicial.- Se refiere a contemplar la necesidad que los profesionales y actores de las profesiones jurídicas puedan recabar y organizar los datos de dicha naturaleza que corresponden a sus clientes o a los sujetos tratados por ellos, pero sólo en la medida que resulte precisa a sus actividades. Hay responsabilidad si su divulgación es susceptible de causar perjuicios a los sujetos en su consideración laboral o de asalariados (pensamos en una publicación de antecedentes penales que deje al sujeto completamente al margen de contar con toda posibilidad efectiva de obtener empleo).

3.- Datos con fines médicos manejados por personas sometidas al secreto profesional.- Las limitaciones en el manejo y proceso de datos, siempre que no se atente a la intimidad de los afectados, estará abierta a los profesionales médicos y asimilados, cuando resulten necesarios para el buen desarrollo de la asistencia médica, desarrollo de tratamientos médicos, o para la adecuada gestión de los servicios sanitarios. La aplicación de estas excepciones en su adecuada dimensión parece algo indudablemente dirigido a tener una vocación en el segmento propio de la medicina de empresa, mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales y similares.

4.- Datos manejados por motivos de interés público relevante.- Los considerandos 34 a 36 de la Exposición de motivos precisan las categorías de tratamientos de datos sensibles susceptibles de ser exceptuados por tales motivos. Tales supuestos son en concreto: en los ámbitos de la salud pública y la protección social, en particular co el fin de garantizar la calidad y rentabilidad en lo relativo a los procedimientos empleados para tratar las solicitudes de prestaciones de servicio en los regímenes de seguro de enfermedad; cuando así sean precisos en los sectores de investigación científica y estadísticas públicas; cuando sean requeridos por las autoridades públicas para la realización de fines previstos por el Derecho constitucional o Derecho Internacional público, en beneficio de confesiones religiosas legalmente reconocidas; y cuando se trate de la recogida de datos a cargo de los partidos políticos legalmente constituidos con relación a opiniones políticas de los ciudadanos, en el marco de actividades electorales, y siempre que ello sea estrictamente necesario para el normal funcionamiento del sistema democrático y

El Reglamento 2016/679 opta por un régimen si cabe aun más indisponible y absoluto. El párrafo primero artículo 9 del Reglamento prescribe una prohibición general para “el tratamiento de datos personales que revelen el origen étnico o racial, las opiniones políticas, las convicciones religiosas o filosóficas, o la afiliación sindical, y el tratamiento de datos genéticos, datos biométricos dirigidos a identificar de manera unívoca a una persona física, datos relativos a la salud o datos relativos a la vida sexual o las orientaciones sexuales de una persona física”. Con esta premisa general es el párrafo segundo de dicho artículo nueve el que recoge en lista limitativa las condiciones en que los datos de dicha naturaleza que pueden tratarse, por cuanto no les afecta la prohibición enunciada en el párrafo primero⁵⁰³, mientras

representativo. Se echa pues aquí de menos la extensión de tales supuestos en el contexto de los sindicatos, más concretamente, para el aspecto de las elecciones sindicales, con su lógica extensión a las entidades representativas del empresariado.

5.- Datos relativos a infracciones y condenas penales.- En conexión Directiva con lo visto en el supuesto Núm. 3, el párrafo 5 del artículo 8 dispone que el tratamiento de datos relativos a infracciones, condenas penales o medidas de seguridad sólo podrá efectuarse bajo el control de la autoridad pública, o si hay previstas garantías específicas en el ordenamiento nacional, sin perjuicio de las excepciones que pueda establecer cada Estado miembro basándose en disposiciones nacionales que prevean cautelas adecuadas y específicas. Sin embargo, sólo podrá llevarse a cabo un registro completo de condena penales bajo el directo control de los poderes públicos.

6.- Datos relativos a números de identificación con carácter general.- Caso por ejemplo de los números de afiliación o de cotización a la Seguridad, Social, números patronales, N.I.F. o N.I.E. de trabajadores con nacionalidad no española (diferenciando entre ciudadanos de la Unión Europea que gozan de la igualdad incondicionada de trato laboral o no, etc.). El párrafo 7 del artículo 8 deja a los Estados miembros toda la amplitud para determinar las condiciones en las cuales dichos números podrán ser objeto de tratamiento.

⁵⁰³ El apartado 1 no será de aplicación cuando concurra una de las circunstancias siguientes:

- a) el interesado dio su consentimiento explícito para el tratamiento de dichos datos personales con uno o más de los fines especificados, excepto cuando el Derecho de la Unión o de los Estados miembros establezca que la prohibición mencionada en el apartado 1 no puede ser levantada por el interesado;
- b) el tratamiento es necesario para el cumplimiento de obligaciones y el ejercicio de derechos específicos del responsable del tratamiento o del interesado en el ámbito del Derecho laboral y de la seguridad y protección social, en la medida en que así lo autorice el Derecho de la Unión de los Estados miembros o un convenio colectivo con arreglo al Derecho de los Estados miembros que establezca garantías adecuadas del respeto de los derechos fundamentales y de los intereses del interesado;
- c) el tratamiento es necesario para proteger intereses vitales del interesado o de otra persona física, en el supuesto de que el interesado no esté capacitado, física o jurídicamente, para dar su consentimiento;
- d) el tratamiento es efectuado, en el ámbito de sus actividades legítimas y con las debidas garantías, por una fundación, una asociación o cualquier otro organismo sin ánimo de lucro, cuya finalidad sea política, filosófica, religiosa o sindical, siempre que el tratamiento se refiera exclusivamente a los miembros actuales o antiguos de tales organismos o a personas que mantengan contactos regulares con ellos en relación con sus fines y siempre que los datos personales no se comuniquen fuera de ellos sin el consentimiento de los interesados;
- e) el tratamiento se refiere a datos personales que el interesado ha hecho manifiestamente públicos;
- f) el tratamiento es necesario para la formulación, el ejercicio o la defensa de reclamaciones o cuando los tribunales actúen en ejercicio de su función judicial;
- g) el tratamiento es necesario por razones de un interés público esencial, sobre la base del Derecho de la Unión o de los Estados miembros, que debe ser proporcional al objetivo perseguido, respetar en lo esencial el derecho a la protección de datos y establecer medidas adecuadas y específicas para proteger los intereses y derechos fundamentales del interesado;

que especialmente el párrafo cuarto reconoce que “los Estados miembros podrán mantener o introducir condiciones adicionales, inclusive limitaciones, con respecto al tratamiento de datos genéticos, datos biométricos o datos relativos a la salud”.

Sin perjuicio de que todas estas exclusiones puedan tener su importancia dentro del contexto de las relaciones laborales, llama pues nuestra atención el hecho de que se citen al menos dos cuestiones tenidas por sensibles que sí entran de lleno en nuestra investigación: la primera la contemplación de obligaciones del responsable en materia laboral (letra b), y la segunda, los casos de asociaciones con finalidad política, filosófica, religiosa y, lo que es más interesante, sindical (letra h), a los que nos referiremos seguidamente.

El aspecto de las obligaciones que en materia de datos competen al responsable en materia laboral, como elemento de derogación respecto de las reglas comunes de protección de datos, aparece en el citado punto b) del párrafo 2 del artículo 9 del Reglamento. Dicho principio habilita en principio una derogación de la prohibición de datos sensibles cuando dicho tratamiento sea necesario a los fines del respeto de las obligaciones de dichos responsables, en la medida en que esté autorizado por la legislación laboral nacional, siempre que goce de las garantías adecuadas para el trabajador. Valgan de ejemplo los casos en los que la legislación nacional se refiere al pago por el empresario de cuotas sindicales o de contribuciones a confesiones religiosas.

De idéntica relevancia, pero aparentemente con mayor alcance que en el supuesto anterior, vemos el supuesto derogatorio citado en el punto h) del mismo artículo, y que atañe al caso de las asociaciones de finalidad política, filosófica, religiosa o sindical. Se entiende que el tratamiento que se opere en tales ámbitos podrá

h) el tratamiento es necesario para fines de medicina preventiva o laboral, evaluación de la capacidad laboral del trabajador, diagnóstico médico, prestación de asistencia o tratamiento de tipo sanitario o social, o gestión de los sistemas y servicios de asistencia sanitaria y social, sobre la base del Derecho de la Unión o de los Estados miembros o en virtud de un contrato con un profesional sanitario y sin perjuicio de las condiciones y garantías contempladas en el apartado 3;

i) el tratamiento es necesario por razones de interés público en el ámbito de la salud pública, como la protección frente a amenazas transfronterizas graves para la salud, o para garantizar elevados niveles de calidad y de seguridad de la asistencia sanitaria y de los medicamentos o productos sanitarios, sobre la base del Derecho de la Unión o de los Estados miembros que establezca medidas adecuadas y específicas para proteger los derechos y libertades del interesado, en particular el secreto profesional,

j) el tratamiento es necesario con fines de archivo en interés público, fines de investigación científica o histórica o fines estadísticos, de conformidad con el artículo 89, apartado 1, sobre la base del Derecho de la Unión o de los Estados miembros, que debe ser proporcional al objetivo perseguido, respetar en lo esencial el derecho a la protección de datos y establecer medidas adecuadas y específicas para proteger los intereses y derechos fundamentales del interesado.

realizarse siempre que esté justificado en el ámbito de sus actividades legítimas y con las garantías apropiadas a los cometidos de una fundación, asociación o de todo organismo con fines no lucrativos, como son las entidades de las naturalezas arriba indicadas. La condición es que el tratamiento se refiera a los solos miembros de dicho organismo o a las personas que tengan con aquél contactos regulares vinculados a su finalidad, siempre que los datos no sean comunicados a terceros sin el consentimiento de los afectados. Como se puede fácilmente deducir, las potencialidades para basar en dicha excepción una normalización plena del uso de las TIC en los procesos de diálogo entre los interlocutores sociales son inmensas, lo que no ha pasado desapercibido a la doctrina científica⁵⁰⁴.

5.2.6.- Cuestiones relativas a la libertad de expresión

La problemática de la conciliación entre la libertad de expresión y la protección de datos personales es sin duda una de las más grandes dificultades que hay por resolver. Dicha cuestión tiene unas implicaciones trascendentales en el marco de las relaciones comunicativas y de conflictos entre los interlocutores sociales, y abarca no sólo los aspectos propios de las TIC cuando se usan como medio de comunicación entre trabajadores y empresarios, sino que van más allá. Imaginamos pues que dichos factores incluyen otros campos de expresión de opinión en la red, como el empleo de páginas web, blogs o redes sociales a cargo de esos mismos interlocutores sociales, con la finalidad de sensibilizar a la opinión pública acerca de la idoneidad de sus propios planteamientos y de la inconveniencia de los ajenos. En resumidas cuentas, existe una antinomia fundamental no fácilmente soluble entre la libertad de expresión, basada en posibilidades ilimitadas de agrupación y circulación de informaciones e ideas, y el manejo de datos personales, que exige las necesarias limitaciones con el fin de asegurar aspectos indispensable de respeto a las cuestiones más íntimas de la vida privada. La contradicción entre ambos puntos de tensión viene acrecentándose hoy día debido al gran desarrollo de la informática, la

⁵⁰⁴ Como preocupación vívida de la doctrina sobre tan peculiares ribetes de la protección de datos como factor a tener en cuenta en la negociación colectiva y las relaciones laborales en su conjunto Vid. especialmente DEL REY GUANTER, S.: "Tratamiento automatizado de datos de carácter personal y contrato de trabajo (una aproximación a la intimidad informática del trabajador)", *Relaciones Laborales*, Madrid, 1993, Núm. 2; AA. VV. DESDENTADO BONETE, A., MUÑOZ RUIZ, A. B.: *Control informático, videovigilancia y protección de datos en el trabajo*, Lex Nova, Valladolid, 2012; ORTIZ LALLANA, C.: "Vulneración del derecho a la libertad sindical mediante el uso desviado de datos informatizados sobre la afiliación del trabajador. Libertad sindical y derecho a la intimidad informática". *Aranzadi Social*, Pamplona, 1999, Núm. 5, págs. 364 y sigs; RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: *Libertad Sindical y nuevas tecnologías; derecho a la protección de datos personales de los trabajadores como garantía de la libertad sindical. Curso sobre la tutela del derecho de libertad sindical*, Sindicato U.G.T., Madrid, 2011.

telemática y de las TIC a través de países y continentes, trascendiendo un enfoque normativo tradicionalmente basado en la soberanía local o estatal.

Con referencia a este punto, en la medida que el Considerando 73 *in fine* del Reglamento 2016/679 se refiere expresamente a los principios del Convenio Europeo de Derechos Humanos del Consejo de Europa⁵⁰⁵, la idea de equilibrio conciliador entre ambos extremos se trasluce de lo prescrito en el Considerando 173, a cuyo tenor “el tratamiento de datos personales con fines exclusivamente periodísticos o con fines de expresión académica, artística o literaria debe estar sujeto a excepciones o exenciones de determinadas disposiciones del presente Reglamento si así se requiere para conciliar el derecho a la protección de los datos personales con el derecho a la libertad de expresión y de información consagrado en el artículo 11 de la Carta (de Derechos Humanos del Consejo de Europa)”.

Todo este contenido se vierte en el artículo 85 del Reglamento dedicado al tratamiento y libertad de expresión y de información. Según el mismo, en su párrafo primero, “Los Estados miembros conciliarán por ley el derecho a la protección de los datos personales en virtud del presente Reglamento con el derecho a la libertad de expresión y de información, incluido el tratamiento con fines periodísticos y fines de expresión académica, artística o literaria”. En el párrafo segundo se confía a los Estados para que establezcan derogaciones a este respecto con relación a ciertos Capítulos del mismo Reglamento⁵⁰⁶. Y en el tercero se obliga a los Estados a

⁵⁰⁵ Según dicho Considerando: “El Derecho de la Unión o de los Estados miembros puede imponer restricciones a determinados principios y a los derechos de información, acceso, rectificación o supresión de datos personales, al derecho a la portabilidad de los datos, al derecho de oposición, a las decisiones basadas en la elaboración de perfiles, así como a la comunicación de una violación de la seguridad de los datos personales a un interesado y a determinadas obligaciones conexas de los responsables del tratamiento, en la medida en que sea necesario y proporcionado en una sociedad democrática para salvaguardar la seguridad pública, incluida la protección de la vida humana, especialmente en respuesta a catástrofes naturales o de origen humano, la prevención, investigación y el enjuiciamiento de infracciones penales o la ejecución de sanciones penales, incluida la protección frente a las amenazas contra la seguridad pública o de violaciones de normas deontológicas en las profesiones reguladas, y su prevención, otros objetivos importantes de interés público general de la Unión o de un Estado miembro, en particular un importante interés económico o financiero de la Unión o de un Estado miembro, la llevanza de registros públicos por razones de interés público general, el tratamiento ulterior de datos personales archivados para ofrecer información específica relacionada con el comportamiento político durante los regímenes de antiguos Estados totalitarios, o la protección del interesado o de los derechos y libertades de otros, incluida la protección social, la salud pública y los fines humanitarios. Dichas restricciones deben ajustarse a lo dispuesto en la Carta y en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales”.

⁵⁰⁶ Leemos en dicho párrafo: “Para el tratamiento realizado con fines periodísticos o con fines de expresión académica, artística o literaria, los Estados miembros establecerán exenciones o excepciones de lo dispuesto en los capítulos II (principios), III (derechos del interesado), IV (responsable y encargado del tratamiento), V (transferencia de datos personales a terceros países u organizaciones internacionales), VI (autoridades de control independientes), VII (cooperación y

comunicar a la Comisión las medidas nacionales a este respecto, lo cual determina al Reglamento 2016/679 con una configuración incompleta y no plenamente desprovista del carácter que revestía la cuestión en tiempos de la Directiva 95/46.

Advertimos que la cuestión se articula mediante preceptos que emplean conceptos jurídicos indeterminados, abocados a interpretación judicial. Llama por otro lado la atención que otras justificaciones, típicas de la libertad de expresión, como las cuestiones políticas o de libre ejercicio de la libertad sindical, se encuentren ausentes.

5.2.7.- Derechos reconocidos a los titulares de los datos

El conjunto de prescripciones y peculiaridades en cuanto al tratamiento de datos, sus exigencias y particularidades en su caso analizado en los párrafos precedentes, se perpetúa en el articulado del Reglamento a modo de decálogo de derechos de los interesados con respecto de los datos que les conciernen.

5.2.7.1.- Derecho a la información

Las obligaciones concernientes al derecho a la información de las personas potencialmente afectadas con el tratamiento de sus datos aparecen en el Reglamento de una forma aparentemente flexible, pero que al final resulta ser muy rigurosa. Ello proviene de la convicción, en su día apuntada por el Consejo de Ministros en la época de aprobación de la Directiva 95/46⁵⁰⁷, según la cual es preciso tener en cuenta la gran diversidad de circunstancias en las que pueden realizarse tales tratamientos. No existe pues un reconocimiento explícito del derecho a la información que asista con carácter general a las personas afectadas, sino un cúmulo de obligaciones que, al recaer a cargo de los responsables del tratamiento de los datos, proporcionan información a los afectados. Los artículos 13 y 14 del Reglamento contemplan este indeterminado derecho a la información en dos situaciones distintas: la primera, el tratamiento de la información obtenida durante la recogida de datos con participación del propio sujeto afectado; la segunda, el manejo de la información cuando los datos no han sido recabados por medio de actos de puesta en comunicación a cargo de ese mismo sujeto interesado.

coherencia) y IX (disposiciones relativas a situaciones específicas de tratamiento de datos), si son necesarias para conciliar el derecho a la protección de los datos personales con la libertad de expresión e información”.

⁵⁰⁷ Vid. Posición Común (CE) Núm. 1/95, adoptada por el Consejo el 20 de febrero de 1995.

El artículo 13 del Reglamento otorga a las personas de las que se recaban datos personales, cuando ello proceda de su propia iniciativa, el derecho de recibir información específica. La recogida leal y legítima de datos personales presupone que el interesado decide divulgar dichos datos basándose en un conocimiento fiable de la finalidad del tratamiento, del carácter obligatorio o facultativo de la divulgación de esos mismos datos y de todas las consecuencias que pueden supuestamente derivarse de una no transmisión de datos por su parte. Para así poder ejercer sus derechos y controlar con eficacia la utilización de los datos que le conciernen, el interesado que los emite debe estar por lo tanto informado acerca de los destinatarios de dichos datos, así como de sus derechos de acceso y de rectificación.

De otro tanto, el artículo 14 del Reglamento, con el objeto de permitir al interesado el ejercicio de sus derechos, exige del responsable del tratamiento que garantice que se informe al interesado de los datos que le conciernan. El interesado puede de este modo ejercer su derecho de acceso y, llegado el caso, oponerse a que se continúe realizando el tratamiento en cuestión. Además de la finalidad del tratamiento, de las categorías de datos tratados y del nombre y dirección del responsable del tratamiento, se ha considerado necesario, como no podría ser de otro modo, que dicho responsable del tratamiento informe también al afectado sobre los destinatarios o categorías de destinatarios de su labor de tratamiento, así como de su derecho de acceso, rectificación y oposición. Dicha información se producirá al momento de registrar los datos o, en caso de cesión de datos, desde el momento mismo de la primera comunicación. Por lo que se refiere a las exenciones de la obligación de información a los interesados, figuran las relativas al tratamiento con fines estadísticos y de investigación histórica o científica.

Los artículos 13 y 14 del Reglamento acabados de ver regulan también los aspectos propios de aquellas informaciones imposibles de facilitar, que exigen esfuerzos desproporcionados, o que resulten superfluos. Esta última circunstancia se da cuando el sujeto cuenta ya previamente con la información que le concierne sin que sea preciso que el autor del tratamiento de datos se la facilite. En lo que concierne a la imposibilidad de facilitar información, ésta debe entenderse como la inexistencia de cauces de comunicación efectivos con el interesado, como serían su ausencia, cambio de domicilio sin notificarlo, etc. Ese concepto, asimismo indeterminado, de “esfuerzos desproporcionados” resulta por demás complejo. No está demasiado claro si dicha imposibilidad se debe a criterios de coste económico o a otras

razones, ya de imposibilidad, como un absoluto insalvable dentro de los esenciales parámetros de la lógica. Para este conjunto de incidencias los Estados miembros deberán arbitrar los mecanismos necesarios para que de dicha ausencia de información no se desprendan daños irreparables para los derechos y libertades de los interesados.

5.2.7.2.- Derechos de acceso, oposición, portabilidad, rectificación y cancelación

El derecho de acceso está contemplado en el artículo 15 del Reglamento. Obviamente, sin dicha garantía carecería de sentido toda la regulación, por cuanto el derecho de acceso sirve, dentro de todo el marco de protección previsto, como instrumento fundamental para la correcta articulación y defensa de la identidad de los ciudadanos, frente a cualquier abuso o uso incorrecto de sus datos personales. El interesado dispone así del derecho a obtener libremente (ahora bien, con una frecuencia razonable y sin gastos desproporcionados) la confirmación o información acerca de la presencia de datos personales suyos. Caso de detectarse dicha presencia, el interesado tiene derecho a recibir la comunicación de los mismos de manera visible e inequívoca⁵⁰⁸.

Los Estados miembros tienen competencia para especificar la manera de facilitar dichas informaciones al afectado. Así incumbe a las autoridades nacionales determinar de acuerdo con sus procedimientos internos lo que se entienda por “frecuencia razonable”. De esta manera, y siempre teniendo en cuenta los intereses del afectado y los medios de que disponga el responsable del tratamiento, el párrafo tercero del artículo 15 dispone que la puesta en marcha de dichos mecanismos no ha de superar lo que sería una cuantificación por encima de su coste real⁵⁰⁹. Dicho en otros términos, que el ejercicio de este por parte de interesado le tiene que resultar sin coste alguno. Ello es realmente lo importante, y no tanto que para facilitárselo al interesado el obligado por el tratamiento de datos se vea impedido por

⁵⁰⁸ En todo esto la labor de enmienda realizada por el Parlamento Europeo en el proceso de aprobación de la Directiva 95/46 jugó un papel esencial. Concretamente, en su Enmienda Núm. 132 precisó que el derecho de acceso habría de poder ejercerse sin ningún tipo de coacción por parte de terceros, debiendo de la misma manera el interesado conocer los razonamientos utilizados en los tratamientos que hubieren dado resultados contrarios a los intereses expresados por el afectado. Este espíritu pasó posteriormente al nuevo Reglamento 2016/679.

⁵⁰⁹ En concreto estipula dicho precepto: “El responsable del tratamiento facilitará una copia de los datos personales objeto de tratamiento. El responsable podrá percibir por cualquier otra copia solicitada por el interesado un canon razonable basado en los costes administrativos. Cuando el interesado presente la solicitud por medios electrónicos, y a menos que este solicite que se facilite de otro modo, la información se facilitará en un formato electrónico de uso común”.

presuntos costes económicamente gravosos. Como, consecuencia el afectado puede obtener sin carga alguna por su parte informaciones, tanto de la procedencia de los datos, como de las utilizaciones que se operen respecto de los mismos.

Este reconocimiento de acceso tiene la finalidad de que, en caso de disconformidad por el interesado titular de los datos, éste pueda ejercer otros derechos necesariamente relacionados con el primero, como serían los de rectificación, supresión o bloqueo de dichos datos, cuando éstos efectivamente resulten ser, en su tratamiento, incompatibles con los principios e imperativos reconocidos por el Reglamento. Éste deja en manos de los Estados miembros la tarea de adecuar los derechos de las personas afectadas en el ámbito interno con relación a la supresión, rectificación o bloqueo de datos cuyo tratamiento resulte no conteste a sus preceptos. Por último, se tendrá que poner en conocimiento a aquellos sujetos terceros que hayan sido objeto de un tratamiento de datos operado manera incorrecta o ilegítima, a fin de que éstos puedan proceder en lo que les interese para el ejercicio de estos derechos.

En lo referente al derecho de oposición de los afectados, el artículo 21 del Reglamento, sigue la misma lógica que con el derecho de acceso. En efecto, el interesado podrá en cualquier momento, por legítimos motivos personales, oponerse a que sus datos sean objeto de tratamiento. Fuera de dichos supuestos, una vez manifestada la oposición por el interesado, el responsable del tratamiento deberá suspender su actividad⁵¹⁰. Además de la oposición el artículo 18 recoge otro derecho, cual es el de la limitación del tratamiento por parte del interesado, que procederá en diversos supuestos⁵¹¹. Este derecho deberá reconocerse en todo caso, salvo que haya lugar a la excepción recogida en el punto segundo de ese mismo artículo 18: “Cuando el tratamiento de datos personales se haya limitado en virtud

⁵¹⁰ Enmiendas Núm. 30 y 145. Debe recordarse que el derecho de oposición, igualmente muy afectado en el proceso de elaboración de la Directiva 95/46 por la actividad de enmienda verificada por el Parlamento Europeo. Este introdujo la eliminación de toda referencia o limitación temporal con relación al ejercicio del derecho de oposición, que podrá entonces ejercerse en cualquier momento.

⁵¹¹ Puede leerse: “1. El interesado tendrá derecho a obtener del responsable del tratamiento la limitación del tratamiento de los datos cuando se cumpla alguna de las condiciones siguientes:
a) el interesado impugne la exactitud de los datos personales, durante un plazo que permita al responsable verificar la exactitud de los mismos;
b) el tratamiento sea ilícito y el interesado se oponga a la supresión de los datos personales y solicite en su lugar la limitación de su uso;
c) el responsable ya no necesite los datos personales para los fines del tratamiento, pero el interesado los necesite para la formulación, el ejercicio o la defensa de reclamaciones;
d) el interesado se haya opuesto al tratamiento en virtud del artículo 21, apartado 1, mientras se verifica si los motivos legítimos del responsable prevalecen sobre los del interesado.

del apartado 1, dichos datos solo podrán ser objeto de tratamiento, con excepción de su conservación, con el consentimiento del interesado o para la formulación, el ejercicio o la defensa de reclamaciones, o con miras a la protección de los derechos de otra persona física o jurídica o por razones de interés público importante de la Unión o de un determinado Estado miembro”.

El artículo 20 del Reglamento recoge otro derecho cual es el de la portabilidad de los datos. De conformidad con el mismo, “ el interesado tendrá derecho a recibir los datos personales que le incumban, que haya facilitado a un responsable del tratamiento, en un formato estructurado, de uso común y lectura mecánica, y a transmitirlos a otro responsable del tratamiento sin que lo impida el responsable al que se los hubiera facilitado, cuando: a) el tratamiento esté basado en el consentimiento con arreglo al artículo 6, apartado 1, letra a), o el artículo 9, apartado 2, letra a), o en un contrato con arreglo al artículo 6, apartado 1, letra b), y b) el tratamiento se efectúe por medios automatizados”. El punto cuarto del precepto indica que este derecho “no afectará negativamente a los derechos y libertades de otros”.

Este derecho se identifica con la facultad que tienen las personas afectadas a no verse sometidas a decisiones individuales perjudiciales procedentes de procedimientos automatizados de datos. Tal precepto puede incidir sobre datos relativos a la evaluación de determinados aspectos de personalidad que interesan a las relaciones laborales, como serían, a título de ejemplo, conducta, rendimiento laboral, solvencia, etc. La cuestión puede tener por lo tanto importantes repercusiones dentro del ámbito de nuestra investigación. Dígase que a este respecto deben acumularse varios elementos a fin de que este derecho pueda desplegarse. Se trata de una decisión exclusivamente basada en un tratamiento automatizado. Se excluyen las decisiones que, aun teniendo como eje central un tratamiento de tal naturaleza, cuenten con otros elementos o criterios que intervengan o coadyuven a su adopción. Además ha de ser un tratamiento de datos que incida o registre las actitudes o situaciones contempladas y acabadas de describir. Se trata pues de conjurar el peligro de hacer una consideración global de una persona exclusivamente sobre la base de aspectos aislados o fragmentarios propios de su personalidad o conducta.

El precepto contempla pues un principio de protección subjetiva de los intereses de los afectados; que cuando las entidades procesadoras de los datos verifiquen dichas

actividades con relación a sus fines propios, la salvaguardia de la indemnidad individual de los afectados debe quedar indemne. A este respecto, nos preocupan las graves deficiencias que, una vez más, pueden derivarse del control y supervisión a cargo de entidades de ámbito estatal. Éstas pueden adoptar normativas de aplicación que el Reglamento faculta, pero que pueden ser susceptibles de minar su eficacia. Téngase en cuenta que (sobre todo en lo que hace a los grandes grupos de empresas transnacionales, y la superación comunicativa de las variables temporales y espaciales deparadas por las TIC, y aun sin ser grandes empresas, con surgimiento de múltiples ámbitos de competencia y deslocalización geográfica) semejantes factores propios de las TIC pueden dificultar una política homogénea de seguridad. La protección subjetiva de los interesados (trabajadores) puede así verse comprometida cuando son las propias empresas las que establezcan y articulen las bases para el ejercicio efectivo de dichas garantías, en especial, cuando el riesgo de que una primacía de los intereses empresariales pese más que las aspiraciones o posiciones individuales de las personas físicas, cuyos datos se encuentren o se encontraron en un momento dado tratados por dichas empresas.

La cuestión puede volverse bidireccional, si es que son empresas individuales las que se consideren lesionadas por el tratamiento de datos operado por los sindicatos. La posición así de presunta víctima podría verse invertida.

5.2.7.3.- Derechos de confidencialidad y seguridad

El artículo 32 de la Directiva, el cual toca en principio el elemento de la seguridad de los datos personales, incluyendo en sus contenidos la noción de la confidencialidad. Con respecto a ésta última se conforma con precisar que las personas que actúan bajo la autoridad del responsable o del encargado del tratamiento podrán únicamente tratar datos personales a los que tengan acceso cuando se lo encargue el responsable del tratamiento, o cuando así se derive de un imperativo legal. A este efecto, no se dice lo que debemos entender por confidencialidad. Además quedan subyacentes otros puntos, marcadamente irresueltos: ¿Cómo se tiene que poner de manifiesto dicha confidencialidad? ¿Con qué medios se puede concretizar aquélla? Dentro del contexto que nos ocupa, más acertado hubiera sido indicar la obligación de mantener el secreto profesional por parte de los empleados del responsable del tratamiento y cualesquiera otras personas que, que por razón de su actividad profesional, tengan acceso a datos personales. Los que conociesen datos por estas circunstancias tampoco podrán comunicarlos a terceros sin autorización previa del

responsable del tratamiento. De operar dicha autorización, éste último asumiría en todo caso todas las respuestas de cara al titular de los datos.

En relación a lo anterior, otros dos preceptos del Reglamento se refieren a la seguridad del tratamiento y a las medidas que incumben tanto al responsable como al encargado. Se trata del artículo 33, que trata la notificación de una violación de la seguridad de los datos personales a la autoridad de control, y el artículo 34, sobre la comunicación de una violación de la seguridad de los datos personales al interesado. Aquí se constata que los peligros que amenazan a los derechos de los interesados no provienen únicamente del responsable del tratamiento que recoge, almacena, trata y comunica los datos, sino que también esos mismos datos pueden verse amenazados si los utiliza con fines diferentes un tercero que no esté autorizado a acceder a los mismos. A este respecto el Reglamento recoge un procedimiento en el párrafo primero del artículo 33, según el cual: “En caso de violación de la seguridad de los datos personales, el responsable del tratamiento la notificará a la autoridad de control competente de conformidad con el artículo 55 sin dilación indebida y, de ser posible, a más tardar 72 horas después de que haya tenido constancia de ella, a menos que sea improbable que dicha violación de la seguridad constituya un riesgo para los derechos y las libertades de las personas físicas. Si la notificación a la autoridad de control no tiene lugar en el plazo de 72 horas, deberá ir acompañada de indicación de los motivos de la dilación”. Especial interés reviste la cuestión de la seguridad cuando el tratamiento propicie la transmisión de datos en red⁵¹². Las medidas de seguridad adoptadas deberán garantizar un nivel de seguridad apropiado, teniendo en cuenta, por una parte, los progresos técnicos en materia de seguridad de datos y el coste de la aplicación de dichas medidas, y por otra parte, la naturaleza de los datos y la evaluación de los riesgos potenciales.

La introducción de la consideración a los costes de las medidas a adoptar puede verse en algunas ocasiones como un elemento distorsionador para el establecimiento de unas garantías efectivas, así como una manifestación de la prevalencia de los intereses de determinados operadores económicos que parece

⁵¹² Ello fue puesto ya de manifiesto en la Comisión durante la propuesta inicial que determinó la adopción de la Directiva 95/46. Véase propuesta de Directiva del Consejo, relativa a la protección de las personas en lo referente al tratamiento de datos personales, Doc. COM (90) 314 final, Bruselas 24 de septiembre de 1990. En la misma leemos que en caso de efectuarse transmisiones de ordenador a ordenador, o de ordenador a terminal a través de una red de telecomunicaciones, también deben adoptarse medidas de seguridad con relación a dicha red a fin de garantizar una transferencia segura, leal y no interrumpida de datos.

traslucir todo el cuerpo normativo del Reglamento 2016/679. De este modo, cualquiera que quiera efectuar operaciones de tratamiento automatizado de datos personales debe garantizar que son empleados los medios técnicos y económicos susceptibles de permitir con seriedad y garantía las medidas de seguridad que exige cada tratamiento en concreto; de no ser así, procede prohibir la operación de tratamiento.

Las obligaciones en materia de seguridad incumben también a las personas responsables de la realización del tratamiento, y particularmente, al encargado del mismo. Hay que resaltar la obligación a la que se ve someter el responsable del tratamiento en orden al nombramiento, dentro de su propia estructura y jerarquía organizativa, de un encargado en materia de seguridad técnica y de organización de tratamientos. Dicho encargado tendrá como especial misión el aseguramiento del cumplimiento de dichas medidas. Ahora bien, se plantean dudas operativas acerca de cómo verificar ese control interno cuando las misiones de controlador y controlado puedan recaer sobre un mismo sujeto. Para tal incidencia, el Reglamento recoge previsiones específicas en materia de seguridad, cuyo objetivo consiste en evitar que, cuando las funciones de tratamiento sean delegadas por el encargado a un tercero para su realización, ello redunde en riesgo de desprotección a los interesados⁵¹³. En este sentido, la realización de un tratamiento por un encargado, la cual deberá constar por escrito o en otra forma equivalente, deberá estar regulada por un contrato u otro acto jurídico entre el encargado del tratamiento con el responsable del mismo. Son dos las menciones inexcusables que deberán incorporarse a los referidos contratos o instrumentos jurídicos, las cuales deberán contribuir a la delimitación de las competencias en lo concerniente a la seguridad. Por un lado, se trata de limitar por contrato las actuaciones del encargado con relación al responsable; por otro, las mencionadas obligaciones de seguridad, tal y

⁵¹³ Son los puntos 1 y 2 del artículo 34 del Reglamento, que se expresan en los términos siguientes: “1. Cuando sea probable que la violación de la seguridad de los datos personales entrañe un alto riesgo para los derechos y libertades de las personas físicas, el responsable del tratamiento la comunicará al interesado sin dilación indebida.

2. La comunicación al interesado contemplada en el apartado 1 del presente artículo describirá en un lenguaje claro y sencillo la naturaleza de la violación de la seguridad de los datos personales y contendrá como mínimo la información y las medidas a que se refiere el artículo 33, apartado 3, letras b), c) y d)”.

Estos últimos aspectos refieren que “La notificación contemplada deberá, como mínimo: b) comunicar el nombre y los datos de contacto del delegado de protección de datos o de otro punto de contacto en el que pueda obtenerse más información;

c) describir las posibles consecuencias de la violación de la seguridad de los datos personales;

d) describir las medidas adoptadas o propuestas por el responsable del tratamiento para poner remedio a la violación de la seguridad de los datos personales, incluyendo, si procede, las medidas adoptadas para mitigar los posibles efectos negativos”.

como aparezcan delimitadas por las medidas nacionales que resulten necesarias para aplicar el Reglamento deberán asimismo hacer recaer compromisos y limitaciones expresas en las personas de los encargados de los tratamientos.

5.2.7.4.- Notificación, control y publicidad de los datos tratados

En materia de notificación, el criterio debe ser unívoco, independientemente del sector dentro del cual se produzcan las operaciones de tratamiento de datos. La notificación debe permitir además la transparencia en el uso y procesamiento de los tratamientos de datos, y permitir a la autoridad de control que pueda realizar en todo momento un control selectivo acerca de la licitud de los tratamientos que se verifiquen.

Este ha sido uno de los aspectos más sustancialmente reformados por el Reglamento 2016/679, en comparación con el régimen de la Directiva 95/46⁵¹⁴. La obligación de notificación con carácter previo se hace extensiva a cualquier tratamiento de datos personales, antes de que éste se lleve efectivamente a cabo. Esta extensión está concebida para incitar a los responsables de tratamientos a prever las medidas necesarias con respecto a las obligaciones que les incumben antes de proceder a la realización de tales tratamientos. No obstante, para apreciar el alcance práctico de dichos compromisos, es conveniente tener en cuenta las disposiciones que el Reglamento despliega acerca de otros aspectos conexos, cuales son la simplificación y exención de la obligación de notificación.

Desde dicha perspectiva, para garantizar que el control tenga en cuenta la realidad global, y en ocasiones múltiple de los tratamientos efectuados por ciertos responsables de tratamientos, y para evitar una multiplicación excesiva de notificaciones, se admite que una sola notificación pueda referirse al conjunto de tratamientos, reiterativos o no, destinados a la consecución de un fin o de varios

⁵¹⁴ Leemos en el Considerando 89 de la Exposición de motivos del Reglamento: “La Directiva 95/46/CE estableció la obligación general de notificar el tratamiento de datos personales a las autoridades de control. Pese a implicar cargas administrativas y financieras, dicha obligación, sin embargo, no contribuyó en todos los casos a mejorar la protección de los datos personales. Por tanto, estas obligaciones generales de notificación indiscriminada deben eliminarse y sustituirse por procedimientos y mecanismos eficaces que se centren, en su lugar, en los tipos de operaciones de tratamiento que, por su naturaleza, alcance, contexto y fines, entrañen probablemente un alto riesgo para los derechos y libertades de las personas físicas. Estos tipos de operaciones de tratamiento pueden ser, en particular, las que implican el uso de nuevas tecnologías, o son de una nueva clase y el responsable del tratamiento no ha realizado previamente una evaluación de impacto relativa a la protección de datos, o si resultan necesarias visto el tiempo transcurrido desde el tratamiento inicial”.

finos conexos, relacionados desde el punto de partida entre el responsable del tratamiento y de los interesados. Consecuentemente, se permiten exenciones en el caso de que se haya designado un encargado que se ocupe de las tareas descritas, siempre que el mismo garantice que dichos tratamientos, notificados en régimen simplificado, no se vuelvan atentatorios para los derechos y libertades⁵¹⁵. Ahora bien, el beneficio de la simplificación o de la obligación de la notificación individualizada jamás podrá eximir al responsable del tratamiento de ninguna de las obligaciones que se le desprenden del régimen general del Reglamento, como se da a entender en el artículo 19⁵¹⁶.

En la misma línea, los Estados miembros podrán igualmente establecer una exención o limitación de la notificación de los tratamientos, cuando los mismos, referidos a “datos sensibles”, sean efectuados por una fundación, asociación u otro organismo sin ánimo de lucro, y cuya finalidad sea política, filosófica, religiosa, y -lo que es más interesante en el marco de nuestra investigación- sindical. Ello es una consecuencia lógica del tratamiento especial que se reconoce para los datos sensibles mencionados en el artículo 9.2 d) del Reglamento arriba analizado. Pero ello tampoco significa que estos supuestos queden al margen de toda exigencia efectiva de control. Los Estados miembros podrán pues arbitrar procedimientos simplificados, pero ello no ha de equivaler en ningún modo a una exención total de toda forma u obligación de notificación. Y por añadidura, respecto de los tratamientos no automatizados, se delega en los Estados

⁵¹⁵ Recordemos aquí que la Propuesta modificada de la Directiva 95/46 introdujo la salvedad de que sólo debería exigirse una notificación para el conjunto de tratamientos relativos a la gestión de los préstamos efectuados por un organismo de crédito y destinados a recoger las solicitudes de préstamos, a los fines de concesión de dichos préstamos, recaudar las cuotas devengadas y estudiar los expedientes conflictivos. Llama la atención de la elección de este ejemplo concreto, el cual puede servir, *mutatis mutandis*, como pauta a otras múltiples aplicaciones para casos concretos, como el de prospecciones en materia de estudio de factores y aspectos dimanantes de la conflictividad laboral y demás aspectos concretos que con cierta reiteración se producen en las negociaciones en los sujetos colectivos, y que dimanen, entre otras resultas, en la confección de convenios colectivos. En semejante línea, el Consejo de Ministros en su Posición Común 1/95, precitada, reivindicó la posibilidad de articular excepciones a la obligación reiterativa de notificaciones para responder al deseo de menos burocracia y más eficacia expresado por la práctica totalidad de los Estados miembros. En dicha Posición Común subyace el empleo de la noción de criterio útil para determinar en qué ámbito resultaría pertinente para proceder a la simplificación o a la exención de la obligación de notificación, siempre que con dichas simplificaciones no se perjudiquen los derechos y libertades de las personas interesadas.

⁵¹⁶ El cual, bajo el título de “obligación de notificación relativa a la rectificación o supresión de datos personales o la limitación del tratamiento”, establece que “El responsable del tratamiento comunicará cualquier rectificación o supresión de datos personales o limitación del tratamiento efectuada con arreglo al artículo 16, al artículo 17, apartado 1, y al artículo 18 a cada uno de los destinatarios a los que se hayan comunicado los datos personales, salvo que sea imposible o exija un esfuerzo desproporcionado. El responsable informará al interesado acerca de dichos destinatarios, si este así lo solicita”

miembros la facultad de aplicar a los ficheros manuales la posibilidad de una notificación simplificada, con las adaptaciones que sean requeridas para cada contexto en concreto. Todas las medidas y procedimientos nacionales serán revisados y supervisados ante el Comité Europeo de Protección de Datos que el Reglamento pasa a regular en sus artículos 68 a 73.

La cuestión, lejos de quedar sustanciada del modo precedente, conoce otros condicionamientos. Así la notificación, entendida para asegurar un control eficaz y efectivo por parte de la autoridad, no puede efectuarse de cualquier forma. Si se permitiera que cada responsable de tratamiento incluyera en sus notificaciones aquellas menciones que discrecionalmente considerara relevantes, nada se conseguiría, además de diluirse la pretendida homogeneización preconizada por el Reglamento. Por ello se consideró oportuno que dicha notificación detallase todos los tratamientos previstos, y en particular, el nombre y dirección del responsable del tratamiento, y en su caso de su representante. Deberían ser objeto de notificación además los objetivos, el alcance de los datos o categorías de datos tratados, categorías de interesados, terceros o categorías de terceros a quienes se puedan comunicar los datos, la duración de la conservación de los datos y, por ende, las condiciones en las que se verificará el tratamiento.

Hay que notar el acierto del régimen del Reglamento, por cuanto toma en consideración ciertos tratamientos que pueden comportar riesgos particulares para los derechos y libertades de los interesados (pensamos en los derechos de carácter colectivo y de sindicación), aspectos todos ellos que deben ser objeto de dictamen o permiso expreso a cargo de la autoridad de control, antes de que semejantes operaciones puedan ser llevadas a cabo. Estos riesgos pueden provenir de la naturaleza de los datos tratados, así como del alcance del tratamiento o de los objetivos.

5.2.8.- Otras cuestiones que interesan a la protección de datos

El Reglamento rescata, con el precedente de la Directiva 95/46, los códigos de conducta, contemplados en los artículos 40 y 41. También, a los fines de encauzar los litigios que interpongan los afectados por el tratamiento de sus datos, el Reglamento desarrolla en su Capítulo VIII, que incluye los artículos 77 al 84, un procedimiento administrativo completo en régimen de “recursos, responsabilidad y sanciones”.

Según el Reglamento, dichos códigos de conducta deben presentar las características a continuación descritas. Primero, la iniciativa de su elaboración y su redacción son responsabilidad exclusiva de los sectores profesionales, independientemente de los estímulos que puedan recibir de las autoridades públicas. En este sentido la Directiva manifiesta que los Estados miembros alentarán la elaboración de códigos de conducta destinados a contribuir, en función de las peculiaridades de cada sector, en la correcta aplicación del régimen previsto. Segundo, su alcance se limita a aplicar o desarrollar la normativa aplicable, pero no a establecer excepciones. Y en tercer lugar, su efecto no es vinculante para terceros ni para organismos jurisdiccionales, que siempre podrán hacer prevalecer la normativa general que están llamados a aplicar y actuar. No obstante las asociaciones profesionales y demás organizaciones (piénsese en sindicatos y entidades asociativas de empresarios) podrán someter sus proyectos de códigos, así como sus modificaciones y prórrogas, al examen de las autoridades de control. Las virtualidades aplicativas de que sea mediante estos códigos de conducta como se produzca una normalización plena del empleo de las TIC en los procesos de comunicación entre los interlocutores sociales permanecen pues como una muy interesante puerta abierta a ulteriores desarrollos en el futuro. Además, el artículo 41 establece que los organismos nacionales de control podrán supervisar los códigos de conducta que resulten aprobados.

Por lo que hace al procedimiento del Capítulo VIII arriba citado, el mismo obliga a las autoridades nacionales a conferir a los interesados la facultad de recurso jurisdiccional para permitirles llegado el caso que defiendan todos los derechos reconocidos por la norma europea. El artículo 82 relativo al régimen de responsabilidades en materia de tratamiento de datos hace recaer en el responsable del tratamiento la obligación de reparar el perjuicio causado a cualquier persona por cualquier actividad incompatible o ilícita con las disposiciones del Reglamento. El responsable del tratamiento puede verse eximido de responsabilidad, a condición de demostrar que no le es imputable el hecho perjudicial, principalmente si demuestra principalmente si ello es achacable al propio interesado o a un aspecto de fuerza mayor. Por su parte los artículos 83 y 84, relativos al régimen sancionador y de multas, preconiza que los Estados miembros deberán establecer las sanciones adecuadas para los casos de incumplimiento de las disposiciones adoptadas en ejecución del Reglamento. A este respecto la Directiva 95/46 no logró deparar unas condiciones uniformes de protección en todos los Estados miembros. Nuestra

opinión es que, a pesar de la uniformidad alcanzada, hay aún mucho lugar para que las diferencias entre unos Estados miembros y otros sigan generando disparidades.

6.- Jurisprudencia europea sobre TIC y relaciones laborales

La Directiva 95/46, inmediato precedente del actual Reglamento 2016/679, ha sido objeto de una marcada actividad jurisprudencial por medio del Tribunal de la Unión Europea con motivo de las cuestiones prejudiciales remitidas desde las judicaturas nacionales. Además, las cuestiones relativas a la intimidad ligadas y ligadas al régimen de protección de datos han ocupado el quehacer del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el que el mismo Tribunal comunitario se contempla. Encontramos casos en los que, incluso, la cuestión de las TIC, la protección de datos personales y cuestiones ligadas a las condiciones de trabajo confluyen. Otros aspectos, como los relativos a los instrumentos del correo electrónico o el tablón de anuncios virtual están aún pendientes de tratamiento a nivel jurisdiccional por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (a no ser por algún ejemplo aislado del que nos ocuparemos en el presente epígrafe). Más significativa ha sido la labor desempeñada al respecto por el Tribunal de Estrasburgo.

En resumen, hallamos muestras que se insertan en contextos generalistas acerca del empleo de las TIC en el marco de las relaciones laborales. La Carta Europea de Derechos Fundamentales del Consejo de Europa es la norma analizada por el Tribunal de Estrasburgo, y también por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Ya dentro de un contexto comunitario, el protagonismo lo asume por entero la Directiva 95/46. La jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo nos pone sobre la pista del auténtico juego de esa norma para casos concretos. A los fines de nuestra investigación, la misma puede ser un instrumento muy útil para poner calibrar el verdadero alcance de la normativa europea en tan sensible materia en los procesos de interrelación comunicativa y conflictiva acaecida en los interlocutores sociales, sea para evitar excesos injustificados en su uso, sea para enervar tentaciones de exclusión interesadas, que se basen en teóricos imperativos de la protección de datos para borrar de un plumazo toda posibilidad de un uso comedido y adecuado de las TIC en esos mismos procesos. La presencia de ejemplos claramente encuadrados en contextos laborales, si bien no en todas sus posibilidades, pueden ser base para nuevos desarrollos y avances en la materia.

La jurisprudencia en el ámbito de la Unión Europea no está aislada de la tendencia general en todo el continente. En efecto, la rápida entronización de las TIC en todos los aspectos de la vida humana ha propiciado nuevas amenazas a los derechos y libertades fundamentales, de los cuales el sistema de protección de derechos del Consejo de Europa, regido por la Convención de Derechos Humanos europea, con la implicación del Tribunal de Derechos Humanos (TEDH) ofrece respuestas, muy abundantes en los últimos tiempos, y que efectivamente informan el sentir de otras instancias (sin ir más lejos, nuestro propio TC y el TJUE).

La cuestión del impacto de las TIC las relaciones laborales y el efectivo ejercicio de derechos colectivos ha ocupado al TEDH de manera muy significativa. La sentencia Copland contra Reino Unido, de 3 de abril de 2007, es la que marca el inicio del tratamiento de esta problemática con una entidad, autonomía y sentido propios, que se perpetúa hasta tiempos recientes con la sentencia Barbulescu contra Rumanía de 12 de enero de 2016. En consecuencia, antes de proseguir con la jurisprudencia de la Unión Europea prestamos atención a estos dos sustanciales pronunciamientos del Tribunal de Estrasburgo, y de algún otro más a título complementario.

Haciendo un poco de historia sobre el particular, fue por la sentencia Halford contra Reino Unido, de 25 de junio de 1997, como el TEDH tuvo la primera ocasión de pronunciarse sobre la aplicación del artículo 8 de la Convención de Derechos Humanos del Consejo de Europa (CEDH) a las comunicaciones privadas establecidas desde un centro de trabajo. Tomando los principios desarrollados en sentencias aun más antiguas (concretamente, Klass contra Alemania, de 9 de septiembre de 1978, y Malone contra Reino Unido, de 2 de agosto de 1984, según las cuales las llamadas telefónicas emitidas desde centros de trabajo, así como las provenientes de un domicilio privado, pueden encontrarse comprendidas en el concepto de “vida privada” y de “correspondencia” recogidas en el párrafo primero de dicho artículo 8 CEDH), el TEDH entendió que las relaciones y contactos que el sujeto afectado realizó desde su lugar de trabajo eran susceptibles de beneficiarse de la protección del sistema de derechos humanos del Consejo de Europa. La sentencia Halford, relativa a una funcionaria de policía, estaba redactado en términos suficientemente generales para que su contenido pudiese ser extendido a las comunicaciones telefónicas de los asalariados del sector privado. Quedaba pendiente saber si los mismos principios protectores valdrían para los nuevos medios de comunicación que la civilización de las TIC ponía generosamente a su

disposición de los asalariados. La extrapolación a un contexto de TIC y relaciones laborales se planteó casi desde el primer momento en que estas tecnologías irrumpieron en la vida de los trabajadores. La ocasión se planteó con la sentencia Copland, relativa al uso del correo electrónico en un contexto laboral.

En este asunto, la asistente personal del director de un colegio público tuvo la desagradable sorpresa de constatar que la utilización por su parte en su jornada laboral del correo electrónico y de internet había sido objeto de estrecha vigilancia durante meses. Con referencia expresa a la antes citada sentencia Halford, el TEDH deduce lógicamente de su asentada jurisprudencia que el envío de e-mails desde el lugar de trabajo y la utilización con fines personales de internet están igualmente comprendidos dentro del ámbito de protección del artículo 8 CEDH. Aun cuando la sentencia vincula la solución del caso a un derecho “no intromisión” de los poderes públicos del Estado demandado, en la medida en que el lugar de trabajo afectado era un colegio público, no hay duda alguna que tal jurisprudencia tenía vocación de ser aplicada con un sentido extensivo -como así lo fue la propia sentencia Halford en su día- a todas las comunicaciones privadas con origen en un lugar de trabajo, sea por funcionarios, sea por trabajadores por cuenta ajena. Esta asimilación debería valer igualmente para la reserva que la sentencia Copland toma prestada del fallo Halford; la protección del artículo 8 CEDH no resulta separable de la noción de “confianza legítima” o de que el sujeto esté informado en términos generales de que existe una supervisión sobre el empleo de los medios telemáticos, lo cual supone en efecto que para que acceda a la protección prevista el afectado no haya tenido que ser advertido ni tener conocimiento en modo alguno de la eventualidad de una posible vigilancia o fiscalización por parte del empresario.

Conviene observar que tampoco la sentencia Copland agota todas las potencialidades de innovación. En efecto, para constatar una violación del artículo 8 CEDH, el criterio unánime de los jueces del TEDH constató unánimemente que dicha situación era aun más significativa por cuanto, en el caso concreto del Reino Unido, la ingerencia frente al derecho de respeto de la vida privada y de la correspondencia que reclamaba la recurrente, en la fecha de los hechos ni siquiera habría sido objeto de una normativa de rango legal, en el sentido propiamente europeo (o al menos continental, no de *Common Law*, entendamos) del término. La sentencia Copland establece el juego del principio de proporcionalidad que permitirá en todo caso apreciar la intensidad admisible de la vigilancia ejercida sobre las comunicaciones privadas establecidas desde el lugar de trabajo. Se podría afirmar que la sentencia Copland consagra el derecho del trabajador a que le sea respetada

su vida privada, inclusive en su centro de trabajo. El acondicionamiento de esta especie de bula privada en el seno de la esfera profesional constituye, ante cualquier hipótesis, un avance significativo que nos lleva a otras reflexiones con relación a otros fallos conectados con este mismo caso Copland.

El elemento de contraste viene con otras resoluciones, como las sentencias Madsen contra Dinamarca, de 7 de noviembre de 2002 y Wretlund contra Suecia, de 9 de marzo de 2004 (esto es, inmediatamente anteriores a Copland), relativas al control por parte del empresario de los archivos y equipos utilizados por los trabajadores. En principio, la fiscalización de ficheros físicos que estén a cargo del trabajador resultaba admisible para el empresario dentro del lógico y comedido elemento de proporcionalidad. Ello justificaba cierta posibilidad de control para evitar que en dichos ficheros se escondiesen drogas u otras sustancias cuyo empleo estaba prohibido en el centro de trabajo. La cuestión de la intimidad del trabajador en su tratamiento por el TEDH iba a depender del ámbito en el empresario ejerce su control. La intimidad podía cubrir un lugar físico, como ficheros, pero no estaba claro que fuese extensible a los ordenadores. Antes de Copland existían pues dos raseros de protección y proporcionalidad con relación al artículo 8 CEDH. No dejaba de sorpresnte que hasta Copland, en un ámbito como el de las TIC, en donde las variables espacio temporales dejan de tener su significado tradicional, se diese esa dualidad, susceptible de distorsionar el análisis jurídico.

Los logros de la jurisprudencia Copland habrían conocido muy recientemente una cierta corrección, con el caso de Barbulescu contra Rumanía. El asunto concernía el despido de un ciudadano rumano por haber utilizado con fines personales, y durante la jornada laboral, las cuentas de internet de la empresa en contravención de las normas internas de aquella. El TEDH analiza si la vida privada y la correspondencia del trabajador fueron indebidamente fiscalizadas, y si la vigilancia de sus comunicaciones por parte del empresario era razonable, en el contexto de un procedimiento disciplinario.

Dicho trabajador era ingeniero encargado de ventas y, a demanda de su empleador, abrió una cuenta de correo electrónico para responder a las demandas de los clientes. El trabajador fue informado por su empleador que sus comunicaciones por esa cuenta de correo habían sido vigiladas durante unos días, y que los registros efectuados demostraban que la había utilizado con fines personales. El trabajador respondió por escrito que no había utilizado ese servicio sino que para fines

profesionales; ante ello, se le presentó una transcripción de de sus comunicaciones, concretamente, extractos literales de los mensajes intercambiados con su hermano y su novia, en los cuales se vertían contenidos propios de su vida personal e inclusive sexual. El empresario despachó al trabajador por infracción al reglamento interno de funcionamiento de la empresa, que de modo expreso prohibía el uso de los medios de ésta para fines personales. El afectado impugnó el despido ante los tribunales rumanos por nulidad, ya que el empresario habría violado su derecho al secreto de comunicaciones al vigilar éstas sin su conocimiento (violación no estrictamente laboral, sino tocante asimismo con sus derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos y la legislación penal al respecto). Su pretensión fue fueron desestimada por los tribunales rumanos al estimar que el empresario se habría ajustado al procedimiento de despido previsto por el Código de Trabajo rumano y que el trabajador habría sido informado debidamente, y con carácter previo, de la reglamentación de la empresa y de la sanción cuyo incumplimiento podría acarrearle. Agotando todo el percurso procesal en su país, el tratador acudió al TEDH, invocando el artículo 8 CEDH.

En su fallo de 12 de enero de 2016, el TEDH no encuentra abusivo que un empresario verifique si sus trabajadores cumplen sus tareas profesionales durante las horas de trabajo; el empresario habría accedido a la cuenta de correo del trabajador pensando en su convencimiento personal de que sólo encontraría comunicaciones producidas entre éste y los clientes de la empresa. Como segundo argumento, la CEDH considera que el trabajador ha estado en todo momento en posición de poder hacer valer sus argumentos relativos a la violación de su vida privada y de su correspondencia ante los tribunales nacionales, y que las decisiones subsiguientes no hacen mención alguna al contenido concreto de las comunicaciones. Muy destacadamente, a entender del TEDH, los órganos judiciales rumanos se habrían basado en las transcripciones de sus correos electrónicos en el modo en que éstas probarían que el interesado habría empleado el ordenador de su sociedad con fines privados durante las horas de trabajo, pero en ningún momento los contenidos y destinatarios de tales mensajes íntimos fueron desvelados. En consecuencia el TEDH desestimó, con el voto particular de uno de los magistrados, que se hubiera producido quebranto al artículo 8 de la CEDH. Por lo tanto, las jurisdicciones internas de reenvío habrían llevado a efecto un justo equilibrio entre el derecho del requirente al respeto de la vida privada y de su correspondencia por medios telemáticos por una parte, y los intereses de su empresario por otro. Cabe concluir que incidieron dichos factores de no divulgación ni consideración de los

contenidos a los efectos de despido, y que fueron medios de la empresa (ordenadores y cuenta de correo) y momentos de presencia física del trabajador las circunstancias concluyentes para el fallo. El TEDH está aun pendiente de aclarar situaciones en que estas componentes no estén tan claras (es decir, que la comunicación se haga fuera de horas y de presencia física del trabajador en las dependencias de la empresa, o que se usen cuentas de correo o equipos que sean del trabajador, y que sin embargo el empresario entienda que dicha actividad perjudica a los intereses concretos de su ámbito económico de actividades, etc.).

Entrando ya en la labor del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, el primero de los ejemplos jurisprudenciales que analizamos será la sentencia de 6 de noviembre de 2003 recaída en el As C-101/01 Lindqvist⁵¹⁷, paradigma en cuanto al modo en que la Directiva 95/46 puede afectar, en materia tanto de derechos como de obligaciones, a sujetos privados, y no necesariamente a autoridades públicas, grandes empresas o entidades asociativas, como podrían ser los mismos sindicatos u organizaciones empresariales.

Este pronunciamiento, pese a su contenido en apariencia banal, y ajeno a cualquier implicación laboral, constituye el decálogo más completo a nivel jurisprudencial sobre la Directiva 95/46, concretamente en lo relativo hasta dónde puede llegar el manejo de las TIC por sujetos no públicos. El resulta tremendamente escrupuloso a la hora de respetar la totalidad y el sentido de todas preguntas remitidas por la jurisdicción de reenvío (en un total de siete), siguiendo con respecto de las mismas (con excepción de la segunda, que queda sin objeto al contestarse la primera) una muy transparente y metódica estructura de ir anticipando las observaciones con relación a las mismas tanto de la propia interesada, los Gobiernos de algunos Estados miembros, y de la propia Comisión, para acto seguido, ir proporcionando sus correspondientes respuestas. Aparte, en lo que va a ser una constante en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en torno a la Directiva 95/46, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea recurre continuamente al Convenio del Consejo de Europa de 28 de enero de 1981 para la protección de las personas en lo que respecta al tratamiento automatizado de los datos personales.

Los hechos del caso consistieron en que la afectada, catequista de una parroquia protestante en Suecia, a los fines de sus labores como catequista y sin ánimo de lucro alguno “creó en su domicilio y con su ordenador personal varias páginas web

⁵¹⁷ Cuestión prejudicial formulada por el por el *Göta Hovrätt* (Tribunal Supremo) sueco.

con el fin de que los feligreses de la parroquia que se preparaban para la confirmación pudieran obtener fácilmente la información que necesitaran”. Aparte, y por mediación de la afectada, “el administrador del sitio internet de la Iglesia de Suecia creó un enlace entre las citadas páginas y dicho sitio”. En tales páginas constaba información concerniente a la interesada, y además de otros “dieciocho de sus compañeros de la parroquia, incluido su nombre completo o, en ocasiones, sólo su nombre de pila”. En dicho tratamiento los citados eran descritos “en un tono ligeramente humorístico” respecto de los cometidos que llevaban a cabo en la vida parroquial. La descripción incluía además sus aficiones, e incluso su “situación familiar, el número de teléfono e información adicional”. En el caso concreto de una de las compañeras se informaba de que “se había lesionado un pie y se encontraba en situación de baja parcial por enfermedad”. En todas estas actividades la Sra. Lindqvist nunca informó a los afectados, y ni mucho menos, a la agencia sueca designada para la protección de datos personales por vía informática (la *Datainspektion*). Entendemos que pese a ser la situación completamente ajena a lo laboral, dichos datos personales (asimismo los de la baja médica) no son en absoluto extraños a los que pueden producirse en un contexto de comunicación entre agentes o partes sociales; de ahí que, salvando las oportunas distancias, la doctrina jurisprudencial de este caso merezca un interés apreciable dentro incluso de nuestra labor investigadora.

Enterados cierto número de afectados, las páginas web fueron suprimidas, pero ello no fue óbice para que el ministerio fiscal emprendiese, con relación a la normativa penal nacional pertinente a efectos de sanción de presuntas infracciones al régimen de protección de datos propio de la Directiva 95/46, ciertas actuaciones penales al menos por tres conceptos diferentes, a saber:

- haber tratado datos personales de modo automatizado sin haberlo comunicado previamente por escrito a la *Datainspektion*;
- haber tratado sin autorización datos personales delicados, como los relativos a la lesión en un pie y a la baja parcial por enfermedad;
- haber transferido datos de carácter personal a países terceros sin autorización”.

En la causa penal la inculpada “reconoció los hechos, pero negó que hubiera cometido una infracción”. En primera instancia, al ser condenada, pagó una multa que alcanzó la suma de 4.000 coronas suecas, y apelado dicho pronunciamiento ante el *Göta Hovrätt*, éste decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia un número de hasta siete cuestiones prejudiciales.

Es la primera pregunta la que sirve de encuadre de la cuestión, y versa simplemente en si las actividades realizadas por la afectada constituían o no tratamiento automatizado de datos a los efectos de la Directiva 94/46. El Tribunal de Justicia, tras un prolijo análisis de los primeros preceptos programáticos de la Directiva 95/46 considera que no puede entender cuestión sin antes determinar si el tratamiento verificado por la inculpada estaba parcial o totalmente automatizado. Según el TJUE, “a este respecto, es preciso observar que difundir información en una página web implica, de acuerdo con los procedimientos técnicos e informáticos que se aplican actualmente, publicar dicha página en un servidor, así como realizar las operaciones necesarias para que resulte accesible a las personas que están conectadas a internet. Estas operaciones se efectúan, al menos en parte, de manera automatizada”⁵¹⁸. Las conclusiones en cuanto a que el caso entra de lleno en el ámbito de aplicación de la Directiva resultan pues patentes, y así lo recalca el Tribunal. Entendemos que su doctrina es asimismo aplicable a cualquier soporte informático fijo que pueda desarrollarse por iniciativa de cualquier interlocutor social. No pensamos únicamente en páginas web, sino muy especialmente en modalidades tales como el tablón de anuncios virtual, ya abordado en partes anteriores de la presente tesis. Ello deja sin objeto a la segunda pregunta, subsumida en la primera⁵¹⁹.

La tercera pregunta versaba sobre la eventual exclusión de la aplicación de la Directiva 95/46 de conformidad a su artículo 3.2. Aunque no se especifica, por la naturaleza del caso, se estaría pensando en que la actividad de la Sra. Lindqvist pudiera corresponder a un tratamiento de datos personales “efectuado por una persona física en el ejercicio de actividades exclusivamente personales o domésticas”. Con relación a este punto, las alegaciones remitidas al Tribunal divergen sensiblemente. Para la inculpada, dicho carácter doméstico, en unión al carácter no económico del tratamiento de datos, determinaría que los contenidos vertidos serían un mero ejercicio de libertad de expresión, extraño a los principios de libre circulación y armonización económica para la libre circulación de datos (y que estarían en el mismo genoma de la Directiva 95/46). El Gobierno sueco sugirió los

⁵¹⁸ Considerando 26.

⁵¹⁹ En efecto, la jurisdicción de reenvío sólo se interesaba con respecto de la misma si la primera era contestada en sentido negativo, por cuanto así le incumbía conocer si consistía un tratamiento no automatizado de datos personales contenidos o destinados a ser incluidos en un fichero” la conducta consistente en publicar en un sitio web diversas páginas web referidas específicamente a una quincena de personas, con enlaces entre dichas páginas que hacen posible la búsqueda por nombre de pila”.

mismos parámetros con relación al modo en que la Directiva fue transpuesta al Derecho interno. Sin embargo, tanto el Gobierno neerlandés como la Comisión proponen que no procede la mera exclusión del ámbito de la Directiva porque el tratamiento no obedezca en sí a una actividad con propósito económico. En concreto, la Comisión, más partidaria de considerar la actividad realizada desde lo que sería una creación literaria o artística por parte de la inculpada, entiende que “la Directiva tiene por objeto regular la libre circulación de datos personales en tanto que ejercicio no sólo de una actividad económica sino también de una actividad social en el contexto de la integración y del funcionamiento del mercado interior (...) Excluir con carácter general del ámbito de aplicación de la Directiva 95/46 las páginas web que no contienen ningún elemento comercial o de prestación de servicios podría conllevar graves problemas de delimitación. En ese caso, numerosas páginas web que contienen datos personales, dirigidas a estigmatizar a ciertas personas con fines específicos, podrían quedar excluidas de su ámbito de aplicación”⁵²⁰. El Tribunal hace suyas las posiciones de la Comisión, haciendo hincapié en el tratamiento de datos que salen de un mero ámbito doméstico y que tienen una salida y conocimiento en el exterior, porque las excepciones por motivos artísticos o literarios han de interpretarse en sentido estricto, no procede pues la analogía a situaciones diferentes (en este caso, la gestión con propósitos de una confesión religiosa). Y no hay tratamiento doméstico pues nos hallamos ante un caso de “difusión de datos por internet de modo que resulten accesibles a un grupo indeterminado de personas”⁵²¹. Habría pues tratamiento de datos a todos los efectos. Así las cosas, en el plano concretamente investigado, la difusión de datos por cualquier medio que afectase a cuestiones personales realizada por los interlocutores sociales caería bajo el ámbito regulado por la Directiva, sin que ninguna de las argumentaciones vistas (carácter no inmediatamente económico, libertad de expresión, sentido literario o artístico) pudieran propiciar una exclusión en la aplicación de su régimen normativo.

La cuarta cuestión es obvia en sí misma, y merece una breve respuesta por el Tribunal de Justicia⁵²²: la quinta es de carácter técnico, concerniente a que los datos tratados puedan tener implicaciones con respecto de países terceros aunque no

⁵²⁰ Considerandos 30 a 36.

⁵²¹ Considerando 47.

⁵²² Que si mencionar la lesión en el pie y la baja por enfermedad de uno de los mencionados en las páginas web de la afectada constituía “un dato personal relativo a la salud en el sentido del artículo 8, apartado 1, de la Directiva 95/46”, lo cual resulta ser evidente (Considerandos 49 a 51).

hubiera sido ésta la intención del tratante de dichos datos⁵²³. La sexta cuestión vuelve a la carga con el aspecto de la libertad de expresión, al Tribunal de Justicia a interpretar el artículo 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos del Consejo de Europa (CEDH), fuente externa a la Unión Europea, pero con amplia tradición interpretativa a cargo del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, aun desde tiempos remotos propios de las Comunidades Europeas primigenias, en cuyos textos constitutivos (a diferencia del momento actual) no existía ninguna mención articular expresa al respeto de los derechos fundamentales a cargo de las instituciones comunitarias en el ejercicio de sus funciones.

La inculpada entiende que el régimen de la Directiva establece cortapisas injustificadas a la libertad de expresión reconocida en el CEDH, la Comisión considera el respeto de la Directiva con todo lo concerniente al CEDH, mientras que los Gobiernos estatales (el sueco, el neerlandés y aquí también citado el británico) propugnan un tratamiento ponderado caso por caso, correspondiendo al juez nacional delimitar hasta dónde ese derecho de libertad de expresión contemplado en el CEDH puede hacerse valer por encima del régimen de la Directiva 95/46 en el caso de un tratamiento de datos determinado. El Tribunal de Justicia entiende que ha de tenerse en cuenta “el justo equilibrio entre los derechos e intereses en juego”, el cual (sin que sea citado el CEDH por el Tribunal de Justicia, cosa que elude hacer en este caso), “debe buscarse más bien en el ámbito nacional (...). En consecuencia, corresponde a las autoridades y a los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros no sólo interpretar su Derecho nacional de conformidad con la Directiva 95/46, sino también procurar que la interpretación de ésta que tomen como base no entre en conflicto con los derechos fundamentales tutelados por el ordenamiento jurídico comunitario o con los otros principios generales del Derecho comunitario como el principio de proporcionalidad”⁵²⁴.

⁵²³ Son estas complejas cuestiones que obviaremos aquí por ser ya puramente de matiz técnico informático prolijamente desarrolladas en los considerandos 52 a 71, interesando en mucho a los Gobiernos nacionales y a la Comisión, los cuales exponen argumentos y puntos de vista de lo más variado. Nos limitaremos a apuntar aquí que, en el criterio seguido por el Tribunal de Justicia, la transferencia a países terceros de datos personales requiere, con relación al artículo 25, un cierto carácter volitivo por parte de su tratante, de manera que no existiría transferencia a un país tercero de datos “cuando una persona que se encuentra en un Estado miembro difunde datos personales en una página web, almacenada por su proveedor de servicios de alojamiento de páginas web que tiene su domicilio en el mismo Estado o en otro Estado miembro, de modo que dichos datos resultan accesibles cualquier persona que se conecte a internet, incluidas aquéllas que se encuentren en países terceros”.

⁵²⁴ Considerandos 85 y 87.

La séptima y última cuestión consiste en dilucidar si los Estados miembros pueden endurecer las condiciones restrictivas con relación al régimen de tratamiento de datos previsto en la Directiva. Mientras que las observaciones de los Gobiernos sueco y neerlandés (los Estados miembros siempre son celosos de reivindicar sus propias competencias a la menor ocasión que se presenta) apuntan dichos postulados en un carácter de incondicionalidad, la Comisión es del criterio justamente contrario, entendiendo que los Estados no pueden jamás “establecer una protección más rigurosa de los datos personales o un ámbito de aplicación más amplio que los que resultan de la citada Directiva”⁵²⁵. El Tribunal de Justicia opta por una línea intermedia, en pura lógica competencial de la Unión Europea; esas mayores exigencias de índole nacional serán posibles cuando dichas normativas nacionales respeten el tenor de la Directiva 95/46, y más especialmente con relación a su objetivo, cual es el de “mantener el equilibrio entre la libre circulación de datos personales y la tutela del derecho a la intimidad”. Garantizado esto nada impide que un Estado miembro extienda el alcance de la normativa nacional que adapta el derecho interno a la Directiva 95/46 “a situaciones que no están comprendidas en el ámbito de aplicación de esta última, siempre que ninguna otra norma de Derecho comunitario se oponga a ello”⁵²⁶. Tal vez en otra clase de pronunciamientos, el Tribunal de Justicia se sienta inclinado a indicar que dichas limitaciones de protección de datos complementarias de génesis nacional tampoco podrán coartar el libre ejercicio de otras libertades comunitarias, como las referidas a los principios de libre circulación de trabajadores y de libertad de expresión, como muestra del reconocimiento de la autonomía colectiva de los agentes sociales, la cual constituyen igualmente principios inherentes al Derecho social europeo.

6.1.- Jurisprudencia sobre empleo de las TIC y difusión de condiciones de trabajo

El caso anteriormente analizado nos abre las puertas para ponderar sobre el terreno hasta dónde se puede llegar en el empleo de las TIC por un agente privado, con independencia de sus repercusiones laborales, o afectación a condiciones de trabajo. Un segundo grupo de pronunciamientos, también centrado en el universo comunicativo de las TIC con relación a la Directiva 95/46 suponen un ir algo más allá por cuanto la materia objeto de tratamiento comunicativo telemático de raíz TIC

⁵²⁵ Considerandos 91 a 94.

⁵²⁶ Considerandos 98 y 99.

concierno, precisamente, a cuestiones como son las condiciones de trabajo, tales como el salario o las jornadas de trabajo. Con carácter preliminar debe recalcar el carácter predominante que en varios de estos pronunciamientos subyace en la labor del Tribunal de la Unión Europea el recurso a la jurisprudencia en materia de TIC y derecho a la intimidad en contextos inclusive laborales producida por el Tribunal de Derechos Humanos del Consejo de Europa con sede en Estrasburgo, el cual viene desarrollando en los últimos tiempos una destacada actividad doctrinal al respecto, colmada con asuntos que son de la más inmediata actividad.

Desde una perspectiva remota, aunque con indudables aprovechamientos de futuro en contextos ya propiamente vinculados a aspectos laborales (en concreto, la remuneración salarial como dato presuntamente protegido del trabajador), encontramos el problema de venta de datos fiscales de rendimientos del trabajo y niveles de renta a efectos comerciales y publicitarios hecha a través de internet en el marco de una operación suscrita entre la empresa propietaria del diario finlandés Veropörssi (Markkinapörssi Oy), y la empresa Satamedia Oy. Ello constituyó el litigio del que entendió el TJUE en su sentencia de de 16 de diciembre de 2008, recaída en el As. C- 73/07⁵²⁷. Efectivamente, en este ejemplo veremos que aparecen elementos de matiz novedoso con respecto del caso acabado de ver; tenemos un tratamiento de datos con propósitos netamente económicos, si bien en una perspectiva comercial ajena a un contexto laboral en el sentido lato de los términos. La cuestión gira alrededor de la difusión por internet de una condición de trabajo esencial cual es el salario; en concreto, el tratamiento fiscal que tienen los rendimientos de trabajo personal (en conjunción o no con otras fuentes de ingreso que resulten tributables).

La empresa Markkinapörssi había venido durante años recogiendo recoge datos públicos de la administración fiscal finlandesa para publicar cada año extractos los mismos en las ediciones regionales del periódico Veropörssi, datos que eran comprensivos de los nombres y de alrededor de 1.200.000 personas físicas cuyos ingresos superasen determinados umbrales y con un margen de aproximación de 100 euros. Los datos tratados consistían en las rentas derivadas de sus rendimientos del trabajo y del capital, así como indicaciones relativas a la imposición de su patrimonio, de acuerdo a un pormenorizado detalle, en función del cual, la información se clasificaba por municipio y por tipo de renta y se hacía constar por

⁵²⁷ Petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 234 CE, por el *Korkein Hallinto-Oikeus* (Tribunal supremo finlandés de lo contencioso-administrativo).

orden alfabético. Es pues la presencia de un tratamiento y difusión telemática de esta condición laboral, la de las rentas del trabajo, la que capta pues nuestra atención. Sus derivadas a contextos de difusión de salarios en parámetros de diálogo/conflicto entre los interlocutores sociales parecen más que extrapolables (por ejemplo, difusión en tablón de anuncios o páginas web de propuestas salariales o estructuras del mismo tipo en convenios colectivos pendientes de aprobación sin ir más lejos, incluso con precedentes en anteriores ediciones de los mismos).

El sistema descrito permitía a los interesados propiciar que sus datos fueran eliminados si así hacían constar su voluntad, y sin coste alguno, y ello en principio no dio problemas cuando la difusión lo era en formato papel en las ediciones regionales de Veropörssi. Fue su tratamiento informatizado lo que determinó el litigio en cuestión, al caer en el ámbito de la Directiva 95/46 y, obviamente, porque la informatización de dichos datos hizo crecer exponencialmente su difusión. La empresa dueña de Veropörssi, Markkinapörssi transmitió a Satamedia, de cuyo capital social son titulares las mismas personas, varios CD-ROM con los datos personales publicados en dicho diario, para su publicación por un sistema de mensajes de texto (SMS). A estos efectos, las dos sociedades firmaron un acuerdo con una operadora de telefonía móvil que, por cuenta de Satamedia, estableció un servicio de mensajes de texto que permite a los usuarios de teléfonos móviles recibir en su teléfono, por el pago de una pequeña cantidad, los datos publicados en el Veropörssi.

Aunque también se establecía un sistema a favor de los interesados para que éstos pudiesen excluir sus datos fiscales si era su voluntad, empezaron a sucederse diversas denuncias por particulares, quienes alegaron ante las autoridades finlandesas designadas para la protección de datos (el *Tietosuojavaltuutettu* y la *Tietosuojalautakunta*) la eliminación total de dichas prácticas, alegando que las mismas atentaban con carácter general a su intimidad personal. La primera de dichas autoridades nacionales propuso a la segunda que prohibiese definitivamente las mismas, dejando sin efecto el contrato suscrito por ambas empresas. Pero la segunda autoridad denegó la propuesta de la primera. El *Tietosuojavaltuutettu* emprendió pues la vía contencioso-administrativa ante el ante el *Helsingin Hallinto-Oikeus* (Tribunal de lo contencioso-administrativo de Helsinki) el cual desestimó el recurso. Así las cosas, el *Tietosuojavaltuutettu* presentó entonces un recurso ante el *Korkein Hallinto-Oikeus* (Tribunal Supremo de lo contencioso-administrativo), que es quien formula las cuestiones prejudiciales. En las mismas, dicho Tribunal entiende

que sus dudas no son acerca de que si hay tratamiento de datos (que entiende que lo hay), sino si el posterior destino dado a dichos datos tratados pueda ser o no compatible con el régimen prescrito en la Directiva 95/46, remitiendo al Tribunal de Justicia de la Unión Europea un total de cuatro preguntas.

La primera cuestión es la más simplemente tratada, por cuanto el Tribunal de Justicia se limita a constatar, en lo que ya venía siendo sugerido por la misma jurisdicción de reenvío, que los datos afectados, “referentes al apellido y nombre de determinadas personas físicas cuyos ingresos sean superiores a ciertos umbrales y, en particular, con una aproximación de 100 euros, los datos relativos a sus rendimientos del trabajo y del capital, son datos personales” afectan a la Directiva 95/46, por cuanto los mismos constituyen “información sobre una persona física identificada o identificable”⁵²⁸. Son pues las otras dos siguientes cuestiones (la cuarta y la segunda) las que ocupan mayoritariamente la labor de la judicatura de Luxemburgo.

La segunda cuestión consiste en dilucidar si hay protección de datos a los efectos de la Directiva, por el hecho de que dichos datos hubieran sido objeto de un anterior tratamiento por un medio físico de papel, o si por el contrario, esa previa condición sería susceptible de hacer decaer por sí mismo el ámbito de aplicación de la norma europea analizada. A este respecto, se invoca que las excepciones de exclusión de la Directiva (cuestiones de seguridad interior, defensa del Estado y similares por un lado, o las relativas a la esfera doméstica de los particulares, incluido el ejercicio de la libertad de expresión) son de interpretación en número cerrado y en sentido estricto, por lo que nuevas modalidades de exclusión, ni de aplicación analógica o extensiva de las excepciones previstas no son en principio admisibles⁵²⁹. El Tribunal considera que habilitar una excepción por esa previa recalada de los datos en un previo formato papel dejaría a la Directiva en gran medida vacía de contenido. Y ello con independencia de que se trate de datos fiscales públicos de matiz fiscal los que hubieran sido objeto de esta publicación. Así las cosas “bastaría con que los Estados miembros publicaran los datos para que quedaran sustraídos a la protección prevista por la Directiva”. Queda respondido por el Tribunal que “las

⁵²⁸ Considerando Núm. 35, que hace mención a la sentencia de 20 de mayo de 2003, Österreichischer Rundfunk ÖRF) y otros, C-465/00, C-138/01 y C-139/01, que nos ocupará justamente tras ésta.

⁵²⁹ Considerandos 40, 41 y 44, en donde se hace una cita expresa a la sentencia Lindqvist, antes estudiada, invocando a este respecto el punto 125 de las Conclusiones presentadas por el Abogado General en este concreto asunto.

actividades de tratamiento de datos personales como las que son objeto de la primera cuestión (...) y relativas a los ficheros de la Administración pública que contienen datos personales, que únicamente tengan por objeto información ya publicada tal cual en los medios de comunicación, están comprendidas dentro del ámbito de aplicación de la Directiva”⁵³⁰. Pese a la ausencia de laboralidad en el litigio, lo interesante es que con el mismo se sientan precedentes para que la condición de trabajo salario pueda ser reconocida en un futuro como dato regulado a efectos de su tratamiento informático en procesos de interrelación entre agentes sociales.

Queda para el final la que fuera la segunda cuestión remitida por el Tribunal finés, la cual en definitiva pretendía determinar si el origen periodístico primigenio de la obtención y publicación de dichos actos en un diario suponía algo amparable con relación al marco de la libertad de expresión, reconocido como derecho fundamental, en contraposición a otros derechos más característicamente económicos propios de la Unión Europea, cuales son los de la libre circulación de datos en el ámbito de la Unión Europea. Mediante análisis del artículo 9⁵³¹, el Tribunal recalca que deben conciliarse ambos focos de tensión en la aplicación en la Directiva. El Tribunal estima que aunque dicho precepto menciona las actividades periodísticas como posibles candidatos a excepciones en términos igualmente de libertad de expresión, y que dichas actividades de información lo son por naturaleza con carácter oneroso o lucrativo (y el periodismo es una profesión). Es el Gobierno sueco el que pone el dedo en la llaga de que la difusión de datos lo sea con fines exclusivamente periodísticos o informativos; ello requeriría algo puntual o sujeto a la noticia, y no un sistema mercantilizado de datos como el descrito, que no conocería ningún tipo de excepción a los efectos de verse excluido del ámbito de protección (y eventualmente de sanción por mal uso de la práctica, cosa que queda en su protagonismo a cargo de las autoridades y jurisdicciones nacionales). En consecuencia, el Tribunal de Justicia zanja la duda sobre la posible excepcionalidad periodística de un tratamiento de datos como el producido (y en la base de su anterior manejo a partir de una publicación en diario papel que procesaba unos datos fiscales por naturaleza públicos), dejando dicho matiz de lo periodístico o no a la apreciación de las autoridades nacionales: el artículo 9 de la Directiva debe “interpretarse en el sentido de que las actividades mencionadas (...) relativas a datos procedentes de

⁵³⁰ Considerandos 48 y 49.

⁵³¹ Considerando 54 y 58 al 62, en donde se hace nuevamente por el Tribunal de Justicia recurso de las posiciones del Abogado General, concretamente las de los puntos 65 y 82 de las mismas.

documentos públicos según la legislación nacional (y procesadas desde el soporte de un diario periodístico), han de considerarse actividades de tratamiento de datos personales efectuadas exclusivamente con fines periodísticos en el sentido de dicha disposición, si tales actividades se ejercen exclusivamente con la finalidad de divulgar al público información, opiniones o ideas, siendo esta apreciación competencia del órgano jurisdiccional remitente”. Como sabemos, el recurso a los medios de comunicación es algo consustancial a las relaciones de diálogo-conflicto entre los interlocutores sociales. Aquí también pueden sacarse no pocas lecturas interesantes, al menos de futuro, en el marco de nuestro ámbito de investigación.

Otros pronunciamientos estrechan más el rango de su interés, a los fines de la presente investigación, entrando ya en contextos propiamente laborales, pero indirectos, y concretamente, en configuraciones triangulares entre empleadores, trabajadores y autoridades públicas. Cabría hacer finalmente recensión a otra sentencia, que se centra en la cuestión de la intimidad del trabajador. El hecho de que se trate de remuneraciones habidas en el desempeño de cargos y funciones públicas no quita ese matiz. Se trata del caso que denominaremos de la ÖRF y otros, correspondiente a la sentencia del TJUE de 20 de mayo de 2003, y recaída en los As. Acumulados C-. 465/00, 138/01 y 139/01⁵³².

Este es un caso que en mucho recuerda al anterior, y versa asimismo en cuanto al tratamiento informatizado del salario como condición de trabajo y su difusión de las TIC. No en balde el mismo fue utilizado como base en el asunto finlandés Satamedia, antes estudiado. Sin embargo, a los efectos de nuestro estudio, pese a que el mismo es anterior en el tiempo, presenta ciertos matices específicos que lo aproximan más significativamente a nuestra propuesta investigadora. En lo medular, se trata de averiguar, una vez más, hasta dónde puede ir, en los límites del tratamiento de datos, en su carácter de condición de trabajo con respecto a la Directiva 95/46, la componente del salario y los rendimientos de trabajo personal; pero aquí la diferencia estriba en el imperativo de que ciertos sueldos en entidades públicas puedan o no ser de común conocimiento ante los particulares (entiéndase, en su dimensión como contribuyentes al erario público). No hay pues una componente mercantilista en el tratamiento como datos divulgados en las redes de los salarios como en el caso Satamedia, sino que el contexto, más próximo al

⁵³² De conformidad a las cuestiones prejudiciales remitidas respectivamente por altas instancias judiciales austríacas, concretamente, el *Verfassungsgerichtshof* (Tribunal Constitucional), y el *Oberster Gerichtshof* (Tribunal Supremo).

carácter de nuestra investigación, está más cercano a una visión o perspectiva más característicamente institucional.

El origen la sentencia está en un cierto número de cuestiones prejudiciales remitidas tanto desde el Tribunal Supremo como desde el Tribunal Constitucional austríacos. El Tribunal de Cuentas de ese país (*Rechnungshof*) se veía obligado, de acuerdo a su legislación interna a recoger en un informe anual los sueldos de ciertas personas, por cuanto sus actividades laborales en ciertas entidades de titularidad pública rebasaran determinados montantes⁵³³.

El Tribunal de Justicia sintetiza todo el abanico de dudas prejudicialmente formuladas a una cuestión previa y a dos cuestiones propiamente dichas. La cuestión previa concierne en la aplicabilidad o no de la Directiva 95/46 al caso. Y aquí el debate producido resulta ser de especial interés para nuestro ámbito investigador. Su lectura deja abierta la expectativa de que su doctrina se aplique a contextos circunscritos a la dualidad diálogo/conflicto entre interlocutores sociales y al ejercicio de los derechos colectivos de los trabajadores.

Los argumentos hostiles a la aplicación de la Directiva 95/46 son tres. Por un lado, la justificación excluyente sería de índole empresarial, para evitar quedar en una posición de mercado más vulnerable con relación a la de sus competidores, no sujetos a imperativos como el exigido por la normativa nacional contestada. La no aplicabilidad de la Directiva 95/46 se justificaría por “el perjuicio a la libre circulación de los trabajadores particularmente grave en su caso, ya que compite con compañías de otros Estados miembros que no están sujetas a un control análogo” (es decir, de sueldos de sus directivos)⁵³⁴. Por otro lado, la jurisdicción pública de los estados de cuentas afectados por la ley nacional sería uno de los factores en los que se basarían en una primera instancia, para excluir la aplicación de la Directiva, tanto el propio Tribunal de Cuentas Austríaco, los Gobiernos austríaco e italiano y, con ciertos matices la Comisión. Al estar la norma interna “dirigida a la consecución de

⁵³³ Dichas entidades, aparte de la Radiodifusión Austríaca (ÖRF), que nos sirve para denominar el caso, hallamos a otras entidades, que eran en la especie la Cámara de Comercio de Steiermark, la Asociación de Comercio de Kaltenleutgeben, el Estado Federado de la Baja Austria, el Banco Nacional Austríaco, el Ayuntamiento de Wiener Neustadt y las Líneas Aéreas Austríacas (Austrian Airlines). La legislación austríaca exigiría dicha publicidad de los sueldos de sus empleados de más alto nivel, no precisamente por el carácter jurídico-público de dichas entidades, ni porque se financiaran con cargo a presupuestos públicos, sino porque, debido a sus actividades, realizarían unas funciones de interés público, por encima de cualquier otra consideración.

⁵³⁴ Considerando Núm. 34, que refleja el parecer de *Austrian Airlines*.

finés de interés general en materia de contabilidad pública, no está comprendida en el ámbito de aplicación del Derecho comunitario⁵³⁵, lo cual excluiría por sí misma la aplicación de la Directiva 95/46.

El tercer argumento de exclusión de la Directiva por los tres objetores merece mayor atención. La Directiva tendría un propósito de conciliar la libre circulación de datos personales y el derecho a la intimidad, y dicha intimidad incluiría la cuestión salarios. Este razonamiento significaría “que el control en cuestión no obstaculiza la libre circulación de los trabajadores, en la medida en que no impide en modo alguno a los empleados de las entidades afectadas ir a trabajar a otro Estado miembro ni a los de otros Estados miembros trabajar para dichas entidades. En cualquier caso (...) el vínculo entre la actividad de control y la movilidad de los trabajadores, aun suponiendo que estos últimos traten de evitar trabajar para una empresa sujeta al control del *Rechnungshof* debido a la publicidad que se da a los salarios que perciben, es demasiado aleatorio e indirecto para constituir un perjuicio a la libre circulación y permitir, por ello, una conexión con el Derecho comunitario⁵³⁶. No habría jurisdicción comunitaria que justificase la divulgación pública por medios telemáticos de los montantes tocantes a dichos sueldos. Desde su posición institucional, la Comisión llega a una conclusión análoga, al opinar que una actividad como la realizada por el Tribunal de Cuentas austríaco “no sólo sirve para la actividad de auditoría, sino también, y en primer lugar, para el abono de los salarios, que constituye una actividad comprendida en el ámbito de aplicación del Derecho comunitario debido a que varias disposiciones de carácter social del Tratado son pertinentes en la materia, como el artículo 141 CE, y a la posible incidencia de dicha actividad en la libre circulación de los trabajadores⁵³⁷.”

Por su parte, los que defendían la aplicación sin ambages del régimen de la Directiva en sus alegaciones⁵³⁸ lo hacían basándose directamente en los principios de la jurisdicción laboral comunitaria, la cual tendría fuerza atractiva y excluiría

⁵³⁵ Considerandos Núm. 35 y 36.

⁵³⁶ Considerando Núm. 37.

⁵³⁷ Considerando Núm. 38.

⁵³⁸ Y que eran los enfrentados al Tribunal de Cuentas en el asunto 465/2000, es decir la ÖRF, la Cámara de Comercio de Steiermark, la Asociación de Comercio de Kaltenleutgeben, el Estado Federado de la Baja Austria y el Banco Nacional Austríaco.

cualquier sombra de eventual no aplicación de la Directiva por motivos de intimidad del trabajador o cualquier otro⁵³⁹.

Como podemos apreciar, el Tribunal tiene ante sí toda una importante panoplia de argumentos para responder a la cuestión previa planteada, acerca de la eventual aplicación o no de la Directiva 95/46 a las actividades del Tribunal de Cuentas. Para el Tribunal, resulta patente que la aplicabilidad de la Directiva 95/46 “no puede depender de la cuestión de si las situaciones concretas de que se trata en los asuntos principales tienen un vínculo suficiente con el ejercicio de las libertades fundamentales garantizadas por el Tratado y, en particular en los referidos asuntos, con la libre circulación de los trabajadores. En efecto, una interpretación contraria podría hacer que los límites del ámbito de aplicación de la referida Directiva se vuelvan particularmente inciertos y aleatorios, lo que sería contrario al objetivo esencial de ésta, que es la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros con el fin de eliminar los obstáculos al funcionamiento del mercado interior derivados precisamente de las disparidades entre las legislaciones nacionales”⁵⁴⁰. Es decir, que si la aplicación de la Directiva 95/46 coadyuva a una mejor realización de los principios de la libre circulación de trabajadores tanto mejor, pero ni la impide (como sería el argumento de los Gobiernos), ni la justifica (como en sus distintas posiciones pretenden ver Comisión y las entidades públicas partidarias de su aplicación). Tal como se vio en el caso Lindqvist, las excepciones de aplicación de la Directiva son las contempladas por ella misma y tienen carácter limitado (esto es, las de su artículo 8 apartado 2, y que son las propias “del tratamiento efectuado por una fundación, una asociación o cualquier otro organismo sin fin de lucro, cuya finalidad sea política, filosófica, religiosa o sindical”, y las del artículo 3 apartado 2, o sea, las relativas a cuestiones

⁵³⁹ En efecto, de una manera muy prolija, la cual es todo un alegato a la vitalidad e independencia del Derecho laboral comunitario y de la publicidad de sus condiciones de trabajo, cual es el aspecto del salario o remuneración, las referidas entidades públicas se expresan en estos términos, recogidos en el Considerando Núm. 32: “La actividad de control del *Rechnungshof* está comprendida en el ámbito de aplicación del Derecho comunitario y, por tanto, de la Directiva 95/46. En particular, afirman, al versar sobre las retribuciones percibidas por los empleados de las entidades afectadas, dicha actividad toca aspectos cubiertos por disposiciones comunitarias en materia social, como los artículos 136 CE, 137 CE y 141 CE, la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo (DO L 39, p. 40; EE 05/02, p. 70), y el Reglamento (CEE) n° 1408/71 del Consejo, de 14 de junio de 1971, relativo a la aplicación de los regímenes de seguridad social a los trabajadores por cuenta ajena, los trabajadores por cuenta propia y a los miembros de sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad, en su versión modificada y actualizada por el Reglamento (CE) n° 118/97 del Consejo, de 2 de diciembre de 1996 (DO 1997, L 28, p. 1)”.

⁵⁴⁰ Considerando Núm. 42.

de seguridad nacional, defensa del Estado y similares, así como meras actividades domésticas o exclusivamente privadas). Todo ello lleva al Tribunal a resolver a que la Directiva resulta aplicable al caso concreto.

Una vez aclarada esta cuestión preliminar, la primera pregunta es la de la compatibilidad o no de una norma nacional como aplicada por el Tribunal de Cuentas austríaco con relación a la Directiva 95/46. Los argumentos de las partes son de lo más variados, generalmente a favor de la compatibilidad del régimen seguido por el Tribunal de cuentas austríaco. En apoyo de tales posicionamientos, se hace incluso cita del sistema de protección de Derechos Humanos del Consejo de Europa (algo ya visto en Lindqvist), por cuanto en virtud del artículo 8.2 del Convenio Europeo del Consejo de Europa una injerencia de tal índole, siempre y cuando estuviera prevista por la ley con carácter previo, sería “necesaria para la consecución de finalidades legítimas en una sociedad democrática y no sea desproporcionada con respecto al objetivo perseguido”. No existiría desproporción, por cuanto la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos diferencia entre diversos niveles de protección de la intimidad en función de la clase de materias sobre los que dicha publicidad recaerá⁵⁴¹.

La mayoría de los Gobiernos personados coinciden en intentar hacer valer la excepción contemplada en la Directiva, de su no aplicación a las cuestiones relativas al “cumplimiento de una misión de interés público, prevista por la ley, al amparo de los artículos 6, letras *b*) y *c*), y 7, letras *c*) y *e*), de dicha Directiva. A este respecto, se invocan tanto los principios de transparencia y de buena gestión de los fondos públicos como la prevención de abusos⁵⁴². Otros Gobiernos son más comedidos, así el neerlandés⁵⁴³, y muy particularmente el italiano, que en sus observaciones establece nuevas conexiones con las cuestiones jurídico-laborales que, como es

⁵⁴¹ Considerandos Núm. 51 y 52. En ello el Gobierno austriaco se muestra especialmente concluyente, citando la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos Fressoz y Roire contra Francia de 21 de enero de 1999. De conformidad a tal pronunciamiento, “los datos relativos a la intimidad de la persona, a la salud, a la vida familiar o a la sexualidad deben protegerse más que los datos relativos a los ingresos y a los impuestos” por cuanto los mismos, “si bien revisten también un carácter personal, afectan en menor medida la identidad de la persona y son, por tanto, menos sensibles”. Gran Bretaña por su parte sostiene la no aplicación al caso de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (Considerando Núm. 36).

⁵⁴² Considerando Núm. 50.

⁵⁴³ En efecto, el Gobierno neerlandés, crítico con el sistema seguido en Austria, estima que “los órganos jurisdiccionales remitentes deberían comprobar, en cada entidad pública afectada, si puede alcanzarse el objetivo del interés general mediante un tratamiento de los datos personales que atente menos a la intimidad de las personas afectadas” (Considerando Núm. 55).

lógico, y siempre en una línea de invocación del comedimiento y la proporcional, tampoco escapan de nuestro celo investigador, pues se hace invocación expresa al tratamiento como datos de la condición de trabajo salario, en comunión con las tablas de salarios o los convenios colectivos, existentes asimismo en dichas entidades, las cuales, con independencia de su régimen o financiación, se estima que realizan actividades de interés público⁵⁴⁴. Por su parte la Comisión admite la compatibilidad, aunque con los imperativos de proporcionalidad y de salvaguardia de objetivos generales de los Estados, especialmente los de interés económico y financiero, según los artículos 6.1 y 13 de la Directiva 95/46.

Los más partidarios a la declaración de incompatibilidad son nuevamente algunas de entidades austríacas afectadas⁵⁴⁵. Consideran que la norma interna que regula el Tribunal de Cuentas austríaco es incompatible tanto con la Directiva como con la jurisprudencia del Tribunal de Derechos Humanos del Consejo de Europa. Los fines serían pues desproporcionados y absolutamente injustificados.

Para dichos organismos, habría cierto matiz torticero o de desviación de poder que subyacería al sistema nacional. En la aplicación de dicho sistema “no se ha demostrado que la publicación del nombre y del importe de los ingresos de todas las personas empleadas por las entidades públicas cuando dicho importe supera cierto límite constituya una medida que sirva al bienestar económico del país. El objetivo del poder constituyente era ejercer una presión sobre las entidades consideradas para que mantengan los salarios a un nivel poco elevado. Los mencionados demandados afirman también que dicha medida afecta, en el caso de autos, a personas que en su mayoría no son personalidades públicas”. Además, si el legislador nacional “atribuye una importancia real al carácter razonable de la retribución que perciben los agentes de determinadas entidades jurídicas, sería necesario publicar los ingresos de todas las personas empleadas, con independencia de su importe”⁵⁴⁶. La cuestión importante aquí sería, a los fines de

⁵⁴⁴ Para el Gobierno italiano (Considerando Núm. 54) “los datos como los que son objeto de los asuntos principales ya son, por sí mismos, públicos en la mayoría de los Estados miembros, puesto que se desprenden de tablas de salarios o de horquillas de retribuciones establecidas por ley, Reglamento o convenios colectivos. En estas circunstancias, no puede ser contrario al principio de proporcionalidad prever su difusión precisando también la identidad de las diferentes personas que perciben los ingresos de que se trata. Dicha difusión que tiene así por objeto esclarecer una situación que ya se desprende de datos que se encuentran a la disposición de la colectividad nacional constituye la medida mínima que permite garantizar la realización de los objetivos de transparencia y de buena administración”.

⁵⁴⁵ Otra vez las implicadas asunto 465/2000 la ÖRF, y demás.

⁵⁴⁶ Considerandos Núm. 60 y 62.

nuestra investigación, si tales objeciones podrían asimismo esgrimirse contra un sistema de publicación de condiciones de trabajo en la red cuando el marco estuviera exclusivamente concernido a los tratos y relaciones entre dos interlocutores privados al uso, esto es, sindicatos y organizaciones empresariales.

La respuesta dada por el Tribunal de Justicia se articula en tres fases. En una primera, analiza la eventual aplicación de las cláusulas con que la propia Directiva 95/46 cuenta para su exclusión; en una segunda, analiza la existencia o no de una injerencia inadmisibles, con base en el CEDH y la jurisprudencia del TEDH (siguiendo aquí hasta tres estadios sucesivos, el primero, si existe como tal una injerencia a la vida privada, en segundo término, si tal injerencia está justificada, y como tercer paso, si dicha injerencia es necesaria en una sociedad democrática para alcanzar la finalidad legítima perseguida). Sólo entonces el Tribunal se considera preparado para pronunciarse sobre la compatibilidad o no de la norma nacional seguida por el Tribunal de Cuentas austríaco con la Directiva.

En realidad el recurso a la juridicidad de derechos fundamentales a la que llega el Tribunal lo hace por un sentido de remisión. Es cierto que los datos tienen que ser recogidos con fines determinados, explícitos y legítimos, que no resulten excesivos (artículos 6 y 7 de la Directiva), pero que dicha salvaguarda de la intimidad personal debe ceder cuando existan dichos intereses nacionales importantes por motivos monetarios, presupuestarios o fiscales (artículo 13). La conciliación de ambos focos de tensión tiene que hacerse a la luz del sistema de derechos fundamentales antes visto, el cual tiene un sentido informador de todo el Derecho de la Unión Europea⁵⁴⁷. Tal como indicábamos más arriba, el Tribunal de la Unión Europea acude al sistema de protección de los derechos fundamentales del Consejo de Europa para informar y conciliar las partes que entran en colisión interpretativa dentro de la propia Directiva 95/46, de acuerdo al esquema de tres fases citado más arriba. En dicho cometido, si bien hace gala de un profuso conocimiento y veneración incluso que muestra por la labor jurisprudencial del TEDH⁵⁴⁸, da la sensación de hacerlo precisamente por esquivar lo complicado de esta primera pregunta (compatibilidad o no de la ley nacional austríaca con relación a la Directiva). Omite hablar en términos de

⁵⁴⁷ Considerando Núm. 68, que hace a este respecto cita de su célebre sentencia dictada al respecto Connolly c/Comisión de 6 de marzo de 2001 y recaída en el asunto 274/99.

⁵⁴⁸ Invocando al menos otras tres sentencias de dicha jurisdicción, concretamente la de Amann contra Suiza de 16 de febrero de 2000 (Considerandos Núms. 73 y 75), Rotaru contra Rumanía de 4 de mayo de 2000 (Considerando Núm. 73) Gillow contra Reino Unido de 24 de noviembre de 1986, y Leander contra Suecia de 26 de marzo de 1987 (Considerando Núm. 83).

derechos fundamentales en un entorno propiamente de la Unión Europea. Tras hacer constar (de modo que resulta muy sugerente a los fines de nuestra investigación) que “la mera memorización, por el empresario, de datos nominales relativos a las retribuciones abonadas a su personal no puede, como tal, constituir una injerencia en la vida privada, la comunicación de tales datos a un tercero, en el caso de autos, a una autoridad pública, lesiona el derecho al respeto de la vida privada de los interesados, sea cual fuere la utilización posterior de los datos comunicados de este modo, y presenta el carácter de una injerencia en el sentido del artículo 8 del CEDH. Para demostrar la existencia de tal injerencia, carece de relevancia que los datos comunicados tengan o no carácter sensible o que los interesados hayan sufrido o no eventuales inconvenientes en razón de tal injerencia (...). Basta con observar que el empleador ha comunicado a un tercero los datos relativos a los ingresos que percibe un trabajador o un pensionista”⁵⁴⁹.

La injerencia debe además estar prevista en la ley con carácter previo, y siendo de carácter limitativo en su extensión, debe aplicarse en lo estrictamente necesario para alcanzar una legítima finalidad perseguida en una sociedad democrática. La apreciación al caso en cuestión es trasladada al Juez nacional, a quien corresponde “comprobar si tal publicidad es, a la vez, necesaria y proporcionada a la finalidad de mantener los salarios dentro de unos límites razonables y, en particular, examinar si tal objetivo podría haberse alcanzado con la misma eficacia mediante la transmisión de datos nominales únicamente a los organismos de control. Asimismo, se plantea la cuestión de si no habría sido suficiente informar al público en general de las retribuciones y otras ventajas pecuniarias que pueden pretender contractual o estatutariamente las personas ocupadas por las entidades públicas afectadas, pero no de las sumas que efectivamente percibió cada persona en el año considerado, y de las que una fracción, variable, puede depender de su situación familiar y personal”. Y aunque la remisión y publicación de tales informaciones pueden ocasionar que las personas respecto de las cuales aquellas se remiten “puedan resultar perjudicadas por las repercusiones negativas de la publicidad que se da a sus ingresos profesionales, en particular respecto a las perspectivas de contratación que se les abrirían en otras empresas situadas en Austria o no y que no están sujetas” a controles como el analizado en el caso, la compatibilidad con el artículo 8.2 del CEDH lo será “en la medida en que la amplia divulgación no sólo del importe de los ingresos anuales, cuando éstos superan un límite determinado, de las

⁵⁴⁹ Considerandos Núm. 74 y 75.

personas empleadas por entidades sujetas al control del *Rechnungshof*, sino también de los nombres de los beneficiarios de dichos ingresos, sea a la vez necesaria y apropiada para lograr el objetivo de mantener los salarios dentro de unos límites razonables, extremo que ha de ser examinado por los órganos jurisdiccionales remitentes⁵⁵⁰. El único añadido con respecto a la Directiva 95/46 consiste pues en aplicar estos parámetros a los puntos que entran en tensión en la aplicación de aquella al caso de especie, propugnando en consecuencia su apreciación a cargo de las jurisdicciones nacionales, las cuales estarán en todo caso constreñidas a garantizar que el efecto útil de la norma europea y la interpretación del Derecho nacional de conformidad a la misma no resulte menoscabada⁵⁵¹.

La segunda cuestión concierne al posible efecto directo de alguna de las disposiciones de la Directiva -los artículos 6, apartado 1, letra c), y 7, letras c) y e)-, es decir, si pueden ser invocados directamente ante las jurisdicciones nacionales por los justiciables para apartar toda disposición nacional contraria. El Tribunal es concluyente en cuanto al reconocimiento del efecto directo de las mismas⁵⁵².

En la última muestra jurisprudencial que analizaremos se produce nuevamente una triangulación de tensiones no sólo entre empleador, empresario y poder público. Pero aquí la cuestión de la intimidad pasa a centrarse en las condiciones de trabajo jornada y horarios, y en la eventual excusa, en función de la cual los empresarios se nieguen a facilitar dichos datos ante la autoridad laboral precisamente, en protección a los imperativos de intimidad en el tratamiento de datos personales contemplado en la Directiva 95/46. Tal sería el contexto de la sentencia de de 30 de mayo de 2013, *Worten Portugal– Equipamentos para o Lar, S.A. contra Autoridade para as Condições de Trabalho* o ACT (equivalente a nuestra Inspección de Trabajo), y recaída en el As. C- 342/12⁵⁵³. En este caso es otra condición de trabajo la que es

⁵⁵⁰ Considerandos Núm. 88 a 90.

⁵⁵¹ Considerando Núm. 93, el cual hace invocación de la conocida sentencia del propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea *Marleasing* de 106/89, recaída en el As. 106/89, una de las primeras cuestiones prejudiciales por cierto remitidas desde una jurisdicción española.

⁵⁵² Considerando Núm. 101.

⁵⁵³ Correspondiente a una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Tribunal do Trabalho de Viseu (Juzgado de lo Social). Este pronunciamiento resulta muy revelador para determinar el alcance de la Directiva 95/46/CE, en lo que hace a conceptos tales como datos personales y su aplicación a las cuestiones relativas al tiempo de trabajo de los trabajadores, registro del tiempo de trabajo, acceso de la autoridad nacional competente para la supervisión de las condiciones de trabajo, u obligación del empleador de tener disponible el registro del tiempo de trabajo para permitir su consulta inmediata.

objeto de su tratamiento por medios telemáticos, en concreto el tiempo de trabajo, y esta vez resulta serlo desde una perspectiva particularmente polémica, esto es; si la disponibilidad de dichos datos en formato electrónico, en aras de su no difusión para proteger la intimidad de los trabajadores, exime al empresario de tenerlos en formato físico a la disponibilidad de las visitas que a un determinado centro de trabajo pueden realizar las autoridades laborales (en concreto, la Inspección de Trabajo) encargadas de supervisar el cumplimiento adecuado de la jornadas legal.

El caso arranca de la visita efectuada por la *Autoridade para as Condições de Trabalho* (ACT) portuguesa (equivalente a nuestra Inspección de Trabajo) a las dependencias de una gran superficie (Worten). En el acta de inspección se hicieron constar diversas infracciones y anomalías sobre ausencia de un registro de tiempo de trabajo por medios físicos, ya que sólo existían mecanismos telemáticos⁵⁵⁴.

El organismo inspector impuso a la empresa una multa por infracción a las disposiciones laborales nacionales. Recurrida dicha sanción ante el Tribunal de Trabajo portugués, éste formuló hasta tres cuestiones prejudiciales. Por lo tanto, el interés del caso, pese a su relativa brevedad, es por ser el primero, según tenemos noticia, en el que un órgano judicial perteneciente al orden social se plantea el tratamiento telemático de condiciones laborales con arreglo a la Directiva 95/46, y concretamente, en la dimensión en que las mismas puedan o no entrar a formar parte de las tensiones en cuanto a su publicidad o su carácter restringido, en función del reconocimiento o respeto al derecho a la intimidad, en este caso de los trabajadores. Pese a la paradoja antes señalada, se protege la intimidad de los trabajadores, lo que provoca que la labor de la Inspección de Trabajo resulte entorpecida, o al menos menoscabada, en su ejecución sobre el terreno en el mismo centro de trabajo.

⁵⁵⁴ El acta de inspección reflejó (Considerando Núm. 13):“— la sociedad tenía en plantilla en este establecimiento a cuatro trabajadores en turno rotativo;
— no había ningún registro accesible del tiempo de trabajo, para su consulta inmediata, en el que constasen los períodos de trabajo diarios, los descansos diarios y semanales o el cómputo de las horas de trabajo diarias y semanales de los mismos trabajadores;
— los trabajadores registraban su tiempo de trabajo fichando con una tarjeta magnética en una máquina situada en las instalaciones de una tienda contigua al establecimiento inspeccionado;
— la consulta del registro del tiempo de trabajo no sólo quedaba excluida para cualquier trabajador de la empresa o del establecimiento, sino que únicamente podía obtenerse de quien tenía acceso informático para ello —en concreto, el responsable regional de la empresa, que no estaba presente en el momento de la inspección —; en tales circunstancias, sólo la estructura central de recursos humanos de Worten podía proporcionar la información contenida en el registro”.

La jurisdicción lusa introduce una cuestión de peculiar interés para nuestro ámbito investigador, al someter al criterio del Tribunal de Justicia de la Unión Europea “si el artículo 2, letra a), de la Directiva 95/46 debe interpretarse en el sentido de que un registro del tiempo de trabajo como el controvertido en el litigio principal, que incluye la indicación de las horas en que cada trabajador inicia y finaliza la jornada, así como de las pausas o períodos de descanso correspondientes, queda comprendido en el concepto de «datos personales» a efectos de dicha disposición”⁵⁵⁵. Invocando entre otras, la sentencia ORF antes tratada, el Tribunal recalca su jurisprudencia al respecto, entendiendo que sí constituyen datos personales por cuanto se traten de “información sobre una persona física identificada o identificable”. Es así porque “la recogida, registro, organización, conservación, consulta y utilización de tales datos por el empleador, así como su transmisión por este último a las autoridades nacionales competentes en materia de supervisión de las condiciones de trabajo, revisten, por tanto, el carácter de «tratamiento de datos personales», en el sentido del artículo 2, letra b), de la Directiva 95/46”⁵⁵⁶. Es por lo tanto un precepto jurisprudencial de primer orden en cuanto al propósito de nuestra investigación; la normativa europea de protección de datos -ya veremos con qué extensión- ha lugar a aplicarse si los datos tratados constituyen, como en la especie, condiciones de trabajo (elemento medular por sí mismo en las relaciones de diálogo/conflicto entre los interlocutores sociales y en el ejercicio de los derechos colectivos en los que, precisamente, las TIC pueden verse implicadas).

Las preguntas segunda y tercera remitidas por el tribunal portugués tratan de ver si el tratamiento informatizado de los datos reclamados por la inspección de trabajo como único soporte estaría justificado, (en aras a la protección de los datos relativos a los trabajadores) conforme a la Directiva 95/46. El sistema telemático de almacenamiento de datos también tendría justificación “contra la destrucción, accidental o ilícita, la pérdida accidental y contra la alteración, la difusión o el acceso no autorizados, y, en caso de respuesta afirmativa, si un Estado miembro que no haya adoptado tales medidas puede sancionar a un empleador que, como responsable del tratamiento de esos datos, haya adoptado un sistema de acceso restringido a tales datos que no permita el acceso inmediato de la autoridad nacional competente para la supervisión de las condiciones de trabajo”⁵⁵⁷.

⁵⁵⁵ Considerando Núm. 18.

⁵⁵⁶ Considerando Núm. 20.

⁵⁵⁷ Considerando Núm. 23.

Semejante fundamento de la posición de la empresa estaría teóricamente en el artículo 17 de la Directiva, por cuanto establece la obligación del responsable del tratamiento de los datos, en este caso la empresa, de “garantizar un nivel de seguridad adecuado en relación con los riesgos que presente el tratamiento y con la naturaleza de los datos que deban protegerse, habida cuenta de los conocimientos técnicos existentes y del coste de su aplicación (...)”⁵⁵⁸. No es tanto que se discuta que la Inspección de Trabajo pueda o no consultar dichos datos, sino el cauce circunscrito a lo telemático (en perjuicio de la inmediatez del soporte físico disponible en el centro), lo que realmente se discute. Para la empresa, la disponibilidad física de dichos datos en el centro de trabajo significaría tal presencia del soporte informático, con independencia de su accesibilidad. Para la empresa, con relación a la Directiva 95/46 “resulta en la práctica incompatible con la obligación de establecer un sistema de protección adecuado de los datos personales contenidos en dicho registro (...) Esta obligación equivaldría a admitir que cualquier empleado de la empresa pueda acceder a tales datos, en contra de la obligación que impone el artículo 17, apartado 1, de la Directiva 95/46 de garantizar la seguridad de los mismos datos. Para Worten, este acceso generalizado privaría a esta disposición de efecto útil”⁵⁵⁹. Este precepto entraría en necesario contacto con los más propiamente medulares de protección de la intimidad de los sujetos cuyos datos resultan tratados, esto es, los artículos 6, apartado 1, letras *b*) y *c*), y 7, letras *c*) y *e*), de la Directiva 95/46, que son los que realmente preocupan a la jurisdicción de reenvío a fin de dilucidar la compatibilidad de la sanción a la luz de la Directiva 95/46.

Para el Tribunal lo que realmente interesa conocer a la jurisdicción portuguesa es si “las disposiciones de la Directiva 95/46 deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una normativa nacional, como la controvertida en el litigio principal, que impone al empleador la obligación de poner a disposición de la autoridad nacional competente para la supervisión de las condiciones de trabajo el registro del tiempo de trabajo, de forma que se permita su consulta inmediata”, pues de constatarse de dicha incompatibilidad, la sanción impuesta con relación a dicha normativa nacional sería incompatible con el Derecho de la Unión Europea. En tal línea, la eficacia e inmediatez que persiguen las normas laborales, especialmente en control de

⁵⁵⁸ Considerando Núm. 24.

⁵⁵⁹ Considerando Núm. 27.

jornadas y horarios. En tal línea se hace expresa cita de la Directiva 2003/88 (no abordada expresamente en las cuestiones remitidas por la jurisdicción portuguesa, pero la cual el TJUE se permite por su cuenta traer a colación en el marco de su labor ilustrativa, consustancial al procedimiento de la cuestión prejudicial), según la cual “tiene por objeto establecer disposiciones mínimas destinadas a mejorar las condiciones de vida y de trabajo de los trabajadores mediante la aproximación de las normativas nacionales relativas, en concreto, a la duración del tiempo de trabajo, permitiendo que los trabajadores disfruten de períodos mínimos de descanso –en particular, diario y semanal – y de pausas adecuadas y estableciendo un límite máximo de la duración semanal del tiempo de trabajo”⁵⁶⁰. Resulta muy interesante este vínculo, expresamente citado por el Tribunal, entre la Directiva 95/46 y otra específica en materia de condiciones de trabajo. La sanción es pues compatible con la Directiva 95/46 por los imperativos precisamente que rigen la aplicación de la otra Directiva 2003/88. En consecuencia, y por esta necesaria relación, los preceptos contenidos en los artículos 6, apartado 1, letras *b*) y *c*), y 7, letras *c*) y *e*), de la Directiva 95/46 “no se oponen a una normativa nacional, como la controvertida en el litigio principal, que impone al empleador la obligación de poner a disposición de la autoridad nacional competente para la supervisión de las condiciones de trabajo el registro del tiempo de trabajo, de forma que se permita su consulta inmediata, siempre que esta obligación sea necesaria para el cumplimiento por esta autoridad de la misión de supervisión que le incumbe en relación con la aplicación de la normativa sobre condiciones de trabajo y, especialmente, de la relativa al tiempo de trabajo”⁵⁶¹. Sacamos pues una interesante lección acerca de la regla de la proporcionalidad en el tratamiento telemático de las condiciones laborales, con importantes lecturas en el marco de la investigación propuesta, aparte de percibir en ello muy interesantes semillas para que germinen en un futuro en otras clases de pronunciamientos, en los que trabajadores y empresarios en sus relaciones de diálogo/conflicto sean unos protagonistas libres por sí mismos, y no necesariamente condicionados por la labor supervisora y de fiscalización llevada a cabo por la autoridad laboral.

⁵⁶⁰ Considerando Núm. 38, donde se hace cita de las sentencias del propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 5 de octubre de 2004, Pfeiffer y otros (Asuntos acumulados 397/01 a 403/01), y de 25 de noviembre de 2010, Fuß (Asunto 429/09). El imperativo de tener registros de las jornadas de trabajo a plena disponibilidad de las autoridades nacionales estaría contenido asimismo en el artículo 22 de la citada Directiva, constituyendo ello un núcleo medular de la cuestión que no puede ponerse en entredicho por ninguna circunstancia, inclusive las de matiz de tratamiento de datos. Tal es asimismo el posicionamiento expresado por la Comisión en sus observaciones (Considerando Núm. 41).

⁵⁶¹ Considerando Núm. 45, que comprende asimismo la segunda parte del fallo de la sentencia.

6.2.- Jurisprudencia sobre uso del correo electrónico en relaciones individuales de trabajo

Habremos de concluir la presente sección con una quinta muestra en la cual se maridan cuestiones propias de las TIC y aspectos laborales de un modo conjunto. La misma supone un ejemplo aislado en la jurisprudencia del TJUE. Se plantean las posibles distorsiones que en los cauces de comunicación entre trabajador y empresario pueden surgir de un inadecuado empleo las TIC. Producido el caso en un contexto de relación individual de trabajo, y en ausencia de normativa legal específica, la cuestión se dilucida mediante la aplicación de normativa europea de carácter genérico.

Se trata de la STJUE de 29 de octubre de 2009, recaída en el asunto C-63/08 Virginie Pontin contra T-Comalux⁵⁶². El juego desempeñado por el correo electrónico en la referida causa no deja de ser, como podremos apreciar seguidamente, sino puntual, en medio del conjunto de comunicaciones habidos entre una trabajadora y su empresario con motivo a la notificación de su despido. El caso también es útil para estudiar la dinámica de comunicaciones entre un empresario y un trabajador en aras al despido de este último, y analizar, a la luz del Derecho de la Unión Europea. Se aprecia que, de no estar debidamente reguladas en su empleo, las comunicaciones electrónicas pueden tener consecuencias perjudiciales para el trabajador que las emplea con respecto a su patrono. Éste puede alegar no haberlas recibido, o que las mismas le llegaron en tal momento, que para el trabajador puede significar que se le pasen presuntamente los plazos para recurrir ante la jurisdicción las divergencias que tenga con dicho empresario, por ejemplo, un despido.

En el caso de especie constataremos que se habría provocado, en efecto, una más que notable distorsión en cuanto el cómputo de plazos que se abrían para la trabajadora afectada a fin de contestar su despido ante la jurisdicción, situación que podría haber quedado prescrita con razón su propio Derecho nacional (el Código de Trabajo luxemburgués). Se cuestiona la idoneidad o no de dicha situación con referencia a ciertos preceptos contenidos en dos Directivas propias del ámbito

⁵⁶² Petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal de Trabajo d'Esch-sur-Alzette (Luxemburgo).

normativo laboral de la Unión Europea la que hace el objeto de las cuestiones remitidas en vía prejudicial a cargo de la jurisdicción nacional⁵⁶³.

Son los hechos de especie relativos a todo ese periplo de mensajes cruzados los que atraen la atención del Tribunal de Justicia, tal como son descritos con referencia a las informaciones procedentes desde la jurisdicción de reenvío⁵⁶⁴. La trabajadora con contrato indefinido a tiempo parcial desde noviembre de 2005 por la empresa Comalux, padecía reiteradas médicas, con ausencias reiteradas al puesto de trabajo, por motivo de un embarazo. Con fecha del 18 de enero de 2007 la empresa remitió a la interesada (quien la recibió el 22 del mismo mes) una carta de despido, indicándole que con la misma se abría un plazo de preaviso para contestar dicho despido “que comenzaba el 31 de enero y finalizaba el 30 de marzo de 2007. De la resolución del órgano jurisdiccional remitente no se desprende cuál fue el motivo de dicho despido con preaviso”. En ese ínterin la interesada afirmaba haber enviado por correo ordinario un parte de baja el día 19 de enero, cuya recepción negaba la empresa. Ello nos hace suponer un estado de la interesada, tal como sugeríamos más arriba, de complicaciones clínicas reiteradas o intermitentes, y que ello habría sido una situación arrastrada desde tiempos anteriores; ante tal tesitura no sería descabellado suponer que estaríamos ante un supuesto característico de lo que en el Estatuto de los Trabajadores se considera motivo de despido por causas objetivas. Sin embargo veremos que la situación va oscilando hacia posiciones más extremas, y comprensivas en las situaciones propias del despido disciplinario y despido nulo.

Para más oscuridad en tan abstruso cruce de comunicaciones la afectada envió el 24 de enero a la empresa un correo electrónico en el que le comunicaba que su estado de salud no había mejorado mucho y, que no podría volver a la oficina el día siguiente y que remitiría tan pronto como le fuera posible un parte de baja laboral. Dicho correo electrónico no contenía ninguna orientación sobre la causa de su mal estado de salud. Al día siguiente 25 la empresa remitió a la trabajadora una carta

⁵⁶³ Y que versaban sobre los artículos 10 y 12 de la Directiva del Consejo 92/85/CEE, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia – Décima directiva específica con arreglo al apartado 1 del artículo 16 de la Directiva 89/391/CEE (DOUE Núm. L 348–, así como sobre el artículo 2 de la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo (DOUE Núm. L 39), en su versión modificada por la directiva 2002/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002 (DOUE Núm. L 269).

⁵⁶⁴ Considerandos Núm. 17 a 26.

certificada con el despido, ya sin preaviso de ninguna clase (entrando ya en lo que sería el despido disciplinario), debido a una falta grave dimanante de ausencia del trabajo por más de tres días.

Llama desde luego la atención que la empresa no hubiera dado efecto ninguno al correo electrónico antes citado. No se le da importancia. Tal vez porque el mismo es una mera declaración de su situación. Cabe pensar cuál hubiera sido el papel desempeñado por dicho correo si en el mismo llega a remitirse como adjunto el parte médico de baja, y obviamente, de la causa médica de la misma (pues veremos que ello tiene un elemento esencial, al constatarse que la causa de dicha ausencia laboral habría sido la situación de embarazo de la trabajadora afectada). Podemos sacar la conclusión que los correos electrónicos, en las relaciones entre trabajadores y empleadores, no harían fe por sí mismos en una amplia serie de contextos, sino que los mismos precisan ir adjuntados de las correspondientes documentaciones oficiales; aquí, en el caso de una baja médica, el parte que expresase la forma de dolencia realmente padecida, a fin de poderla tramitar, y así escapar a lo que sería una causa disciplinaria de ausencia injustificada del trabajo.

Ante dicha carta certificada de la empresa, la afectada informó, con otra misiva a vuelta de correo el día siguiente, de que estaba embarazada, y que por dicha circunstancia su despido era nulo. Por ello conminaba a la empresa a su readmisión. Al no acceder la empresa, la trabajadora recurrió las circunstancias de su despido ante la justicia laboral.

La suerte seguida por dicha acción ya es una cuestión propia de Derecho procesal laboral nacional, con ribetes de presunta indefensión con relación al ordenamiento laboral europeo, sobre todo en cuanto a un nivel de protección elevado de la trabajadora embarazada, y que dicha circunstancia no pueda ser en la práctica, motivo de despido, precisamente por su carácter de motivo de nulidad. En caso de demandas por despido nulo, las normas procesales laborales luxemburguesas prescribirían un procedimiento especial cuya competencia se confiaba al Presidente del Tribunal de Trabajo competente; la interesada no habría suscitado de manera formal la competencia de dicho Presidente en sus actuaciones. Llama la atención que la jurisdicción ordinaria laboral, paradójicamente por su situación de embarazo, se declarase incompetente, ya que la trabajadora, en un momento en que no estaba representada por abogado, había dirigido su escrito de demanda, en forma de carta, al *Tribunal du Travail*, a la atención del Señor Presidente y de sus Asesores.

Cuestiones aparte de que la afectada estuviese o no debidamente postulada para litigar en la jurisdicción laboral de ese país, advertimos que el sistema procesal laboral luxemburgués existirían dos plazos superpuestos con respecto de los cuales la interesada podría ejercer sus acciones de nulidad y readmisión (y en su caso de indemnización) frente a la empresa. Es precisamente a dicho doble cómputo de plazos superpuestos a los que la empresa se ciñó para justificar la extemporaneidad de la acción de la trabajadora⁵⁶⁵. Reparemos por ejemplo en el juego que hubiera dado en el litigio la remisión por parte de la trabajadora, de su certificado médico como embarazada con el correo remitido. No lo hizo y tal vez ese fuera su error. Las cuestiones remitidas por la jurisdicción nacional son relativas al efecto útil de los plazos conferidos en la legislación para el ejercicio de las acciones por despido nulo a las trabajadoras embarazadas a la luz del ordenamiento europeo.

El TJUE en sus contestaciones opera su pauta habitual, que tan querida le es, de reestructurar las cuestiones remitidas por la jurisdicción nacional; pero nada en ellas trasluce una consideración a la brevedad o no de los plazos conferidos en virtud de las modalidades comunicativas empleadas en su cruce de posiciones entre empleador y trabajadora, sino concretamente en la suficiencia o no en sí misma del sistema nacional de plazos, en términos de efecto útil de las garantías conferidas por las Directivas europeas con independencia de cualquier otra consideración. Con una amplia cita de precedentes judiciales⁵⁶⁶, deja al Tribunal nacional libre de ponderar, a la luz de los artículos 10 y 12 de la Directiva 92/85, si dichos plazos son efectivamente suficientes. Por otro lado el TJUE decreta, con base en la Directiva 76/207, que hay causa de nulidad en el despido por el hecho de que se prive a las

⁵⁶⁵ En el Considerando Núm. 27 se extractan cuáles habrían sido las posiciones seguidas por la empresa: “T-Comalux considera que el Derecho común luxemburgués relativo a la acción indemnizatoria no es de aplicación a la trabajadora embarazada que, con arreglo al artículo L. 337-1 del *Code du Travail*, no puede optar entre una acción de nulidad y readmisión prevista en dicha disposición (en lo sucesivo, «acción de nulidad y readmisión») y la acción indemnizatoria, sino que debe, obligatoriamente, enviar a su empresario un certificado médico que pruebe su embarazo en el plazo de ocho días desde la notificación de su despido, tal como se prevé, en el apartado 1, párrafo segundo, del artículo referido (en lo sucesivo, «plazo de ocho días»), y ejercitar la acción de nulidad y readmisión ante el Presidente del *Tribunal du Travail* en los quince días siguientes a la resolución del contrato, plazo que se establece en el párrafo cuarto del mismo apartado 1 (en lo sucesivo, «plazo de quince días»).

⁵⁶⁶ Leemos así en el Considerando Núm. 43: “Por lo que respecta al principio de tutela judicial efectiva de los derechos conferidos a los justiciables por el Derecho comunitario, según una jurisprudencia reiterada, la regulación procesal de las acciones destinadas a garantizar la tutela de los derechos que el ordenamiento jurídico comunitario confiere a los justiciables no debe ser menos favorable que la referente a recursos semejantes de Derecho interno (principio de equivalencia) ni hacer imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico comunitario (principio de efectividad) (véase, en particular, la sentencia de 15 de abril de 2008, *Impact*, C-268/06, *Recontra* p. I-2483, apartado 46 (...)).”

trabajadoras embarazadas de una acción indemnizatoria cuando el embarazo se desvele como causa sustancial de dicho despido. En dicha línea deberá acordarse dicha nulidad, pasando por encima de cualquier limitación procedimental nacional cuando “dicha limitación de las vías de recurso constituye un trato menos favorable dispensado a una mujer en relación con su embarazo. En particular, éste será el caso, si la regulación procesal correspondiente a la única acción disponible en caso de despido de las antedichas trabajadoras no respeta el principio de tutela judicial efectiva de los derechos conferidos a los justiciables por el Derecho comunitario, lo cual corresponde al órgano jurisdiccional remitente verificar”⁵⁶⁷.

Es por lo tanto un pronunciamiento en términos estrictamente doctrinales e interpretativos de la legalidad de la Unión Europea, dejando la tarea de aplicar sus consecuencias en el caso concreto de especie a la jurisdicción nacional, como parece ser marcadamente característico en el marco de la cuestión prejudicial. El pronunciamiento, aunque no incida en sí en las condiciones propiamente de desenvolvimiento de las comunicaciones entre los actores sociales concernidos, incluidos los medios telemáticos, como es el correo electrónico, sí que deja abierta ciertas potencialidades. Entre ellas, que del manejo adecuado o no de los medios telemáticos por parte del trabajador pueden derivárseles resultas jurídicas, favorables o desfavorables.

⁵⁶⁷ Fallo de la sentencia, párrafo 2º. Recordaremos aquí que la igualdad de trato, en sentido amplio, constituye una de las áreas en las que más se ha desarrollado la armonización comunitaria en materia laboral. Era el único campo en el que se disponía de una base competencial clara desde los primeros tiempos en el primigenio Tratado de Roma en su artículo 119, y además el Tribunal de Justicia le atribuyó efecto directo a estas disposiciones desde muy temprano, lo que obligó al Consejo a aprobar una Directiva sobre igualdad de trato entre hombre y mujer en remuneraciones. Posteriormente esta igualdad pasó a englobar otros aspectos laborales; la evolución ha continuado hasta llegar finalmente a la regulación de aspectos de la igualdad que exceden de lo puramente laboral, y a la discriminación por otras razones al margen del género. En este campo se han aprobado numerosas Directivas, que han forzado a importantes cambios normativos en los Estados miembros, habiendo actuado el Derecho europeo como un auténtico factor de cambio, contribuyendo a la generalización del principio de no discriminación. Sobre este particular, como estudio de detalle y visión de conjunto en cuanto a las realidades más prácticas en materia de equiparación entre hombres y mujeres en la vida laboral y conciliación con los aspectos familiares nos permitimos nuevamente recomendar a MALDONADO MONTOYA, J. P.: *La conciliación del trabajo y la vida familiar: Retos y dificultades de las PYMES*, CEU Ediciones, Madrid, 2007. Más recientemente recomendamos la lectura general de AA. VV. (MALDONADO MONTOYA, J. P.: Coord.) *Mind the gap: Para un sistema productivo de equidad entre mujeres y hombres*, Laborum, Madrid, 2015.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Las TIC hacen repensar las tradicionales variables espaciotemporales en las relaciones humanas y ello repercute necesariamente en las relaciones laborales. En el caso de un entorno tan socialmente conflictivo y tan económicamente tan sensible, apreciamos que las TIC pueden contribuir a atemperar tensiones pero también a propiciar nuevas desigualdades entre las partes sociales antes desconocidas. Así las cosas, podría darse la paradoja de estar asistiendo con la progresiva implantación de los modos relacionales en clave de las TIC, a un retroceso con respecto a conquistas sociales tenidas como algo antiguo y consolidado. Es decir, las TIC pueden contribuir a que modernidad equivalga a un retroceso en logros sociales. Todos los aspectos merecedores de su epígrafe correspondiente en el presente trabajo de investigación comparten como rasgo común la insuficiencia de su tratamiento normativo para los nuevos tiempos y una jurisprudencia dubitativa.

SEGUNDA.- Ese mencionado trastoque de las tradicionales coordenadas del espacio y el tiempo debido al impacto creciente de las (TIC) y a la presencia de un entorno globalizado, en el cual lo económico, lo sociopolítico, y en definitiva, lo humano, se reinventan, en medio de un entorno de creciente polémica y contestación, en lo que apunta a un resurgir de desigualdades entre los diversos colectivos sociales, apuntados antes del surgimiento de la actual crisis y confirmados desde la presencia incontestable de la misma. Una globalización que transcurre por derroteros en los que los Estados de base nacional se quedan cada vez con un papel más impotente e irrelevante. En efecto, el Estado nación viene estando sometido a procesos tanto de integración supranacional (siendo la experiencia de la Unión Europea la más característica a tal respecto) como de cuestionamiento por la emergencia de cuestiones localistas o de especificidad cultural. Por añadidura, la cuestión de la legitimidad del mandato representativo de los cargos públicos, o la creciente reivindicación de formas de democracia directa o continua, desde la masiva aparición de las nuevas tecnologías o la conocida por "*Gobernanza electrónica*" (*e-governance*), propician una cierta paradoja; que cuanto más se asume el derecho como componente en las relaciones humanas, menos claro tenemos quién haya de ser el sujeto destinado a producirlo o aplicarlo (el Estado o poder político). Asimismo se configuran ejemplos de cogestión normativa, esto es, la asunción de que en diversos sectores la normatividad no ha de proceder de las

elaboraciones de leyes o mandatos por los cargos políticos al uso, sino por los sujetos implicados.

TERCERA.- Los aspectos relativos a las TIC abordados en la presente investigación pueden ser encuadrados hasta en tres categorías o gradaciones diferentes:

a)- En numerosas ocasiones, el uso de la tecnología para vertebrar el movimiento de representación colectiva o sindical de los trabajadores encuentra la oposición del empresario, temeroso de que con dicho procedimiento se incurra en gastos innecesarios con relación a los medios tecnológicos de la empresa, o que se produzca una fuga de secretos o conocimientos de relevancia económica (invenciones patentadas, propiedad industrial o *know-how*). Así puede ocurrir con el uso del tablón de anuncios virtual y del correo electrónico.

b).- La intimidad comunicativa del trabajador, sobre todo en sus relaciones con el sindicato ¿Hasta dónde puede llegar con las TIC la vigilancia del empresario sin que ésta constituya una intromisión inadmisibles?

c)- La tercera categoría como estadio de evolución, es el teletrabajo, que ha trastocado las variables espaciotemporales en la prestación de trabajo, y por ende, en el discurso de la relación entre los interlocutores sociales.

CUARTA.- Ni España, ni los principales países de nuestro entorno, ni siquiera la Unión Europea, cuentan con un sistema normativo coherente para dar respuesta a las interrogantes planteadas. A lo sumo tienen disposiciones dispersas, las cuales tienen su interés y pueden ser el punto de inicio para nuevos logros en el futuro. Dichas carencias se encuentran asimismo a nivel jurisprudencial. *De lege ferenda* sería muy deseable algún tipo de normativa (lo mejor, por medio de Reglamento de la Unión Europea, o a lo sumo una Directiva) que unificase el empleo de las TIC a nivel laboral, tanto en lo comunicativo como en el caso del teletrabajo. Los ordenamientos laborales analizados, más concretamente el español, y con las aportaciones supraestatales propias de los órdenes jurídicos de la Unión Europea y del Consejo de Europa, no ayudan especialmente, pero tampoco impiden decisivamente el desarrollo del ejercicio de derechos colectivos de los trabajadores en el plano de las TIC. Por otro lado, el mundo de la juridicidad laboral no escapa, ni mucho menos, de los nuevos postulados emanados de la entronización de las TIC. Vistas estas con relación a la materia en causa desde una visión de conjunto, la misma se extiende a capítulos muy concretos de las mismas en su dimensión laboral, tales como la protección de datos personales (, el empleo de las TIC en las actividades de representatividad sindical, el empleo del correo electrónico e internet,

o el teletrabajo, cuyo interés doctrinal no ha hecho sino crecer exponencialmente en los últimos tiempos. Unificar semejante dispersión de aspectos puntuales en un cuerpo de conjunto justificaría, ya de por sí, una labor de reestructuración y disciplina científica de vocación completiva como la aquí presentada. Y resulta ser cierto que, de un tiempo a esta parte, el entorno de las relaciones entre esos dos agentes sociales, empresarios y trabajadores, en continuo proceso de desarrollo tecnológico desde los primeros tiempos de la Revolución Industrial, conoce un vertiginoso y exponencial espectro de nuevas posibilidades, por impacto de las TIC. La relación, antes directa e inmediata en lo físico, se ve sustituida cada vez más por el uso de la informática y las redes sociales. El trabajo, antes en la sede física de las empresas y centros de trabajo, se deslocaliza por medio de la compleja, y aun no muy bien definida desde el punto de vista científico, institución del teletrabajo, mientras que todos los procesos de negociación y de diálogo social, en sus fases de desarrollo, como en sus producciones normativas y pactos de todo tipo, se producen de modo creciente, no ya en reuniones cara a cara físicamente, sino asimismo, por la mediación de las tecnologías de la información.

QUINTA.- La labor desempeñada por los jueces, a pesar de registrar no pocas disparidades, supone un recurso indispensable para el desarrollo de derechos y libertades en el ámbito sociolaboral, y para la normalización del empleo de las TIC entre los agentes sociales. Como en ningún otro entorno, es la justicia laboral la que incide en un marco como el laboral, esencialmente conflictivo. Desde esta concepción, pese a que los sujetos en la misma no estuviesen permanentemente en la discordia o el enfrentamiento, sí que existe un permanente conjunto de factores insuperables, que les impiden o vedan la armonía o entendimiento como pauta cotidiana en su coexistir. Las judicaturas, y más aun en entorno tan novedoso y tan poco legislado (y no menos ignorado desde el punto de vista de la autonomía colectiva) han de dirimir y sustanciar en una realidad de latente controversia insuperable por su propia naturaleza, y que, aun cuando cooperasen, lo hiciesen siempre por una teórica *“maldición de estar condenados a entenderse”*, pues la ruptura de relaciones es la opción más contraria a la consecución de un bienestar y coexistencia. Por otro lado, y aun por sí no fuera poca la ambición o inquietud inmediatamente acabada de expresar, queríamos también reflejar el mundo de la conflictividad humana en ese medio cambiante deparado por la creciente revolución tecnológica y la crisis del Estado como modelo tradicional de comunidad política y de vehículo de organización colectiva de los sujetos, y deparador de los referentes

normativos y arbitrales en la resolución de las controversias o litigios que surgen en su convivencia cotidiana.

SEXTA.- En ausencia de sustrato normativo claro, tampoco existe un compromiso decidido por parte de los interlocutores sociales. Esta falta de implicación llama particularmente la atención en el caso de los sindicatos al ser los más directamente interesados en establecer unos cauces normalizados en donde las TIC constituyan un entorno comunicativo cotidiano entre ellos y los empresarios. Salvo iniciativas aisladas conseguidas con convenios colectivos, no hay interés mutuamente compartido por las partes sociales en el fomento de las TIC, no ya como derecho de una de las partes, sino como patrimonio o entorno mutuamente interesante para su manejo por ambos. Lo mismo puede afirmarse en iniciativas más programáticas, como son los acuerdos analizados para el empleo y la negociación colectiva. Por añadidura, en ese contexto propio de las relaciones laborales o entre interlocutores sociales, junto a un derecho o norma elaborada por ese tercero imparcial o sujeto colectivo que es el Estado, autoridad o administración pública, se reconoce un derecho de autonomía, esto es, de auto-regulación, para que los propios sujetos se doten de las normas aptas para su convivencia, y que llegado el caso, se apliquen con el preciso rigor. Sin perjuicio de detectar unos mínimos atisbos de interés por parte del poder público en la materia en causa, y una incipiente y titubeante actividad por parte de los órganos judiciales, resultan las partes sociales (siempre mediando la debida legitimidad representativa en organizaciones empresariales y sindicatos, y en condiciones de mejora o perfeccionamiento de ese sustrato de normas mínimas de génesis pública o política), las auténticamente llamadas a elaborar normas con las que auto-regularse en los diversos sectores, cuales son los convenios colectivos. Tenemos pues esa interesante veta en que unos sujetos en base esencial de conflicto, no sólo tienen que entenderse para sacar a adelante unos fines comunes, sino que dicho entendimiento tiene que producirse en un momento previo, esto es, a la hora de determinar las reglas, o una parte sustancial de las mismas, con las que en el futuro, normalizar sus relaciones y resolver sus diferencias. En definitiva, un punto más a favor para considerar ese mundo de las relaciones entre los interlocutores sociales como el idóneo sobre el que enfocar nuestra inquietud investigadora. Que después ello esté a la medida deparada por el reto deparado por las TIC y globalización, ya habremos de irlo desvelando en el curso de nuestra investigación, si bien los primeros pasos parecen poco prometedores, arrancando más bien desde la desconsideración y desconfianza mutuas.

SÉPTIMA.- El carácter de derecho colectivo se difumina significativamente cuando el empleo de las TIC en las relaciones laborales, con toda su conflictividad, tiene lugar en situaciones individuales al amparo de contratos de trabajo y relaciones singularizadas con referencia a los mismos. Las TIC tienen por lo tanto un efecto tremendamente innovador de hacer que lo colectivo esté en su ejercicio presente aunque, en definitiva, sean situaciones particularizadas o individuales las que están en consideración.

OCTAVA.- Y como apunte definitivo o corolario, el terreno en causa demuestra, aun para las actuales generaciones responsables del actual momento económico, una falta de preparación o de compromiso aun generalmente asumido para pasar de estadio relacional en el uso de las TIC a un enfoque más racionalizado, normalizado y objetivo; hay no obstante semillero para esperar nuevos desarrollos y mejoras, en los que consideramos que los avances jurisprudenciales van marcando la pauta para su subsiguiente estructuración por medio ya propiamente de normas de Derecho positivo o legiferado, en donde vemos un protagonismo esencial, que entendemos han de protagonizar en nuestro caso las instituciones europeas.

BIBLIOGRAFÍA

AA.VV. (RIVERO LAMAS, J. y GARCIA BLASCO, J.): “Los derechos de información en la empresa en el marco europeo e internacional y en España, en Consecuencias laborales y sociales de la integración de España en la CE”, *V jornadas Universitarias de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales, Facultad de Derecho, Sevilla, 1987.*

AA.VV. (GALIANA MORENO, J. y SEMPERE NAVARRO, A.): “Los derechos de información, consulta y participación de los trabajadores en la Ley 2/1991”, *Revista de Derecho del Trabajo*, Madrid, 1990, Núm. 100, págs. 461-497.

AA.VV. (COLINA ROBLEDO, M.; RAMIREZ MARTINEZ, J. M. y SALA FRANCO, T.): *Derecho social comunitario*, Tirant Lo Blanch Derecho, Valencia, 1991.

AA.VV. (LANGE, P.; ROSS, G. y VANNICELLI, M.): *Sindicatos, cambio y crisis*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1991.

AA.VV. (DIXIT, A. K. y NALEBUFF, B.): *Pensar estratégicamente*, Bosch, Barcelona, 1992.

AA.VV. (BAZERMAN, M. H. y NEALE, M. A.): *Negociación racional en un mundo irracional*, Paidós, Barcelona, 1993.

AA. VV (MONTROYA MELGAR, A. GALIANA MORENO, J.M. SEMPERE NAVARRO, A.V.): *Derecho Social Europeo*, Tecnos, Madrid, 1994.

AA.VV. (CARRASCO PÉREZ, R. y SALINAS LEANDRO, J. M.): *Teletrabajo*. Ministerio de Obras Públicas, Transportes y Medio Ambiente, Madrid, 1994.

AA.VV. (BLANPAIN, R.; HEPPLER, B.; SCIARRA, S. y WEISS, M.): “Derechos sociales fundamentales: propuestas para la Unión Europea”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, Madrid 1995, Núm.74, págs. 873 y sigs.

AA. VV. (PEREZ BILBAO, J. y SANCHO FIGUEROA, T.): *Teletrabajo; criterios para su implantación, Nota técnica de prevención, Instituto para la Seguridad e Higiene en el Trabajo*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 1996.

AA.VV. (RIGBY, M. y SERRANO, R.): *Estrategias sindicales en Europa: convergencia o divergencias*, Centro de Estudios Sociológicos, Madrid, 1997.

AA. VV. (THIBAUT ARANDA, J., FANDOS, J. J., ALVAREZ, J. M. y BRIZ, J. L.): *El teletrabajo. Acciones e investigaciones sociales*, Zaragoza 1998, Núm. 8 (Ejemplar dedicado a: Actas de las Jornadas sobre Nuevos Empleos, Nuevas Empresas, Nuevas Relaciones Laborales: Zaragoza, del 13 al 16 de mayo de 1998, Escuela Universitaria de Estudios Sociales, págs. 201-234.

AA. VV. (ALONSO OLEA, M. y TORTUERO PLAZA, J. L.):, *Instituciones de Seguridad Social*. 16ª edición, Civitas, Madrid, 1998

AA.VV. (LATTUCA, A., y CIURO CALDANI, M. A.): *Economía globalizada y MERCOSUR*, Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1998, págs. 183 a 186.

AA.VV. (MIGUELEZ LOBO, F. coord.): *Las relaciones de empleo en España*, S. XXI, Madrid, 1999.

AA. VV. (IGLESIAS, C., MAÑAS, E. y SÁNCHEZ-HERRERO, M.): *Diferencia o discriminación. La situación de las mujeres españolas en el mercado de trabajo y el impacto de las tecnologías de la información*, Consejo Económico y Social. Colección Estudios Num. 73, Madrid, 1999.

AA. VV. (BORRAJO DACRUZ, E. coord.): *Trabajo y libertades públicas*, La Ley, Madrid, 2000.

AA.VV. (FISHER, R. y URY, W.): *Obtenga el sí. El arte de negociar sin ceder*, Gestión, Barcelona, 2000.

AA. VV. (THIBAUT ARANDA, J. y PEREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F):. *El teletrabajo en España: perspectiva jurídico-laboral*. Ministerio de Trabajo e Inmigración, Madrid, 2001.

AA.VV. (RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO y M. BARBA RAMOS, F.): "Alternativas de regulación de los derechos on-line en el ordenamiento laboral español", *Revista Derecho y Conocimiento, Facultad de Derecho, Universidad de Huelva*, Huelva, 2001, Núm. 1, págs. 70-99.

AA.VV. (SISSON, K. y MARTIN ARTILES, A.): *Pactos para el empleo y la competitividad*, Centro de Estudios Sociológicos, Madrid, 2001.

AA.VV. (FELIU, J. Y LAJEUNESSE, S): *Dinámica y gestión del conflicto; la perspectiva psicosocial*, UOC, Barcelona, 2002.

AA.VV. (RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M. y LÁZARO SÁNCHEZ, J. L.): “Los derechos on-line en el ordenamiento laboral español: estado de la cuestión”, *Revista Derecho y Conocimiento, Facultad de Derecho, Universidad de Huelva*, Huelva, 2002 Núm. 2, págs. 151-173.

AA. VV. (THIBAUT ARANDA, J. y JURADO SEGOVIA, A.): “Algunas consideraciones en torno al Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo”, *Temas Laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, Sevilla 2003, Núm. 72, págs. 35-67.

AA.VV. (SEMPERE NAVARRO, A. V. y SAN MARTÍN MAZZUCONI, C.): *Nuevas tecnologías y relación de Trabajo*, Aranzadi, Pamplona, 2003.

AA.VV. (FALGUERA BARÓ, M. coord.): *El ejercicio del derecho de huelga y el impacto de las nuevas tecnologías y la descentralización productiva*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2003.

AA.VV. (ALARCÓN CARACUEL, M. R. y ESTEBAN LEGARRETA, R. Coords.): *Nuevas Tecnologías de la información y comunicación y Derecho del Trabajo*, Bomarzo, Albacete, 2004.

AA.VV. (BAYLOS GRAU, A. y VALDÉS DE LA VEGA, B.): “El efecto de las nuevas tecnologías en las relaciones colectivas de trabajo” en ALARCÓN CARACUEL, M. R., (coord.) *Nuevas tecnologías de la información y la comunicación y Derecho del Trabajo*. Bomarzo, Albacete, 2004.

AA.VV. (PRADOS DE REYES, F. J. y CABRERA FERNÁNDEZ. J. A.): “Competencias informativas”, en MERCADER UGUINA, J. R. y ESCUDERO RODRÍGUEZ, R.: *Manual jurídico de los representantes de los trabajadores*, La Ley, Madrid, 2004.

AA. VV. (SEMPERE NAVARRO, A. V., SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.): “El uso sindical del correo electrónico a la luz de la STC 281/2005”, *Aranzadi Social*, Pamplona, 2005, Núm. 15, págs. 7 y sigs.

AA. VV. (GARCÍA MURCIA, J. ed.): *La transposición del Derecho Social Comunitario al ordenamiento español: un balance en el XX aniversario de la incorporación de España a la Comunidad Europea*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2005.

AA.VV. (ARIZA, J. A.; CARBONERO, M.; GUTIERREZ, B. y LOPEZ, M. C.): “Situación laboral y distribución del tiempo: un estudio empírico”, *Revista de Fomento Social*, ETEA, Córdoba, 2005, Núm. 60, págs. 57- 86.

AA.VV. (LACOMBA PÉREZ, J. L. y SALIDO BANÚS, J.): “Derechos colectivos, información y consulta, negociación y acción colectivas en la Constitución Europea”, *Revista Ministerio de Trabajo*, Madrid, 2005, Núm. 57, pág. 326.

AA.VV. (MUNDUATE, L. y MEDINA, F. J.): *Gestión del conflicto, negociación y mediación*, Pirámide, Madrid 2005.

AA.VV. (TRONCOSO REIGADA, A. coord.): *Comentario a la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal*, Civitas, Madrid, 2005.

AA.VV. (MARTÍNEZ GIRÓN, J. y ARUFE VARELA, A.): *Leyes laborales alemanas*, Netbiblo, Madrid, 2007.

AA.VV. (ROIG BATALLA, A.; GALA DURAN, C.; MARTINEZ FONS, D. y MUÑOZ LORENTE, J.): *El uso laboral y sindical del correo electrónico e internet en la empresa*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

AA. VV. (THIBAUT ARANDA, J. y PEREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.): “El uso laboral del ordenador y la buena fe (a propósito de la STS de 26 de septiembre de 2007, rec. 966/2006)”, *Relaciones Laborales*, Madrid, 2008, Núm 1, págs. 549-557.

AA.VV. (GARCÍA MURCIA, J. y CASTRO ARGÜELLES, M. A.): *Negociación colectiva, adaptabilidad empresarial y protección de los derechos de los trabajadores*, Fundación Alternativas, Madrid, 2008.

AA.VV. (ROLDÁN MARTÍNEZ, A. y HERREROS LÓPEZ, J. M.): “El derecho de los representantes de los trabajadores a utilizar los medios electrónicos de comunicación propiedad de la empresa (Aplicación por los Tribunales de la STC 281/2005)”, *Aranzadi Social*, Pamplona, 2008, Núm. 11, págs. 123-143.

AA.VV. (BALKIN, J. M. y LEVINSON, S.): “El derecho y las humanidades, una relación incómoda”, *Revista Jurídica de la Facultad de Derecho*, Universidad de Palermo, 2009, págs. 197-228.

AA.VV. (RODRIGUEZ MARTIN, J. A. y DELGADO ALAMINOS, J.): “La atención a la integración laboral de las personas discapacitadas en la Unión Europea”, *Revista de Fomento Social, ETEA*, Córdoba, 2009, Núm. 64, págs. 103- 130.

AA.VV. (FIGUERUELO BURRIEZA, A.; ENRIQUEZ FUENTES, G. J. y NUÑEZ TORRES, M.): *Derecho, Ciencias y Humanidades*, Comares, Granada, 2010.

AA.VV. (FONDEVILA GASCÓN, J. F.; ESTELLA GARCÍA, S. y DEL OLMO ARRIAGA, J. L.): “Estrategias de gestión de la información para cubrir necesidades laborales especializadas”, *ICONO14*, Barcelona, 2013, Volumen 11, Núm. 1, págs. 217-231.

AA. VV. (MALDONADO MONTOYA, J. P. Coord.): *Mind the gap: Para un sistema productivo de equidad entre mujeres y hombres*, Laborum, Madrid, 2015.

AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS: *Guía. La protección de datos en las relaciones laborales*, Madrid, 2009.

AGUDELO MARTINEZ, M.: “El derecho desde una actitud humanista”, *Revista de Derecho: División de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Norte*, Barranquilla, Colombia 2002, Núm. 17, págs. 96-127.

AGUT GARCÍA, C.: *El sindicato en la empresa. Secciones y Delegados Sindicales*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 1997.

ALONSO GARCIA, M.: *La solución de los conflictos colectivos de trabajo*, Instituto de Estudios Autonómicos, Madrid, 1979.

ALONSO OLEA, M.: *Introducción al Derecho del Trabajo*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1963.

ALONSO OLEA, M.: “En torno al contrato de Trabajo”, *Anuario de Derecho civil*, Madrid, 1967, págs. 117-151.

ALONSO OLEA, M.: *El derecho constitucional a la negociación colectiva y la posición constitucional al respecto de las representaciones sindicales y unitarias y algún otro tema procesal y material. Jurisprudencia Constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social, Tomo I, Ref. 81*, Civitas Madrid, 1984.

ALONSO OLEA, M.: *Derecho del Trabajo.*, Edición Revisada, renovada y ampliada al cuidado de CASAS BAAMONDE, M. E. y ALONSO GARCÍA, E.), Civitas, Madrid 2013, Civitas, Madrid, 2013.

ALVAREZ CIVANTOS, O. J.: *Normas para la implantación de una eficaz protección de datos de carácter personal en empresas y entidades*, Comares, Granada, 2002.

ALVAREZ DE LA ROSA, M.: *La organización del sindicato en los lugares de trabajo (Empresa y Administración Pública)*, Civitas, Madrid 1991.

ÁLVAREZ HERNANDO, J.: *Guía práctica sobre Protección de Datos: cuestiones y formularios*, Lex Nova, Valladolid, 2011.

ÁLVAREZ LÓPEZ, M. J.: “Las garantías de los representantes de los trabajadores en la jurisprudencia”, *Actualidad Laboral*, Madrid, 2005, Núm. 21, 2005, págs. 2520-2536.

ALZAGA RUIZ, I.: “El uso por parte de la representación sindical de los medios informáticos propiedad de la empresa (Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional 281/2005, de 7 de noviembre)”, *Revista Española de Derecho del Trabajo Civitas*, Madrid, 2006, Núm. 132, págs. 1047-1064.

ALZAGA RUIZ, I.: “La negociación colectiva en la doctrina del Tribunal Constitucional”, *Revista del Ministerio de Asuntos Sociales*, Madrid, 2008, Núm. 73, págs. 313-335.

ALZAGA RUIZ, I.: *La eficacia de las directivas comunitarias en el ámbito laboral*, Aranzadi, Pamplona, 2009.

ALZATE, R.: *Análisis y resolución de conflictos. Una perspectiva psicológica*, Universidad del País Vasco, Bilbao, 1998.

ARGÜELLES BLANCO, A. R.: “Derechos para la libre expresión y comunicación de los representantes unitarios: local y tablón de anuncios”, *Actualidad Legal Aranzadi*, Pamplona, 2000, Tomo 2, págs. 379 y sigs.

ARRIGO, G.: “La implicación de los trabajadores en la sociedad europea”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social*, Madrid, 2004, Núm. 52, págs. 13-30.

BARBERIS, M.: *Ética para juristas*. Trotta, Madrid, 2008.

BAZ RODRIGUEZ, J.: “Control empresarial de la utilización, por parte de los trabajadores, de los medios informáticos de la empresa (correo electrónico). Inexistencia de vulneración de los derechos a la intimidad personal y familiar (artículo 18.1 CE) y al secreto de las comunicaciones (Artículo 18.3 CE); comentarios a la Sentencia del Tribunal Constitucional 170/2013, de 7 de octubre [BOE Nº 267, de 7 de noviembre de 2013]” *Revista europea e iberoamericana de pensamiento y análisis de derecho, ciencia política y criminología*, Salamanca, 2014, Núm. 1, págs. 364-367.

BELZUNEGUI ERASO, A.: *El teletrabajo: estrategias de flexibilidad*. Consejo Económico y Social, Madrid, 2002.

BELZUNEGUI ERASO, A.: “Teletrabajo en España: acuerdo marco y Administración Pública”, *Revista Internacional de Organizaciones*, Madrid, 2008, Núm. 1, págs. 129-148.

BELZUNEGUI ERASO, A.: “El teletrabajo en España: implicaciones sobre las condiciones de trabajo”, *Revista Universitaria sobre Deficiencias del Trabajo*, Barcelona, 2010, Núm. 6, págs. 287-296.

BENITO-BUTRÓN OCHOA, J. C.: *Teletrabajo y Seguridad Social, descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo*, Actas del X Congreso Nacional

de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Zaragoza, 28 y 29 de mayo de 1999, MTAS, Madrid, 2000, págs. 1109 y sigs.

BERLENGUER HERNANDEZ, S.: “El régimen jurídico del trabajo a distancia”, *IusLabor*, Madrid 2015, Núm 1, págs. 1-13.

BIEBER, R.: “Legislative Procedure for the Establishment of the Single Market”, *Common Market Law Review*, Londres, 1988, Núm. 25, págs. 711-724.

BOBBIO, N.: *El problema del positivismo jurídico*, Fontamara, México, 2006.

BOZA PRO, G.: *El deber de sigilo de los representantes de los trabajadores*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.

BURRIEL RODRÍGUEZ-DIOSDADO, P.: *La evolución del convenio colectivo en España*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, Pamplona, 2011.

BURRIEL RODRÍGUEZ-DIOSDADO, P.: “El despido colectivo en España. Una visión tras las últimas reformas”, *Revista de Direito do Trabalho* Núm. 154, Lisboa, 2013, Págs. 127-146.

BURRIEL RODRÍGUEZ-DIOSDADO, P.: “La crisis en las políticas de empleo. La modélica Dinamarca y la situación en España”, *Economía Española y Protección Social*, Núm. VI, Madrid, 2014, Págs. 5-40.

CANALES GIL, A.: “El derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, Burgos 2007, Núm. 12, págs.52-53.

CARDONA RUBERT, M. B.: “Tutela de la libertad informática en el contrato de trabajo”. *Revista de Derecho Social*, Madrid, 1999, Núm. 6, págs. 30 y sigs.

CARDONA RUBERT, M. B.: *Informática y contrato de trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

CARRASCOSA BERMEJO, D.: “Acuerdos sobre información y consulta de ámbito europeo”, *Temas Laborales*, Madrid, 2000, Núm. 53, págs. 29-52.

CASAS BAAMONDE, M. E.: "Subsidiariedad y flexibilidad del ordenamiento comunitario y participación de los trabajadores en empresas y grupos", *Relaciones Laborales*, Madrid, 1993, Núm. 10.

CASAS BAAMONDE, M. E.: "Doble principio de subsidiariedad y competencias comunitarias en el ámbito social", *Relaciones Laborales*, Madrid, 1993, Núm. 1.

CASTELLS OLIVAN, M.: *La galaxia internet. Reflexiones sobre internet, empresa y sociedad*, Areté, Madrid, 2001.

CERDA SILVA, A.: "Relaciones laborales y TIC", *Revista Chilena de Derecho Informático, Facultad de Derecho*, Santiago de Chile, 2002, Núm. 1, págs 1 y sigs.

CLEGG, H.: *El sindicalismo en un sistema de negociación colectiva*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1985.

CRISTÓBAL RONCERO, R.: "El Comité de Empresa Europeo en las empresas o grupos de empresas de dimensión comunitaria", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, Madrid, 2003, Núm. 43, págs. 157-180.

CRUZ VILLALON, J.: "La directiva 75/129 sobre despidos colectivos y sus concordancias con la legislación española", *Noticias C.E.E.*, Valencia, 1988, Núm. 40, págs 20 y sigs.

CRUZ VILLALÓN, J.: "La información y la consulta a los trabajadores en las empresas de dimensión comunitaria", *Relaciones Laborales*, Madrid, 1994, Núm. 14.

CRUZ VILLALÓN, J.: "La aplicación de la Directiva sobre despidos colectivos", *Temas Laborales*, Madrid, 1997, Núm. 44, págs. 27 y sigs.

CHACARTEGUI JAVEA, C.: "El correo electrónico como instrumento de información, consulta y participación", *Relaciones Laborales*, Madrid, 2004, Núm. 8, págs. 83-103.

DAHRENDORF, R.: *El conflicto social moderno*, Mondadori, Madrid, 1988.

DAVARA RODRIGUEZ, M.: *La protección de datos en Europa*, Grupo Asnef, Equifax, Madrid, 1998.

DE LA TORRE DIAZ, F. J.: *Ética y deontología jurídica*, Dykinson, Madrid, 2000.

DE MIGUEL LORENZO, A.: “La aplicación de los derechos de información y consulta los trabajadores en las empresas y grupos de dimensión comunitaria”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, Madrid 1995, Núm. 73, págs. 785 y sigs.

DE MONTBLANC, L.: “L’ambivalence des directives communautaires. Frein ou effet de levier de l’intégration européenne”, *Petites Affiches Paris*, 1992, Núm. 58, págs. 52-56.

DE PARAMO, J. R.: “Hart y la teoría analítica del derecho”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Madrid, 1984, págs. 341 y sigs.

DEL PESO NAVARRO, E.: *Ley de Protección de Datos*, Díaz de Santos (ed.), Madrid, 2000.

DEL REY GUANTER, S.: *Principios y tendencias en el Derecho Social Comunitario*, Actas de las II Jornadas sobre la Comunidad Europea, Facultad de Derecho, Sevilla, 1994, págs 179 y sigs.

DEL REY GUANTER, S.: “Tratamiento automatizado de datos de carácter personal y contrato de trabajo (una aproximación a la intimidad informática del trabajador)”, *Revista Crítica de Teoría y Práctica de las Relaciones Laborales*, Madrid, 1993, Núm. 2.

DESDENTADO BONETE, A.: “Contrato de trabajo y nuevas tecnologías. Una nota sobre algunas cuestiones de actualidad: prueba electrónica, garantías de la intimidad y uso sindical del correo electrónico”. *Revista del Poder Judicial*, Madrid, 2009, Núm. 88, págs. 241-265.

DURAN LOPEZ, F.: “Normativa laboral de la C.E.E. en materia de despidos y de mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de transferencias de empresas”, *Economía y Sociología del Trabajo* Madrid, 1989, Núm. 4-5, págs 11 y sigs.

DURÁN LÓPEZ, F.: *Libertad de circulación y de establecimiento en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la CEE*, La Ley, Madrid, 1987.

ESCUDERO RODRÍGUEZ, R.: “La Ley de derechos de información: una ley a medio camino”, *Relaciones Laborales*, Madrid, 1991, Núm. 1, págs. 1044-1080.

ESCUDERO RODRÍGUEZ, R.: “Las relaciones subjetivas y competenciales entre los representantes de los trabajadores, generales y especializados, con competencias en materia preventiva”, *Temas Laborales*, Madrid 1999, Núm. 50, págs. 49-88.

ESCUDERO RODRÍGUEZ, R.: “Teletrabajo: Ponencia Telemática III”, *Actas del X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social en Zaragoza*, MTAS, Madrid 2000.

ESPÍN SÁEZ, M.: “Implicación de los trabajadores en la Sociedad Cooperativa Europea (Comentario a la Directiva 2003/72/CE del Consejo, de 22 de julio de 2003),” *Revista Ministerio de Trabajo*, Madrid, 2003, Núm. 47.

FERNÁNDEZ DOCAMPO, B.: “El ejercicio de la libertad sindical a través de los derechos de información y expresión (Comentario a la STC 213/2002, de 11 de noviembre)”, *Relaciones Laborales*, Madrid, 2003, Núm. 2, págs. 639-654.

FERNÁNDEZ HERNANDEZ, C.: “Una propuesta de regulación del uso de los medios electrónicos de comunicación de la empresa”, *Actualidad Legal Aranzadi*, Pamplona, 2001, Tomo II, págs. 1287 y sigs.

FERNANDEZ LOPEZ, J. L.: “El derecho fundamental a la protección de datos personales”, *Revista Otrosí del Iltre. Colegio de Abogados de Madrid*, 25 de abril de 2001.

FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F.: “El deber de sigilo de los representantes de personal”, *Actualidad Laboral*, Madrid, 1992, Núm. 1, págs. 125-143.

FERNANDEZ RIQUELME, S.: “Trabajo social y desarrollo humano. Reflexiones sobre la sostenibilidad del bienestar social”, *Revista de Fomento Social, ETEA*, Córdoba, 2012, Núm. 67, págs. 251-275.

FONT BARROT, A.: *Negociaciones. Entre la cooperación y el conflicto*, Grijalbo, Barcelona, 1997.

GAETA, L.: "Teletrabajo y Derecho: La experiencia italiana". *Documentación Laboral*, Madrid, 1996, Núm. 49, págs. 43 y sigs.

GALIANA MORENO, J.: "La aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario", *Noticias CEE Valencia*, 1988, Núm. 40, págs. 11 y sigs.

GALIANA MORENO, J.: "El lento camino de gestación de la política social comunitaria", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, Madrid, 1993, Núm. 58, págs. 190 y sigs.

GARCIA BECEDAS, G.: *Democracia y relaciones laborales*, Akal Universitaria Núm. 40, Madrid, 1982

GARCIA BECEDAS, G.: "Apuntes para un análisis de la libertad sindical en la constitución española", *Revista de Política Social*, Madrid, 1985, págs. 39-61.

GARCIA BECEDAS, G.: "Asambleísmo o representatividad sindical", *Documentación Laboral*, Madrid, 1988, Núm 25, págs. 7 y sigs.

GARCÍA MURCIA, J.: "Libertad de expresión y sigilo profesional en el desarrollo de la acción sindical. (Comentario a la STC 213/2002, de 11 de noviembre de 2002)", *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, Pamplona, 2002, Núm. 3, págs. 2247-2272.

GARCIA SALAS, A. I.: "Distribución de información sindical y nuevas tecnologías: el impacto de la STC 281/2005". *Revista de Contratación Electrónica*, Madrid, 2009, págs. 12 y sigs.

GARCÍA VIÑA, J.: "Relaciones laborales e internet", *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, Madrid, 2003, Núm. 223, págs. 51 y sigs.

GARRIDO PÉREZ, E.: *La información en la empresa: análisis jurídico de los poderes de información de los representantes de los trabajadores*, Centro de Estudios Sociológicos, Madrid, 1995.

GARRIDO PÉREZ, E.: “Las modalidades de implicación de los trabajadores en la sociedad europea”. *Revista de Derecho Social*, Madrid 2002, Núm. 17, págs. 101-126.

GARRIDO PÉREZ, E.: “Los cambios sistemáticos, materiales y funcionales en los derechos de información y consulta de los representantes unitarios del personal”, *Temas Laborales*, Madrid, 2008, Núm. 95, págs. 11-44.

GARRIDO PÉREZ, E.: “La reforma de la Directiva sobre CEUr a la luz de la jurisprudencia del TJCE en relación a la información y consulta en estructuras complejas”, *Revista de Derecho Social*, Madrid 2010, Núm. 49, págs. 125-146.

GIDDENS, A.: *La estructura de clases en las sociedades avanzadas*, Alianza Universidad, Madrid 1983.

GÓMEZ ABELLEIRA, F. J.: “Una nueva modificación de la legislación laboral para transponer derecho comunitario: la ley 38/2007 y las Directivas 2002/14/CE, sobre información y consulta de los trabajadores, y 2002/74/CE, sobre protección en caso de insolvencia empresarial”, *Relaciones Laborales*, Madrid, 2008, Núm. I, págs. 981-1006.

GÓMEZ ÁLVAREZ, T.: “Los efectos de la transmisión de empresa, centro de trabajo y unidad productiva sobre la representación de los trabajadores”, *Revista del Consejo General del Poder Judicial*, Madrid, 2003, Núm. 71, págs. 88 y sigs.

GÓMEZ GORDILLO, R.: *El comité de empresa europeo. Un estudio jurídico*, Centro de Estudios Sociológicos, Madrid 2003.

GÓMEZ GORDILLO, R.: “El comité de empresa europeo”, en ESCUDERO RODRÍGUEZ, R.; MERCADER UGUINA, J. R. (eds.) *Manual jurídico de los representantes de los trabajadores*, La Ley, Madrid, 2004, págs. 1289-1292.

GÓMEZ GORDILLO, R.: “La implicación de los trabajadores en la sociedad anónima europea en el ordenamiento laboral español”, *Temas Laborales*, Madrid, 2007, Núm. 90, págs. 27-76.

GÓMEZ GORDILLO, R.: “La reforma de la Directiva sobre el Comité de Empresa Europeo. Nueva apuesta por la fijación convencional de derechos de información y consulta en empresas y grupos de dimensión comunitaria”, *Relaciones Laborales*, Madrid, 2010, Núm. II, págs. 1281-1309.

GOMEZ MANZANEQUE, B.: “El Teletrabajo: entre el sueño tecnológico y la realidad humana”. *Revista Acción sindical, Sindicato Comisiones Obreras*, Madrid, 27 de enero de 2000, pág. 12 y sigs.

GOMEZ POMAR, J.: *Teoría y técnicas de negociación*, Ariel, Barcelona, 1991.

GONZALO GONZALEZ, B.: “La seguridad social española y la Directiva del Consejo 80/986/CEE de 20 de octubre, sobre aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario”, *Noticias C.E.E.* Valencia, 1988, Núm. 36.

HUERTAS BARTOLOMÉ, T.: “Nuevas normas sobre diálogo social europeo: la información y consulta de los trabajadores en la Comunidad Europea”, *Cuadernos de Relaciones Laborales*, Madrid 2002, Núm. 20, págs. 119-142.

JIMENEZ DE PARGA Y MASEDA, P.: “La libre circulación de las personas físicas por el espacio europeo desde el Tratado CEE hasta el tratado de Ámsterdam”, en LATTUCA, A., y CIURO CALDANI, M. A.: *Economía globalizada y MERCOSUR*, Ediciones Ciudad, Buenos Aires 1998, págs. 315 a 356.

KELSEN, H.: *Teoría pura del derecho*, 16ª Edición, Porrúa, México, 2009.

KOLB. D.: *Los mediadores*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1989.

LAHERA FORTEZA, J.: “El impacto del teletrabajo en el derecho del trabajo a la luz de la nueva regulación española”, *Revista de Derecho de la Universidad Complutense*, Madrid, 2015, págs. 57-74.

LELEUX, P.: "Considérations sur le rapprochement des législations", *Cahiers de Droit Européen*, Bruselas, 1980, págs. 85 y sigs.

LEONÉS SALIDO, J. M.: "Razones urgentes para una regulación del teletrabajo en España", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, Núm. 431, 2000, págs, 1-15.

LIMPENS-MEINERTZHAGEN, A. y otros: *Les instruments du rapprochement des législations dans la CEE*", Université de Bruxelles, Bruselas, 1976.

LOPEZ LOPEZ, J.: "La aplicación de las Normas Comunitarias al ordenamiento laboral español; la directiva de 17 de febrero de 1975 sobre despidos colectivos", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, Madrid, 1986, Núm. 27, págs 10-42.

LUJÁN ALCARAZ, J.: "La Directiva 2001/86/CE, del Consejo, de 8 octubre 2001, por la que se completa el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea en lo que respecta a la implicación de los trabajadores", *Aranzadi Social*, Pamplona, 2002, Núm. 5, págs. 21-30.

LUJÁN ALCARAZ, J.: *La acción sindical en la empresa: marco legal y desarrollo convencional*, Centro de Estudios Sociológicos, Madrid, 2003.

MALDONADO MONTOYA, J. P.: *La conciliación del trabajo y la vida familiar: Retos y dificultades de las PYMES*. CEU Ediciones, Madrid, 2007.

MALDONADO MONTOYA, J. P.: "El trabajador del *reality show*", *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, Madrid, 2010, Núm. 83, págs. 355-372.

MARENCO, G.: "Pour une interpretation traditionnelle de la notion de mesures d'effet equivalent à une restriction quantitative", *Cahiers de Droit Européen*, Núms. 3 y 4, Bruselas, 1984, págs. 291 a 364.

MÀRIA, J. F.: "La globalización y los Estados del bienestar en Europa", *Revista de Fomento Social, ETEA*, Córdoba, 2008, Núm. 63, págs. 207- 231.

MARIN ALONSO, I.: "La utilización del correo electrónico por los sindicatos o sus secciones sindicales para transmitir noticias de interés sindical a sus afiliados o trabajadores en general", *Aranzadi Social*, Pamplona, 2001, Núm. 1, págs. 32 y sigs.

MARTÍNEZ CAMPAL, A.: *La libertad sindical y el uso de las nuevas tecnologías de comunicación en el ejercicio de las libertades de expresión e información por los representantes de los trabajadores*, Iustel, Madrid, 2011.

MARTINEZ FONS, D.: “Nuevas tecnologías y poder de control empresarial”, *Revista Gallega de Empleo*, Santiago de Compostela, 2000, Núm. 1, págs. 233-317.

MATTERA RICIGLIANO, A.: *El Mercado Interior, sus reglas, su funcionamiento* (traducción española del original en francés), Civitas, Madrid, 1991.

MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P.: “El marco general para la información y consulta de los trabajadores en la Comunidad Europea: (Directiva 2002/14/CE)”, en GARCÍA MURCIA, J. (ed.): *La transposición del Derecho Social Comunitario al ordenamiento español: un balance en el XX aniversario de la incorporación de España a la Comunidad Europea*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2005, págs 38 y sigs.

MERCADER UGUINA, J. R.: “Derechos de información y consulta de los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria”, *Relaciones Laborales*, Madrid, 1997, Núm. 2, págs. 1023-1044.

MICHINEL ALVAREZ, M. A.: *La OPA transfronteriza; determinación y ámbito de la ley en el marco de control europeo*, Universidade de Santiago de Compostela, 2007.

MOLINA DEL POZO, C. F.: *Tratado de Derecho de la Unión Europea*. Juruá Editora, Lisboa (2016), 4 Volúmenes, 2.460 págs.

MONEREO PÉREZ, J. L.: “Carta Comunitaria de Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, Madrid, 1992, Núm. 56 y 57.

MONEREO PÉREZ, J. L.: “El derecho de participación de los trabajadores en la empresa en la «Constitución Social» europea”, en ÁLVAREZ CONDE, E. y GARRIDO MAYOL, V. (eds.) *Comentarios a la Constitución Europea*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004, págs. 122 y sigs.

MONTOYA MELGAR, A.: *El poder de dirección del empresario*. Instituto de Estudios Políticos. Madrid, 1965.

MONTOYA MELGAR, A.: “La estabilidad en el empleo en el Derecho del Trabajo”, *Revista de Política Social, Madrid*, 1978, Num 118, págs. 60.y sigs.

MONTOYA MELGAR, A.: “Poder del empresario y movilidad laboral”. *Revista Española de Derecho del Trabajo*, Madrid, 1989, Núm. 38, Págs. 112 y sigs.

MONTOYA MELGAR, A.: “El Libro Blanco de la Comisión Europea y la reforma laboral española”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, Madrid, 1994, Núm ° 68, págs 11 y sigs.

MONTOYA MELGAR, A.: “Sobre el trabajo dependiente como categoría delimitadora del derecho del Trabajo”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, Madrid, 1998, Numero 91, págs. 709 y sigs.

MONTOYA MELGAR, A.: “El principio de celeridad en los procesos laborales” en *Memorias del Encuentro Iberoamericano de Justicia del Trabajo realizado en San José de Costa Rica*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid 1999, págs. 3 y sigs.

MONTOYA MELGAR, A.: “Principios y valores en el Derecho del Trabajo”, en *Entorno a los principios del Derecho del Trabajo, Homenaje a Américo Plá Rodríguez*, Porrúa, México, 2005.

MONTOYA MELGAR, A.: “Estabilidad en el empleo, globalización económica y «flexiguridad»”, en AA.VV. (coordinados por José Luis Gil y Gil y José Manuel del Valle), *El despido disciplinario. Homenaje al Profesor Juan Antonio Sagardoy Bengoechea*, Cinca, Madrid, 2009.

MOORE, C.: *El proceso de mediación*, Granica, Barcelona, 1997.

MORALES GUTIERREZ, A. C.: “Innovación social: una realidad emergente en los procesos de desarrollo”, *Revista de Fomento Social, ETEA*, Córdoba, 2008, Núm. 63, págs. 411- 444.

MORALO GALLEGO, S.: *La tutela judicial de los derechos fundamentales; el derecho de huelga*", Actas del XI Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España (ACE), Madrid, 2012. págs. 29 y sigs.

MORENO DE TORO, C.: "Los medios informáticos y la doctrina constitucional; la Sentencia del Tribunal Constitucional 281/2005, de 7 de noviembre". *Temas Laborales*, Madrid, 2006, Núm. 87, págs. 209-220.

MULAS GARCIA, A.: "Sobre la directiva C.E.E. de 17 de febrero de 1975", *Documentación Laboral*, Madrid, 1984, Núm. 13, págs. 32 y sigs.

MURILLO DE LA CUEVA, P. L.: "Informática y protección de los datos personales", *Cuadernos y Debates, Centro de Estudios Constitucionales*, Madrid, 1993, Núm. 43.

NIEVES DE NIETO, N.: "El uso del correo electrónico e internet en la negociación colectiva", *Relaciones Laborales*, Madrid, 2009, Núm. 5-6, págs. 8 y sigs.

OCHOA HORTELANO, J. L.: *Anotaciones sobre lecturas acerca del teletrabajo*, Portal CEDERUL (Grupo internacional e interdisciplinar de expertos en Desarrollo sostenible, y auspiciado en España por la Universidad de Zaragoza y la Exma. Diputación de Huesca), págs. 238-239.

OJEDA AVILÉS, A.: "Subsidiariedad y competencias concurrentes en el Derecho Social Comunitario", *Relaciones Laborales*, Madrid, 1994, Núm. 10.

OJEDA AVILÉS, A.: "La calidad social europea desde la perspectiva de los derechos fundamentales", *Relaciones Laborales*, Madrid 1998, Núm. 3.

OJEDA AVILÉS, A.: "Locales y tablón de anuncios", *Aranzadi Social*, Pamplona 2003, Núm. 22, págs. 1555-1588.

ORTIZ CHAPARRO, F.: *El teletrabajo, una nueva sociedad laboral en la era tecnológica*, McGraw-Hill, Madrid, 1995.

ORTIZ LALLANA, C.: "Vulneración del derecho a la libertad sindical mediante el uso desviado de datos informatizados sobre la afiliación del trabajador. Libertad sindical

y derecho a la intimidad informática”, *Aranzadi Social*, Pamplona, 1999, Núm. 5, págs. 364 y sigs.

OVEJERO, A.: *Técnicas de negociación*, McGraw Hill, Madrid, 2004.

PERDIGUERO BAUTISTA, E.: “Mediación, conciliación y arbitraje en el Derecho Laboral”, *Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial*, Madrid, 1995.

PERELLO GOMEZ, N. V.: “Libertad de circulación de trabajadores dentro del contexto comunitario europeo”, *Gaceta Legal*, Madrid, 2003, Núm. 9, págs. 41 y sigs.

PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: *El Derecho Social Comunitario en el Tratado de la Unión Europea*, Civitas, Madrid, 1995.

PEREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: *Nuevas tecnologías y relación de trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

PEREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: “El uso sindical de los medios informáticos de la empresa”, *Relaciones Laborales*, Madrid, 2009, Núm. 5-6, págs. 21 y sigs.

PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: “Internet en el trabajo”, *Justicia Laboral*, Madrid, 2012, Núm. 51, págs. 17-34.

PEREZ DEL RIO, T.: “La política social europea en materia de derechos de información y consulta de los trabajadores en empresas de estructura compleja, en Consecuencias laborales y sociales de la integración de España en la CE”, *V jornadas Universitarias de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, Facultad de Derecho, Universidad de Sevilla, Sevilla, 1987.

PÉREZ DEL RÍO, T.: “La dimensión social del Mercado Único Europeo”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, Madrid 1991, Núm. 47, págs. 385 sigs.

POCAR, F.: *Derecho Comunitario del Trabajo*, Civitas, Madrid, 1988.

POOLE, M.: *Relaciones industriales*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1993.

PRECIADO DOMENECH, C. H.: *Derechos de información, audiencia, consulta y participación de los representantes de los trabajadores*, Bomarzo, Albacete 2012.

PUERTA DOMÍNGUEZ, E. M.: *La directiva comunitaria como norma aplicable en Derecho*, Comares, Granada 1999.

PURCALLA BONILLA, M. A.: “El teletrabajo como sistema implantable en las organizaciones públicas y privadas: estado de la cuestión”, *Revista de Derecho Social*, Madrid, 2009, Núm. 46, págs. 67-95.

PUYOL MARTINEZ-FERRANDO, B.: “La transposición de la Directiva 2004/25/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, relativa a las Ofertas Públicas de Adquisición a la legislación británica”, *Revista de Derecho Español Bancario y Bursátil*, Madrid, 2007, Núm. 106, págs 20 y sigs.

RAMIREZ COLINA, S. P.: *El teletrabajo y su sujeción a la Ley orgánica del Trabajo, en Derecho y Tecnología*, Universidad Católica de Táchira, Centro de Investigaciones en Nuevas Tecnologías, San Cristóbal, Táchira, Venezuela, 2003, págs. 61-80.

RAMIREZ COLINA, S. P.: “El teletrabajo y su sujeción a la Ley del Estatuto de la Función Pública”, *Revista de Derecho del Trabajo, Fundación Universitas, División de Investigaciones*, Barquisimeto, Venezuela 2006, págs. 301-345.

RAMIREZ MARTINEZ, J. M.: “Extinción del contrato de trabajo por causas económicas y tecnológicas. Normas comunitarias y régimen especial”, *Actualidad Laboral*, Madrid, 1987, Núm. 33, págs 22 y sigs.

RAMOS PASCUAL, J.: *La ética interna del derecho*, Desclée de Brouwer, Bilbao, 2007.

RAY, J.: “Droit du travail et TIC”, *Revue de Droit Social*, París, 2007, Núm. 4, págs. 423 y ss.

RIBAGORDA GARNACHO, A.: “Las medidas de seguridad en el borrador del nuevo Reglamento de la Ley Orgánica 15/1999, de protección de datos de carácter

personal”, *Revista Española de Protección de Datos*, Madrid, 2007, Núm. 2, págs. 41 y sigs.

RIVERO LAMAS, J.: “La protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario”, *Actualidad Laboral*, Madrid, 1988, Núm. 8, págs. 10-42.

RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: *Libertad sindical y nuevas tecnologías; derecho a la protección de datos personales de los trabajadores como garantía de la libertad sindical. Curso sobre la tutela del derecho de libertad sindical*, Sindicato U.G.T., Madrid, 2011.

RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: “Libertad Sindical y nuevas tecnologías; derecho a la protección de datos personales de los trabajadores como garantía de la libertad sindical”, *Curso sobre la tutela del derecho de libertad sindical*, Sindicato U.G.T., Madrid, 2011, págs. 1 y sigs.

RODRÍGUEZ LÓPEZ DE LEMUS, P.: “Videovigilancia con fines de seguridad privada y control laboral”, *Revista El Derecho, Francis Lefebvre*, Madrid 2013, págs. 5 y sigs.

RODRIGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER, M.: “La subsistencia de la empresa y de los contratos laborales y la directiva 77/987”, *Relaciones Laborales*, Madrid, 1988, Núm. 7, págs. 22 y sigs.

RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER, M.: “Los derechos de información y consulta de los trabajadores y la dimensión comunitaria de la empresa”, *Relaciones Laborales*, Madrid, 1990, Núm. 1, págs.74-82.

RODRÍGUEZ-PIÑERO, ROYO, M.: “La declaración de derechos sociales comunitarios”, *Relaciones Laborales*, Madrid 1989, Núm. 21 y 22, págs. 12 y sigs.

RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.: “Derecho comunitario e información a los trabajadores sobre sus condiciones de trabajo”, *Temas Laborales*, Madrid 1992, Núm. 24, págs. 3 y sigs.

RODRIGUEZ-PIÑERO ROYO, M.: "Transmisión de empresas y empresas de trabajo temporal en el Derecho europeo", *Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial*, Madrid, 2000, págs. 163-195.

RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.: "Negociación colectiva y sectores emergentes: el papel de la negociación colectiva". *Colección Informes y Estudios. Serie Relaciones Laborales. Informe Núm. 33. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*. Madrid, 2001, págs. 227 y sigs.

RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.: "Nuevas tecnologías y Derecho del Trabajo: estado de la cuestión en España", *XXI. Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales*, Sevilla, 2003.

RODRIGUEZ-PIÑERO ROYO, M.: *El correo electrónico en la empresa: algunos problemas de derecho del trabajo Ciclo de conferencias sobre nuevas tecnologías y derecho*. Servicio de Publicaciones Universidad de Huelva, Huelva 2004.

RODRIGUEZ RAMOS, M. J.: *Las elecciones sindicales en la empresa y en los centros de trabajo*, Aranzadi, Pamplona, 2002.

ROLDÁN MARTINEZ, A.: "El marco jurídico del teletrabajo", *Boletín Jurídico de la Universidad Europea de Madrid*, Madrid, 2004, Núm. 7, págs. 1-30.

ROMAGNOLI, U.: "Globalización y Derecho del Trabajo", *Revista de Derecho Social*, Madrid, 1999, Núm. 5, págs. 9-20.

ROMERAL HERNÁNDEZ, J.: "Consulta y participación de los trabajadores (artículo 35)", en SEMPERE NAVARRO, A. (ed.): *Comentarios a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales*, Aranzadi, Pamplona, 2010, págs. 689 y sigs.

ROQUETA BUJ, R.: "El despido por la utilización personal de los medios tecnológicos de información y comunicación en la empresa", *Actualidad Laboral*, Madrid, 2005, Núm. 19, págs. 2246 y sigs.

ROQUETA BUJ, R.: *Uso y control de los medios tecnológicos de la información y comunicación en la empresa*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2005.

RUIZ CASTILLO, M. M.: “La acomodación del ordenamiento español a las pautas del Derecho comunitario en materia de despidos colectivos”, *Consecuencias laborales y sociales de la integración de España en la CE, V Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, Sevilla, 1987, págs. 110 y sigs.

RUIZ CASTILLO, M. M.: “El diálogo social en el ámbito de la Unión Europea”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, Madrid 1997, Núm. 85, págs. 707 sigs.

SALA FRANCO, T.: “Efectos laborales de la transmisión de empresas. Normas comunitarias y Derecho Español”, *Actualidad Laboral*, Madrid, 1987, Núm. 32, págs. 25 y sigs.

SALFUNGENCIO GUTIÉRREZ, J. A.: “El deber de sigilo y el derecho fundamental a la libertad sindical y a la información de los representantes de los trabajadores (a propósito de la STSJ Murcia de 23 de julio de 2001)”, *Relaciones Laborales*, Madrid, 2002, Núm. 1, págs. 815-826.

SELMA PENALVA, A.: “Propuestas y reconsideraciones sobre el teletrabajo”, *Anales de Derecho, Universidad de Murcia*, Murcia, 2013, págs. 20-45.

SERRANO GARCIA, J. M.: “Tratamiento del teletrabajo en el Acuerdo Marco Europeo de 16 de julio de 2002”. *Revista de Relaciones Laborales*, Madrid, 2002, págs. 17 y sigs.

SIERRA BENÍTEZ, E. M.: *El contenido de la relación laboral en el teletrabajo*. Consejo Económico y Social de Andalucía, Sevilla, 2011.

SERVAIS, D.: “La cláusula social en los tratados de comercio: ¿pretensión ilusoria o instrumento de progreso social”, *Revista Internacional del Trabajo*, Ginebra, 1989, Núm. 108, págs. 3 y sigs.

SIMIANI, M.: *Intranets, empresa y gestión documental*. Mc Graw Hill, Madrid, 1997.

SINGER, L.: *Resolución de conflictos. Técnicas de actuación en los ámbitos empresarial, familiar y legal*, Paidós, Barcelona, 1996.

SOLÁ MONELLS, X.: “La participación de los trabajadores en la sociedad anónima europea”, en DEL REY GUANTER, S. (ed.) *Sociedad mercantil y relación laboral*, La Ley, Madrid, 2007.

SUARÉS, M.: *Mediación. Conducción de disputas, comunicación y técnicas*, Paidós, Barcelona, 1996.

SUKUP, V.: *Europa y la globalización*, Corregidor, Buenos Aires, 1998.

SUÑE LLINAS, E.: *Tratado de derecho informático: Introducción y protección de datos personales*, Servicio de Publicaciones de la Facultad de derecho de la Universidad Complutense, Madrid, 2000.

TASCON LOPEZ, R.: “Los ficheros empresariales sobre trabajadores y los derechos de los mismos en el marco de la relación contractual con el empleador”, en AA.VV. (TRONCOSO REIGADA, A., Dir.): *Comentario a la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal*, Civitas, Madrid, 2005, págs. 502 y sigs.

TELLEZ AGUILERA, A.: *Nuevas tecnologías, intimidad y protección de datos*, Edisofer, Madrid, 2001.

TELLEZ AGUILERA, A.: *La protección de datos en la Unión Europea, divergencias, normativas y anhelos unificadores*, Edisofer, Madrid, 2002.

TERRADILLOS ORMAETXEA, E.: “La participación de los trabajadores en la transposición de la Directiva sobre la Sociedad Anónima Europea y sus repercusiones sobre la normativa mercantil”, *Relaciones laborales*, Madrid, 2006, Núm. 2, págs. 1057-1083.

TERRADILLOS ORMAETXEA, E.: *La regulación de la información y consulta de los trabajadores en la empresa nacional y transnacional*, Iustel. Madrid, 2007.

THIBAUT ARANDA, J. “Aspectos jurídicos del teletrabajo”, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, Madrid, 1998, Núm. 11, págs. 93-108.

THIBAULT ARANDA, J.: “La incidencia de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal, en el ámbito de las relaciones laborales”, *Relaciones Laborales*, Madrid, 2000, Núm. 2, págs. 169-186.

THIBAULT ARANDA, J.: “Teletrabajo y teledisponibilidad Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo” *Actas del X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Zaragoza, 28 y 29 de mayo de 1999, Zaragoza, 2000, págs. 895-910.

THIBAULT ARANDA, J.: *Teletrabajo y derecho del trabajo*, Universitat Autònoma de Barcelona, Barcelona, 2000.

THIBAULT ARANDA, J.: *El teletrabajo: análisis jurídico-laboral*, CES, Madrid, 2000.

THIBAULT ARANDA, J.: “Teletrabajo y ordenación del tiempo de trabajo”, *Actas de las III Jornadas sobre informática y sociedad*, Miguel Ángel Davara Rodríguez, Madrid, 2001, págs. 233-250

THIBAULT ARANDA, J.: *El trabajo en la sociedad digital Internet y pluralismo jurídico: formas emergentes de regulación*. Pompeu Casanovas (ed.), Barcelona, 2003, págs. 189-210.

THIBAULT ARANDA, J.: *Principios de derecho de internet*, en Pablo Luis García Mexía (ed.), Madrid, 2005, págs. 546-590.

THIBAULT ARANDA, J.: “Teletrabajo forzado a domicilio”, *Actualidad Laboral*, Madrid, 2006, Núm. 4, págs. 386-396.

THIBAULT ARANDA, J.: *Control multimedia de la actividad laboral*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2006.

THIBAULT ARANDA, J.: “La vigilancia del uso de internet en la empresa y la protección de datos personales”, *Relaciones Laborales*, Madrid, 2009, Núm. 1, págs. 215-226.

TORRENTS MARGALEF, J.: “La disposición de las tecnologías de información y comunicación al servicio de los representantes de los trabajadores”, en ESCUDERO

RODRÍGUEZ, R. (ed.) *La negociación colectiva en España: una mirada crítica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

TREJO DELABRE, R.: *La nueva alfombra mágica. Usos y mitos de internet, la red de redes*, Fundesco, Madrid, 1996.

TUDELA CAMBRONERO, G.: *Las garantías de los representantes de los trabajadores en la empresa*, Tecnos, Madrid, 1991.

VALDÉS DAL-RÉ, F.: “La participación de los trabajadores en la sociedad europea: treinta años después”, *Relaciones Laborales*, Madrid, 2003, Núm. I, págs. 79-90.

VALDÉS DAL-RÉ, F.: “Los derechos de implicación de los trabajadores en la sociedad europea”, en VALDÉS DAL-RÉ, F. MOLERO MARAÑÓN, M. L.: *La representación de los trabajadores en las nuevas organizaciones de empresa*, Fundación Francisco Largo Caballero, Madrid, 2010.

VALENCIANO SAL, A.: “El teletrabajo, ¿Un nuevo sistema de organización del trabajo?” *Revista de Información Laboral*, Madrid, 2012, Núm. 1, págs. 102 y sigs.

VALVERDE ASECIO, A.: “Protección de datos de carácter personal y derechos de información de los representantes de los trabajadores”, *Temas Laborales*, Madrid, 2013, Núm. 119, págs. 13-54.

VIGNEAU, C.: “El control judicial de la utilización del correo electrónico y del acceso a internet en las empresas en Francia”, *Relaciones Laborales*, Madrid, 2009, Núm. 5-6.

VÁZQUEZ R.: *Derecho y moral; ensayos sobre un debate contemporáneo*, Gedisa, Barcelona, 1998.

VINYAMATA, E.: *Mediación y resolución de conflictos*. UOC, Barcelona, 1999.

WINDMULLER, J. P.: *Nueva consideración de la negociación colectiva en los países industrializados*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1989.

ZUBERO, I.: "Flexibilización del trabajo y precarización vital: el reto de la cohesión social", *Revista de Fomento Social, ETEA*, Córdoba, 2006, Núm. 61, págs. 519- 560.

Anexo I

Abreviaturas más comunes de uso en nota o en el texto

AINC	Acuerdo Interconfederal para la Negociación Colectiva
AA.VV.	Autores varios
AEPD	Agencia Española para la Protección de Datos
AMET	Acuerdo Marco Europeo sobre el Teletrabajo
AN	Audiencia Nacional
As	Asunto
BOCG	Boletín Oficial de las Cortes Generales
BOE	Boletín Oficial del Estado
CC	Código Civil
CC. OO.	Comisiones Obreras
CCDFT	Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores
CDFUE	Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea
CE	Constitución Española
CEDH	Convención del Consejo de Europa de Derechos Humanos
CES	Confederación Europea de Sindicatos
CEOE/CEPYME	Confederación Española de Organizaciones Empresariales/ Confederación Española de Pequeñas y Medianas Empresas
CEU	Centro de Estudios Universitarios
CEUr	Comité de Empresa Europeo
CGI	<i>Common gateway interface</i> , o interfaz de pasarela común
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial.
CSI-CSIF	Central Sindical Independiente y de Funcionarios
coord.	Coordinador
D.A.	Disposición Adicional
Doc. COM	Documento de la Comisión Europea
DOUE	Diario Oficial de la Unión Europea
ed.	Editor
ET	Estatuto de los Trabajadores
FJ /FFJJ	Fundamento (s) jurídico (s)
INE	Instituto Nacional de Estadística
LAN	<i>Local area network</i> , o red de área local
LPL	Ley de Procedimiento Laboral (antigua)

LPRL	Ley de Prevención de Riesgos Laborales
LOLS	Ley Orgánica de Libertad Sindical
LOPD	Ley Orgánica de Protección de Datos
LRJS	Ley Reguladora de la Jurisdicción Social
MTAS	Ministerio de Trabajo de Asuntos Sociales
Nº Proced.	Número de procedimiento
OIT	Organización Internacional del Trabajo
PYME (S)	Pequeña (s) y mediana (s) empresa (s)
RD	Real Decreto
RDL	Real Decreto-Ley
RD Leg.	Real Decreto Legislativo
RESPE	Red de Servicios Públicos de Empleo de la UE
RGPD	Reglamento General de Protección de Datos de la UE
RGSS	Revista General de Seguridad Social
RJ	Repertorio de Jurisprudencia
RLOPD	Real D. de Aplicación de la Ley Orgánica de Prot. de Datos
RLT	Representación legal de los trabajadores
SJS	Sentencia del Juzgado de lo Social
S. A.	Sociedad Anónima
S. A. U.	Sociedad Anónima Unipersonal
S. L.	Sociedad de Responsabilidad Limitada
S. L. L.	Sociedad Limitada Laboral
S. L. U.	Sociedad Limitada Unipersonal
SAN	Sentencia de la Audiencia Nacional
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
SJS	Sentencia del Juzgado de lo Social
STC /SSTC	Sentencia (s) del Tribunal Constitucional
STJUE/SSTJUE	Sentencia (s) del Tribunal de Justicia de la Unión Europea
STS /SSTS	Sentencia (s) del Tribunal Supremo
STSJ /SSTSJ	Sentencia (s) del Tribunal Superior de Justicia
TC	Tribunal Constitucional
TCP/IP	<i>Transmission control protocol/internet protocol</i> , control de protocolo de transmisión/ protocolo de internet
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TIC	Tecnologías de la información y comunicación
TFUE	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea

TS	Tribunal Supremo
TSJ	Tribunal Superior de Justicia
TUE	Tratado de la Unión Europea
UE	Unión Europea
U.G.T.	Unión General de Trabajadores
UNI	<i>Union network International</i> , red unión internacional
UOC	<i>Universitat Oberta de Catalunya</i>
U.S.O.	Unión Sindical Obrera
VDUs	<i>Video display units</i> , unidades de equipo de video
Vid.	Véase