

TESIS DOCTORAL

LAS NUEVAS TECNOLOGIAS DE LA INFORMACION Y
COMUNICACIÓN Y LAS RELACIONES LABORALES

Aida Llamosas Trapaga

Director: Dr. V. Fernando Manrique López

Dr. F. Javier Arrieta Idiakez

UNIVERSIDAD DE DEUSTO

ÍNDICE

ABREVIATURAS.....	9
INTRODUCCIÓN	13
CAPITULO I.- LAS NUEVAS TECNOLOGIAS DE LA INFORMACION Y DE LA COMUNICACIÓN.....	21
1.1.- Sociedad de la Información.....	21
1.2.- Las Nuevas Tecnologías de la Información y de la Comunicación	25
1.3.- Las implicaciones de las nuevas tecnologías	27
1.4.- El avance de las nuevas tecnologías en la globalización económica	30
1.5.- El Derecho del Trabajo como cauce de las nuevas tecnologías.....	36
CAPITULO II.- EL TELETRABAJO COMO FORMA DE PRESTACION DE SERVICIOS.....	43
2.1.- Una aproximación al concepto de teletrabajo.....	43
2.2.- Calificación jurídica del teletrabajo	50
2.2.1.- La dependencia en el teletrabajo	62
2.2.2.- La ajenidad en el teletrabajo.....	65
2.3.- Contrato de trabajo a domicilio.....	73
2.3.1.- Aproximación histórica	73
2.3.2.- El trabajo a domicilio en el origen del Derecho del Trabajo	75
2.3.3.- Concepto	77
2.4.- Vías de introducción del teletrabajo en la empresa.....	82
2.4.1.- Modificaciones sustanciales en el contrato de trabajo	82

ABREVIATURAS

2.4.2.- Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo	94
2.5.- Ordenación del tiempo de trabajo	101
2.5.1.- La jornada de trabajo.....	103
2.5.2.- Horario de trabajo.....	109
2.5.3.- Vacaciones	111
2.5.4.- Teledisponibilidad.....	111
2.5.5.- El trabajo nocturno	118
2.6.- La remuneración del tiempo de trabajo.....	119
2.6.1.- El salario por unidad de tiempo	121
2.6.2.- El salario por unidad de obra.....	123
2.6.3.- Las horas extraordinarias	124
2.6.4.- El complemento salarial	126
CAPITULO III.- USO POR PARTE DE LOS TRABAJADORES DE LOS MEDIOS TECNOLOGICOS DE LA EMPRESA.....	129
3.1.- Uso del correo electrónico para fines profesionales y para fines personales ...	129
3.2.- Uso del correo electrónico para fines sindicales	139
3.3.- El deber de buena fe y los derechos fundamentales en el uso del correo electrónico en la empresa	158
3.3.1.- El deber de buena fe en el uso de las nuevas tecnologías de la información y comunicación.....	158
3.3.2.- Los derechos fundamentales en el uso del correo electrónico de la empresa	160
CAPITULO IV.- PODERES DEL EMPRESARIO EN LA EMPRESA Y NUEVAS FORMAS DE CONTROL DE LA ACTIVIDAD LABORAL.....	165
4.1.- El origen de la normativa y los principios de legalidad y proporcionalidad....	180
4.1.1.- El principio de legalidad	185
4.1.2.- El principio de proporcionalidad.....	188
4.2.- Aproximación del conflicto derivado por el uso de las Nuevas Tecnologías de la Información y de la Comunicación como medio del poder de dirección y control empresarial.....	189

LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y COMUNICACIÓN Y LAS RELACIONES
LABORALES

4.2.1.- Origen del conflicto.....	189
4.2.2.- Poder de control y derechos individuales.....	193
4.3.- Nuevas formas de control mediante el uso de las Nuevas Tecnologías de la Comunicación e Información: El control de la actividad laboral mediante el uso de mecanismos audiovisuales.....	198
4.3.1.- El derecho a la intimidad del trabajador y el control audiovisual de la actividad laboral	212
4.4.- Control del ordenador del trabajador	217
4.5.- Control del correo electrónico.....	225
4.5.1.- El derecho al secreto de las telecomunicaciones en el ámbito de las relaciones laborales.....	232
4.5.2.- Control y tratamiento de los datos personales en el lugar de trabajo.....	234
4.6.- Control de la actividad laboral mediante el uso de las etiquetas de identificación por radiofrecuencia.....	252
4.7.- El control de la actividad laboral mediante el uso del Dispositivo de Posicionamiento Global.....	260
CONCLUSIONES.....	265
BIBLIOGRAFIA	269
ANEXO NORMATIVO	283
ANEXO JURISPRUDENCIA	289

ABREVIATURAS

AA.VV: Autores Varios.

AIS: Acciones e Investigaciones Sociales.

AL: Actualidad Laboral.

AS: Aranzadi Social.

ASRD: Aranzadi Social: Revista Doctrinal.

BAVD: JADO: Boletín de la Academia Vasca de Derecho. JADO.

BOE: Boletín Oficial del Estado.

C.C: Código Civil.

CES: Consejo Económico y Social.

COORD: Coordinador.

DL: Documentación Laboral.

DLRDJIF: Revista de doctrina, jurisprudencia e informaciones sociales.

DOCE: Diario Oficial de la Comunidad Europea.

DOUE: Diario Oficial de la Unión Europea.

DS: Droit Social.

ET: Estatuto de los Trabajadores.

Gazz. Uff: Gazzetta Ufficiale.

GPS: Dispositivo de Posicionamiento Global- Global Positioning System.

I+D: Investigación y desarrollo.

I+D+I: Investigación, desarrollo e innovación.

ABREVIATURAS

ILJ: Información Laboral. Jurisprudencia.

JL. RDTSS: Justicia Laboral: Revista de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

LOLS: Ley Orgánica de Libertad Sindical.

LORTAD: Ley Orgánica de Regulación del Tratamiento Automatizado de los Datos de Carácter Personal.

NTIC: Nuevas Tecnologías de la Información y Comunicación.

Num. de rec: Número de Recurso.

OCDE: Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico.

OPEP: Organización Países Exportadores de Petróleo.

PC: Pensamiento Constitucional.

P: Página.

PP: Páginas.

RADNT: Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías.

REDT: Revista Española de Derecho del Trabajo.

RFID: Etiqueta de identificación por radiofrecuencia.

RGDTSS: Revista General de Derecho del Trabajo y Seguridad Social.

RIT: Revista Internacional del trabajo.

RJ: Repertorio Jurisprudencia.

RJA: Repertorio de jurisprudencia Aranzadi.

RL: Relaciones Laborales.

RMTAS: Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.

RPS: Revista de Política Social.

RSS: Revista de Seguridad Social.

SMS: Short Message Service.

STC: Sentencia Tribunal Constitucional.

STS: Sentencia Tribunal Supremo.

STSJ: Sentencia Tribunal Superior de Justicia.

TIC: Tecnologías de la Información y Comunicación.

TRADE: Trabajadores Autónomos Económicamente Dependientes.

TRLET: Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

TS:RSSL: Tribuna Social: Revista de Seguridad Social y Laboral.

USB: Universal Serial Bus.

INTRODUCCIÓN

La tesis doctoral que se presenta a continuación hace referencia a la relación existente entre las nuevas tecnologías de la información y comunicación y el Derecho del Trabajo.

1.- Objetivo: El objetivo del presente trabajo de investigación doctoral es analizar las relaciones existentes entre las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación y el Derecho del Trabajo, realizando un especial hincapié en la figura del teletrabajo, de forma y manera que se observa su encaje en el sistema jurídico y se analizan las dificultades existentes.

2.- Justificación: La elección de este contenido responde a que a pesar de ser un tema ampliamente comentado, las vicisitudes que presenta hace que aún hoy existan ciertas dudas en torno a él. Las características propias que muestra esta materia generan que su anclaje respecto del sistema de relaciones laborales resulte en ocasiones difícil, o al menos no exento de dudas, más aun cuando el ámbito de las nuevas tecnologías de la información y comunicación resulta tan cambiante.

Resulta necesario tratar de dilucidar que ocurre con esas particularidades para de ese modo poder establecer cuál es el régimen jurídico que corresponde. Cuestión ésta que debe entenderse como fundamental, ya que de ello dependerán los derechos y las obligaciones, y las condiciones de trabajo que se generan para las partes implicadas en las relaciones laborales.

INTRODUCCIÓN

Actualmente, no parece que existan dudas de que la descentralización productiva de las empresas resulta ser un fenómeno cada vez más habitual en los mercados mundiales.

Existen una serie de factores dados en los mercados de las economías mundiales que, de modo progresivo, han producido una reestructuración de las jerarquías económicas, así como de la estructuración y organización de las mismas.

Por lo tanto, la flexibilidad del entorno se convierte en una demanda cada vez más acusada, a la vez que los factores, tanto de carácter económico como social, comienzan a verse involucrados en una sociedad cada vez más globalizada. Los mercados nacionales dejan de convertirse en compartimentos estancos para abrirse a un mercado internacional que abre la puerta a múltiples posibilidades, al mismo tiempo que obligan a una nueva redistribución de todos los recursos.

Por todo ello, es necesaria la introducción de una mayor flexibilidad en los mercados, y sobre todo en las empresas para que estas últimas puedan competir en un mercado que se torna cada vez más agresivo y competitivo. Es decir, resulta imprescindible la búsqueda de una ventaja competitiva, y en numerosas ocasiones, se recurre a la fragmentación y deslocalización del ciclo productivo.

Por otra parte, no puede olvidarse el hecho de que la descentralización productiva supone dos ideas: en primer lugar, la división de las actividades entre las empresas; y, en segundo lugar, la externalización de las mismas. A pesar de que se trata de un fenómeno de carácter económico, presenta unas consecuencias tanto económicas como jurídicas.

Al mismo tiempo, y en paralelo a lo mencionado con anterioridad, tampoco puede ignorarse que las nuevas tecnologías de la información y comunicación han resultado decisivas para la reorganización tanto de los mercados como de las nuevas estructuras y organizaciones empresariales.

Las mismas permiten que todos aquellos agentes que lo necesiten queden vinculados a tiempo real sin reparar en las distancias geográficas. La comunicación fluye sin barreras y la información no encuentra límites.

Como consecuencia de todo anterior, las empresas se ven abocadas a la incorporación de un nuevo modelo de organización, mediante el cual la configuración anterior de la empresa se ve alterada en aras a unos nuevos valores.

Y es en este contexto en el cual se debe analizar cuál es la relación existente entre la descentralización productiva y las nuevas formas de organización de la actividad laboral, y es también en éste contexto en el que se ha centrado esta tesis doctoral.

La búsqueda de una mayor eficacia y racionalidad en el funcionamiento de las empresas, con el objetivo de resultar más competitivas, hace que al mismo tiempo pueda producirse una merma de la seguridad, las garantías y los derechos que tratan de preservar las normas laborales. Es por ello que resulta necesario establecer un régimen de tutela capaz de ajustar los intereses de todas las partes implicadas.

3.- Metodología y fuentes: Para la realización del presente estudio ha resultado fundamental la lectura y el estudio de diversas obras bibliográficas, artículos doctrinales y jurisprudencia, tanto de carácter general como de cariz más específico.

En primer lugar, ha sido necesario llegar a conformar una visión global del área a estudiar, y para ello el punto de partida han sido los manuales generales sobre el Derecho del Trabajo. Obras, a través de las cuales se establece un marco genérico de las relaciones laborales.

Al mismo tiempo, ha resultado de gran importancia la recopilación de diversas obras para la creación del contexto en el que se ubica el tema que aquí se trata.

INTRODUCCIÓN

De ese modo, se ha acudido a diversas fuentes bibliográficas para establecer el nexo de unión entre el entorno económico, el creciente uso de las nuevas tecnologías y su impacto en las relaciones de carácter laboral. Para ello ha sido necesario realizar una aproximación a la llamada sociedad del conocimiento, las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación, y analizar cuál ha sido su impacto en la sociedad.

Del mismo modo, se ha confeccionado un marco general económico, abarcando los elementos y características principales de la globalización económica y sus efectos.

A través de estos elementos se ha podido generar un hilo conductor creando el marco general del objeto de investigación, una vista preliminar de la situación, estableciendo la interrelación existente entre los diversos puntos a tratar.

Partiendo de esta base se ha podido crear un esquema con los puntos más relevantes a tratar en la presente investigación doctoral, para de forma posterior entrar a ahondar en cada uno de esos elementos.

Una vez confeccionado el esquema y determinados cuales son los puntos principales del tema resulta necesario entrar a conocer cuales son las problemáticas y dificultades que se plantean entorno a dichos elementos.

Teniendo en consideración que en esta fase del proceso el tema de estudio ha dejado el plano teórico meramente genérico para empezar a adentrarse en cuestiones más concretas, es necesario comenzar con la búsqueda de datos que se adecuen a dichas características.

Por tanto, y una vez conformado un marco teórico a través de los manuales generales, debe acudir a diversas fuentes, mucho más concretas.

Resultan fundamentales todas aquellas informaciones contenidas en las obras y revistas especializadas que van dando forma y añadiendo valor a las primeras aproximaciones acerca de la materia a tratar.

Los comentarios de la doctrina, así como los artículos especializados recogen de manera más específica todas aquellas particularidades que resultan relevantes para el entendimiento del objeto de la investigación.

Asimismo, no puede dejar de obviarse la normativa existente al respecto, ya que es la misma la que establece las pautas legales, instaurando el régimen jurídico que corresponde.

También deben ser mencionados de forma especial los Convenios Colectivos.

Se trata de una fuente especialmente relevante porque los mismos vienen a recoger cual es la realidad imperante dentro del mundo de los sectores económicos y las empresas.

A través de los mismos puede observarse como se materializa de forma práctica lo establecido por la legislación, de qué manera se interpretan los preceptos, si se recoge simplemente lo establecido por las leyes, o son las propias empresas las que mejoran las condiciones.

Y es más, puede decirse que en referencia expresa a la materia que ocupa este trabajo de investigación, los Convenios Colectivos cobran más fuerza, aun si cabe, puesto que se trata de un ámbito de estudio en el que las situaciones concretas y la casuística conforman el elemento habitual.

En consecuencia, los Convenios Colectivos se adaptan a las características de cada empresa o sector ofreciendo así, una respuesta equilibrada en función de las propias necesidades.

Debe recordarse que no solo puede tomarse en consideración la legislación estatal, sino que habrá de estarse también a las directrices de carácter europeo e internacional, ya que las mismas pueden condicionar la aplicabilidad de la normativa estatal, que deberá adaptarse a lo establecido por dichos órdenes.

Tampoco cabe olvidar el valor aportado por la jurisprudencia. Una recopilación de los fallos de los Tribunales que interpretan la ley frente a los

casos concretos. La misma es un reflejo de la realidad, que aporta soluciones concretas a los problemas específicos y afianza la interpretación de los concretos contenidos en la propia jurisprudencia.

En cualquier caso, debe señalarse que las fuentes consultadas han sido ciertamente diversas y abundantes debido a las diferentes implicaciones que se contemplan a lo largo de este trabajo.

4.- Estructura: Respecto de la estructura del trabajo se contemplan cuatro grandes capítulos constituidos a su vez en diversos apartados generales, que se detallarán a continuación, y estos a su vez en diferentes subapartados.

El primero de los capítulos posee un carácter plenamente introductorio, y en el mismo tratan de establecerse las bases contextuales del tema en el que se irá profundizando más adelante.

Consta de cinco apartados en los que se contemplan el significativo avance que han sufrido las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación en todos los ámbitos de la sociedad y en especial en el ámbito económico, aportando, igualmente, algunos breves apuntes sobre la sociedad del conocimiento.

Del mismo modo, se analiza como ese impacto de las nuevas tecnologías de la información y comunicación, a su vez, deriva en una serie de consecuencias para el Derecho. En este mismo apartado podrá analizarse el cambio producido en las estructuras de las relaciones laborales y el surgimiento de nuevas formas de organización de la actividad laboral, como el teletrabajo.

El segundo de los capítulos se divide en seis apartados que van desgranando los elementos que conforman la figura del teletrabajo.

Se realiza un primer análisis de la calificación jurídica de esta nueva forma de organización de la actividad laboral, estudiando si se presentan las características propias de la relación laboral, y en caso de ser así, su inclusión en una determinada figura contractual.

Se abarcan también cuestiones tales como el horario de trabajo, las vacaciones, la remuneración, para tratar de precisar si esta nueva forma de organización de la actividad laboral supone cambios en los mismos.

También se hace referencia al contrato de trabajo a domicilio, como antesala del teletrabajo, y se señalan las posibles alteraciones que pueden producirse en el contrato de teletrabajo, básicamente las modificaciones sustanciales de las condiciones laborales.

El tercer capítulo versa sobre el uso de los medios tecnológicos de la empresa por parte de los trabajadores y queda conformado por tres apartados.

En dicho capítulo se trata la cuestión del uso del correo electrónico, abordando la problemática de su uso personal, para de forma posterior entrar a conocer las cuestiones que se suscitan respecto de este uso con fines sindicales.

A continuación se analiza cuales son y que ocurre con los derechos fundamentales que se presentan dentro de la problemática del uso del correo electrónico por parte de los trabajadores, señalando del mismo modo el principio de buena fe que debe regir también en esta concreta cuestión.

Por su parte, el capítulo cuarto se centra en los poderes del empresario y las nuevas formas de control de la actividad laboral y se divide en 7 apartados.

Se realiza un análisis acerca de las implicaciones de los poderes que ostenta el empresario, su origen, la normativa, los principios... para de forma posterior disertar sobre el conflicto que se produce entre dichos poderes y el uso de las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación en la empresa.

Por último, se abordan las nuevas formas de control de la actividad laboral.

Se analizan cuales han sido las modificaciones producidas en este campo respecto del impacto de las nuevas tecnologías de la información y de

INTRODUCCIÓN

la comunicación, así como su evolución. Se hace especial hincapié en el uso de los mecanismos audiovisuales, así como en el control del ordenador y el correo electrónico. Además, se tiene en cuenta la postura de los Tribunales en este sentido.

Por último, se entra a conocer de dos figuras concretas: el control mediante el uso de etiquetas de radiofrecuencia y el control llevado a cabo a través de los dispositivos GPS.

Como apartado final de esta investigación se incluyen las conclusiones, a través de las cuales se trata de dar una respuesta adecuada a las problemáticas que se han ido presentando a lo largo de esta investigación.

Para finalizar, se incorporan los apartados de bibliografía y los anexos, tanto normativo como jurisprudencial, abarcando de ese modo las fuentes que han sido necesarias para la elaboración de este trabajo.

CAPITULO I.- LAS NUEVAS TECNOLOGIAS DE LA INFORMACION Y DE LA COMUNICACIÓN

1.1.- Sociedad de la Información

No cabe duda alguna de la enorme repercusión que han tenido las Nuevas Tecnologías de la Información y de la Comunicación (NTIC) en la vida diaria. Extremo este que resulta fácilmente verificable si se repara en el cambio producido en las últimas cuatro décadas en las sociedades más avanzadas, y, en especial, desde que se produjo el desarrollo y expansión de Internet.

Una explosión de medios telemáticos que ha venido a remover todos los ámbitos de la sociedad produciéndose así el fenómeno que se ha venido a llamar sociedad del conocimiento.

Es en la década de los setenta cuando se empezó a hacer referencia al término de «sociedad de la información», ya que es en este momento cuando comienza a observarse que el modelo de sociedad industrial empieza a ceder el protagonismo a un modelo de sociedad distinto, un modelo que se basa en el manejo y procesamiento de la información¹.

¹ Del mismo modo se manifiestan MAS IVARS y QUESADA entendiendo que «si bien la presencia de las TICs se hizo visible en los años setenta no fue hasta aproximadamente la década de los noventa cuando se generalizaron de forma masiva a todos los ámbitos de la sociedad» (MAS IVARS, M. y QUESADA, J. *Las nuevas tecnologías y el crecimiento en España*. Bilbao: Fundación BBVA, 2005. p. 19).

Es a partir de este momento cuando se inician una serie de cambios sociales fundamentados en la importancia e imprescindibilidad de la información².

La información pasa a ser un producto, un bien de consumo, dando paso de ese modo a un nuevo modelo de sociedad en el que no sólo la propia información sino la calidad de la misma, su disponibilidad, su gestión y la rapidez en su transmisión se erigen como protagonistas indiscutibles.

A través del desarrollo de las nuevas tecnologías se constituyen unas nuevas estructuras económicas, laborales y sociales.

La particularidad de la sociedad de la información reside en que se trata de una nueva forma de organización de la sociedad y de la de propia economía. La información se erige como la base y el fundamento de una serie de profundos cambios, y la difusión de las nuevas tecnologías abre la puerta a un nuevo enfoque, una nueva forma de hacer las cosas³.

Si bien es cierto que es un concepto ampliamente difundido, no existe un consenso ni una definición concisa para determinar qué es lo que debe entenderse por sociedad del conocimiento, ya que se trata de un fenómeno que abarca multitud de elementos; aun así, se han dado a conocer algunos rasgos concretos.

² Entienden los autores MAS IVARS y QUESADA que «muy probablemente, la principal influencia de la revolución TIC, con el paso de los años, consistirá en haber hecho posible la construcción de la sociedad del conocimiento: un nuevo estadio del desarrollo en el que los sectores primario, industrial y de servicios tradicionales disminuyen su importancia a favor de un conjunto de actividades que giran alrededor de la educación y capacitación profesional, la producción científica, el desarrollo tecnológico y la innovación empresarial» (*Ibidem*).

³ Se pretende construir la sociedad del conocimiento sobre la base de la sociedad de la información. Algunos autores señalan que «la construcción de la sociedad del conocimiento representa un paso más: una nueva etapa de desarrollo de las sociedades avanzadas en la que las actividades de producción, difusión y aplicación de la Investigación, el Desarrollo y la innovación (I+D+I) cobran un peso creciente en los diferentes sectores de la economía. En esta pasa a ser más elevado y de importancia creciente el contenido científico, tecnológico e innovador de los bienes y servicios que se producen en su seno. No consiste solo en la aparición de un nuevo subsector de la economía (subsector conocimiento), sino que más bien representa un cambio estructural y un crecimiento asimétrico de la composición productiva de una economía. Como resultado de esta nueva etapa de desarrollo de las sociedades avanzadas no sólo aparecen nuevos sectores en el entorno de las actividades científico-técnicas, sino que se intensifica también el contenido tecnológico del resto de actividades económicas» (MAS IVARS, M. y QUESADA, J. *Op. Cit.* p. 22).

Así, y a modo de ejemplo, puede mencionarse la definición dada por el Real Decreto 1289/1999 de 23 de julio, por el que se crea la Comisión Interministerial de la Sociedad de la Información y de las Nuevas Tecnologías⁴: «La idea de sociedad de la información engloba un conjunto de actividades industriales y económicas, comportamientos sociales, actitudes individuales y formas de organización política y administrativa, de importancia creciente en las naciones situadas en la vanguardia económica y cultural, a lo que no pueden sustraerse los poderes públicos» (Exposición de Motivos).

Se trata de un fenómeno que parece orientado a ofrecer un servicio a la sociedad en todas sus dimensiones y a través del uso de los canales telemáticos. Una idea que viene corroborada por la definición aportada por la Directiva 98/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de julio de 1998⁵, que modifica la Directiva 98/34/CE por la que se establece un procedimiento de información en materia de las normas y reglamentaciones técnicas, cuando menciona que «por servicio de la sociedad de la información se entiende todo servicio prestado normalmente a cambio de una remuneración, a distancia, por vía electrónica y a petición individual de un destinatario de servicios» (artículo 1).

Los servicios que la sociedad de la información pretende cubrir o abarcar se concentran en una amplísima variedad de actividades económicas, sociales y culturales a nivel mundial. Pero si hay alguna característica que destaca sobre las demás esa es la de la transmisión de las diversas informaciones a través de los canales informáticos, ya que la sociedad de la información, como su propio nombre indica, se fundamenta en el imparable movimiento de la información⁶.

⁴ BOE de 27 de julio de 1999, núm. 178.

⁵ DOUE de 5 de agosto de 1998, núm. L 217.

⁶ Efectivamente es una idea global basada en el uso intenso de las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación, y así lo ha manifestado DEL PESO NAVARRO cuando subraya que «es importante tener una visión de la sociedad de la información y de la economía interrelacionadas a nivel mundial, fruto de la globalización, donde las Tecnologías de la Información y de las Comunicaciones desempeñen un papel decisivo en la transformación en todos sus supuestos» (DEL PESO NAVARRO, E. *Servicios de la Sociedad de la Información. Comercio Electrónico y Protección de Datos*. Madrid: Editorial Díaz de Santos, 2003. p. 8).

Indudablemente la sociedad de la información es un concepto que aúna dos elementos candentes: la globalización y el uso intensivo de las nuevas tecnologías. Pero ¿qué rasgos son los que caracterizan este fenómeno?

1.- El volumen de información manejable y la diversidad de los datos que se mueven a través del mundo de la sociedad de la información. Se trata de un volumen de información que no ha sido conocido hasta ahora pudiendo acceder a cualquier tipo de información sin dificultad, ya que existen datos acerca de cualquier acontecimiento, noticia, novedad... la información ha sido recopilada y organizada de tal forma que cualquier persona puede acceder a la misma desde cualquier lugar del mundo y en cualquier momento.

2.- Omnipresencia. Las nuevas tecnologías, los instrumentos de información y todos sus contenidos forman parte de la vida diría. Todos los medios de comunicación se han convertido en el nuevo espacio por excelencia para el desarrollo de las relaciones interpersonales, facilitando el intercambio de ideas o informaciones⁷.

3.- La total ausencia de barreras. La sociedad de la información ha supuesto la desaparición de cualquier impedimento para la transmisión de los datos. Las distancias geográficas se acortan y los tiempos se difuminan, se mantienen conversaciones a tiempo real desde cualquier punto del mundo, los documentos se envían y reciben sin esperas...

4.- Velocidad. Salvo en aquellos casos en los que se produzca un fallo de carácter técnico las comunicaciones son instantáneas, y en muchos casos, además gratuitas. Los envíos

⁷ En palabras de MAS IVARS Y QUESADA «no cabe duda alguna de que la aparición de las TICs en un primer momento supuso una ventaja dadas sus múltiples ventajas, pero a lo largo del tiempo han pasado de convertirse en una herramienta conveniente en una herramienta completamente indispensable en todos los ámbitos de las actividades profesionales e incluso en el ámbito privado» (MAS IVARS, M. y QUESADA, J. *Op. Cit.* p. 20).

de información y la recepción de la misma se realizan al momento.

5.- Interactuación. En el caso de las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación las personas no son simples consumidores, sino que se consideran y pueden actuar como parte activa en la relación de comunicación, a diferencia de lo que ocurre con otros medios de difusión.

6.- Heterogeneidad. El tipo de información que se trasmite no versa sobre una materia concreta, puede ser de cualquier tipo puesto que es el reflejo de muy diversas realidades, culturas, pensamientos...

En síntesis, puede decirse que la sociedad de la información es una nueva forma de organización de la economía y de la sociedad que se fundamenta en dos premisas esenciales, que a su vez se encuentran totalmente interrelacionadas: la globalización y el uso intensivo de las nuevas tecnologías de la información y comunicación.

Por ello, resulta necesario en primer lugar tratar de ahondar en el concepto de las nuevas tecnologías, saber que son, que suponen y analizar cual es la relación que las mismas mantienen con el proceso de globalización.

1.2.- Las Nuevas Tecnologías de la Información y de la Comunicación

Las telecomunicaciones han traído consigo una notable transformación en el ámbito social. Así la información se ha convertido en un elemento clave, y, por ello, las nuevas tecnologías de la información y comunicación han experimentado una expansión sin precedentes.

Es comúnmente aceptado que el profundo desarrollo y avance tecnológico originado en la segunda mitad del siglo XX constituye la base del cambio que se está produciendo en la sociedad.

El imparable desarrollo producido dentro del mundo de las nuevas tecnologías ha suscitado un interés desmesurado por conocer este mundo. El nivel de los flujos de informaciones no parece conocer fronteras y las comunicaciones entre las personas no conocen de impedimentos, pero al mismo tiempo son muchos y muy complejos los retos que se plantean en torno a esta nueva forma de entender las relaciones.

No cabe duda de que a día de hoy las nuevas tecnologías se han convertido en una herramienta imprescindible en todos los niveles de la sociedad, facilitando la comunicación entre los diversos entes y el flujo de informaciones.

Pero toda situación de carácter novedoso suele requerir de una cierta regulación, por lo que el acercamiento de las nuevas tecnologías al mundo del Derecho no resulta en absoluto casual, ya que las implicaciones que las mismas tienen son muy numerosas y de gran trascendencia.

Pero antes de entrar a conocer las implicaciones que se suceden entorno a estas nuevas tecnologías de la información y de la comunicación, resulta interesante saber que son realmente, ¿qué implican?

Son diversos los términos que se utilizan para hacer referencia a este nuevo fenómeno: «tecnologías de la información y de la comunicación», «nuevas tecnologías de la información» o simplemente «las nuevas tecnologías».

Todo ello para hacer referencia a un conjunto de instrumentos que se han ido desarrollando a través de las últimas décadas para facilitar la transmisión de informaciones y la comunicación.

Efectivamente, el creciente desarrollo de internet ha hecho que la información que antes se encontraba de forma más concentrada, a día de hoy se expanda de una forma rápida y sin barrera alguna. Al mismo tiempo, ha supuesto una agilización para la comunicación entre las personas, y, cómo no, para dinamizar el mundo de los negocios.

Desde este punto de vista se trata de un concepto verdaderamente amplio, por lo que dentro del mismo caben diversos instrumentos⁸.

1.3.- Las implicaciones de las nuevas tecnologías

Dada la amplia perspectiva desde la cual se debe contemplar el concepto de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación, y sobre todo su extensa generalización en todos los lugares y ámbitos de la sociedad, resulta evidente que las implicaciones de las mismas son bastante profundas⁹.

⁸ Así lo considera también DIAZ REVORIO cuando menciona que considera «como tecnologías de la información y de la comunicación o nuevas tecnologías, y entre otros instrumentos de transmisión y recepción de comunicaciones e informaciones, la telefonía fija, el móvil, la radio y la televisión, el GPS (*Global Positioning System*), la informática y los ordenadores, el fax, la videoconferencia, los SMS (*Short Message Service*) y otros servicios de mensajería, el correo electrónico, el chat o mensajería instantánea, y ocupando un indiscutible protagonismo, Internet, que incluye hoy buena parte de las anteriores prestaciones» (DIAZ REVORIO, F.J. *Tecnologías de la información y la comunicación y nuevas dimensiones de los derechos fundamentales*. En *Pensamiento Constitucional* Año XIV, 2009, núm.14. pp. 3-4).

⁹ Consideran MAS IVARS y QUESADA que «efectivamente son numerosos los impactos producidos por las TIC, pero de forma genérica pueden destacarse tres como los más representativos: la contribución realizada al proceso de globalización, la desintegración vertical de los procesos productivos y los cambios organizativos producidos dentro de las propias empresas. En primer lugar, puede decirse que el fenómeno de la globalización no hubiera sido posible de no haberse tenido en consideración todas aquellas herramientas que proporcionan las TIC, y es que no se trata solo de abaratar los medios de transporte, para que de ese modo pudiese entenderse como competitiva la producción llevada a cabo lejos de los lugares de consumo.

En segundo lugar, a través de las TIC se ha posibilitado la desintegración vertical de los procesos productivos en numerosos sectores, tanto industriales como de servicios. De ese modo se ha permitido ganar una mayor eficiencia a partir de una mayor especialización en los procesos de producción de las empresas.

Con la presencia de TIC la gestión del proceso productivo puede coordinarse entre las principales empresas proveedoras de componentes y permite acortar los tiempos de respuesta a las variaciones de la demanda, con el consiguiente ahorro en la gestión de existencias y la mejora significativa en la calidad del servicio que se ofrece» (MAS IVARS, M. y QUESADA, J. *Op. Cit.* p. 33).

Al respecto de los numerosos cambios producidos por las TIC mencionan MAS IVARS y QUESADA que efectivamente «era preciso contar con sistemas expertos de generación y manejo de información, de relación con proveedores y clientes, de transmisión internacional de activos financieros, o de gestión de medios de pago. Por importante que puedan parecer otros

Pero, dada la connotación propiamente jurídica, puede entenderse que existen dos características que destacan sobremanera dentro de las múltiples ventajas que pueden citarse.

En primer lugar, cabe destacar el aumento de la productividad. Y es que no puede obviarse el hecho de que las NTIC influyen, de manera totalmente directa y decisiva, en el aumento de la productividad en el trabajo.

A día de hoy no cabe duda alguna de que dentro de las numerosas ventajas presentadas por las TIC, destaca especialmente la rapidez de las mismas, ya que cualquier tipo de información puede transmitirse desde cualquier parte del mundo en un espacio de tiempo muy escaso.

Naturalmente, se trata de una ventaja que repercute de forma positiva en el ámbito laboral, desde el punto de vista de que se puede producir más en menos tiempo.

La informática tiene como objetivo mejorar el uso y difusión de la información, y en la medida en que la información se está convirtiendo en un factor absolutamente clave en los procesos productivos, ello supone que se trate de una cuestión totalmente decisiva¹⁰.

La presencia de las NTIC ha supuesto un cambio en los procesos productivos debido a las innovaciones que ha aportado al mundo laboral, pero de forma especial ha supuesto un cambio respecto de las formas de organización y control de las actividades profesionales.

De forma breve puede decirse que las nuevas tecnologías han supuesto, a su vez, una nueva forma de trabajar, alterando de ese modo los

efectos de la revolución TIC, hacer posible la globalización económica constituye el principal exponente de su importancia» (MAS IVARS, M. y QUESADA, J. *Op. Cit.* p. 32).

¹⁰ Tal y como indica el autor LÓPEZ PEÑA «la informática tiene como finalidad la de permitir y mejorar la obtención, almacenamiento, recuperación, explotación uso y difusión de la información» [LÓPEZ PEÑA, A. *Innovación tecnológica y cualificación (La polarización de las cualificaciones en la empresa)*. Madrid: Editorial CES, 1996. pp. 32-33].

espacios tradicionales que se conocían hasta el momento, por lo que supone un cambio ciertamente sustancial¹¹.

Se trata de una cuestión que no resulta en absoluto fácil de considerar, porque supone enfrentarse a los modelos tradicionales que se recogen en las estructuras jurídicas, pues altera la dinámica contractual que se ha seguido hasta el momento.

Efectivamente, el objetivo es el de analizar cuál es el verdadero impacto de estas nuevas tecnologías en el ámbito jurídico, y, en especial, en el mundo de las relaciones de carácter laboral.

Resulta inevitable que se produzcan reticencias a los profundos cambios que se están produciendo, pero ello no es óbice para la búsqueda de un equilibrio entre las demandas productivas y los cambios o la adaptación en la regulación jurídica.

Si bien es cierto que existen ciertos ámbitos que resultan más controvertidos, en lo que al alcance que presentan las nuevas tecnologías dentro del mundo jurídico se refiere, son cuatro los ámbitos que resultan tratados de forma más frecuente:

- a) El ejercicio de los poderes de vigilancia y control de la actividad laboral, haciendo uso de las nuevas tecnologías de la información y comunicación.
- b) Los riesgos asimilados al uso de las nuevas tecnologías en el trabajo.
- c) El uso por parte de la representación sindical de los medios tecnológicos de la empresa.

¹¹ A este respecto se pronuncia LÓPEZ PEÑA al afirmar que «puesto que cambia la manera de trabajar es necesario reflexionar acerca de las exigencias de transformación que se derivan de las NTIC respecto de las circunstancias esenciales de la prestación del trabajo relativas el tiempo, al lugar, al medio físico, y a la retribución; de los nuevos requerimientos que generan en el terreno de las cualificaciones profesionales; de los cambios en las relaciones internas dentro de la empresa; como, en fin, de las nuevas formas de ejercicio de los poderes empresariales» (*Ibidem*).

d) Las nuevas formas de organización de la actividad laboral.

Obviamente, el impacto de las nuevas tecnologías va a resultar desigual en las diferentes organizaciones. Mientras que en algunas de ellas la introducción de las NTIC no supondrá un cambio excesivamente grande, en otras va a suponer una autentica revolución.

La introducción de las nuevas tecnologías ha supuesto un cambio en las organizaciones de trabajo, reclamando una mayor flexibilidad y capacidad de adaptación, así como una conexión directa entre todos los eslabones del proceso de producción, con lo que se facilita la proliferación de fenómenos tales como la externalización o la descentralización productiva.

1.4.- El avance de las nuevas tecnologías en la globalización económica

A día de hoy no parecen existir barreras para superar las fronteras nacionales en lo que se refiere a la prestación de servicios.

Efectivamente, el creciente desarrollo de las nuevas tecnologías produce intensos efectos en la actividad económica, en la organización productiva y en las condiciones de vida de la sociedad en general.

Las innovaciones derivadas de las nuevas tecnologías de la información, posibilitan, asimismo, la introducción de mayores grados de flexibilidad en las estructuras organizativas y en el funcionamiento de las empresas.

En el mismo sentido, el crecimiento de las redes informáticas hace posible la interacción de los distintos espacios geográficos, propiciando de ese modo las relaciones a nivel global. La interacción entre países y sectores se estrecha de tal modo que los acontecimientos sociales, políticos o económicos tienen repercusión de forma mundial independientemente de donde se produzcan.

La visión de la realidad traspasa la esfera de los países y las comunidades para encontrarse con un modelo de globalización.

La globalización es un proceso tecnológico, económico, cultural y social consistente en una creciente interdependencia entre los diferentes Estados del mundo, Estados que a través de este proceso ven como sus mercados y sociedades son cada vez más uniformes.

Por ello, se entiende como un proceso que suprime las fronteras, contextualizándose en una visión internacional.

Más concretamente, puede decirse que la globalización es un conjunto de varias proposiciones, que fundamentalmente pueden agruparse en dos vertientes: los sistemas de información y comunicación mundiales, y la total apertura de las condiciones económicas¹².

No cabe duda de que ambas vertientes mantienen una relación estrecha, ya que la internacionalización del capital ha alcanzado su máxima expansión gracias al aporte de las nuevas tecnologías¹³.

¹² La explicación a este fenómeno viene dada por «el rápido desarrollo de las TIC, [que] junto a la reducción en los costes internacionales del transporte, ha permitido el fenómeno conocido como *globalización*: una integración internacional de todo tipo de mercados que ha modificado el entorno tradicional de competencia de las empresas así como el ámbito de elección de los consumidores. Tan solo por haber hecho posible el proceso de globalización de la economía del planeta, que ha modificado las posibilidades de desarrollo de muchos países, la implantación de las TIC podría considerarse una de las más importantes y rápidas revoluciones tecnológicas de la historia» (MAS IVARS, M. y QUESADA, J. *Op. Cit.* p. 20).

¹³ No cabe duda del enorme impacto que han producido las TIC a todos los niveles. Sin embargo, también es necesario mencionar que dicha repercusión no ha afectado a todos los países y sectores de la misma forma, ya que no todos parten con las mismas condiciones económicas y coyunturales, por lo que no puede hablarse de un efecto genérico e igualitario a todos los niveles.

Sobre esta cuestión también se pronuncian MAS IVARS y QUESADA cuando dicen que «nadie discute que las TIC han afectado de forma muy significativa a todas las economías del planeta, ni tampoco que lo hayan hecho de forma muy distinta, en función de las condiciones particulares de los distintos países. Su distinto grado de desarrollo económico - determinante de la formación y capacidad de sus empresas y trabajadores - y de especialización productiva, junto a la diferente intensidad del proceso de introducción de TIC, constituyen elementos diferenciadores que explican la gran variedad de casos observada» (MAS IVARS, M. y QUESADA, J. *Op. Cit.* p. 21).

«El desarrollo del sector productor TIC ha sido irregular en los distintos países. Si bien, en sus primeros inicios, la ubicación de la industria informática y de las telecomunicaciones se concentraba en los países más avanzados, con el tiempo la fabricación de multitud de

Se tiende a generar un marco en el que se hace presente, de forma cada vez más evidente, una mayor intercomunicación en las transacciones mundiales.

La estructura del sistema económico mundial se ha ido redefiniendo, y esa transformación se entiende como un elemento clave para los cambios producidos en el ámbito social, tanto en el nivel internacional, como en el entorno nacional y regional.

Al hablar de globalización debe hacerse hincapié en la difusión de una serie de técnicas, de procedimientos, de logísticas que son potencialmente aprovechables a escala mundial.

Se trata de un fenómeno sumamente complejo, más aun si se atiende a la magnitud del mismo, al implicar la interacción de una serie de dinámicas ciertamente complejas.

Numerosos autores han tratado de enmarcar este fenómeno dentro de una definición cerrada¹⁴. No en vano, es un tema que ha sido tratado desde múltiples perspectivas (económicas, sociales, filosóficas...), pudiéndose diferenciar dos grandes vertientes: la vertiente económica y la vertiente social.

componentes e incluso el montaje se ha situado y concentrado en nuevos países emergentes (a través de la subcontratación), capaces de fabricar, bajo costes muy competitivos a precios que compensan los costes de transporte. Los países desarrollados mantienen, sin embargo, las fases del proceso que contienen mayor valor añadido y que se vinculan a la nueva sociedad del conocimiento como son la I+D, la innovación tecnológica, el diseño y el desarrollo del producto» (MAS IVARS, M. y QUESADA, J. *Op. Cit.* p. 34).

«Un hecho observado en los países de la OCDE es que el impacto de las TIC no es independiente del entorno económico en el que operan. Circunstancias como el grado de apertura de la economía y competitividad de las industrias, la capacidad de asumir y gestionar el riesgo y la incertidumbre, los costes de quiebra o la naturaleza de la especialización productiva, constituyen elementos decisivos a la hora de explicar el diferente impacto de las TIC» (MAS IVARS, M. y QUESADA, J. *Op. Cit.* p. 37).

¹⁴ La propia Real Academia Española de la Lengua presenta una definición de este fenómeno, definiendo la globalización como «la tendencia de los mercados y de las empresas a extenderse, alcanzando una dimensión mundial que sobrepasa las fronteras nacionales» (Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española. 22^o Edición. Año 2011).

No obstante, debe señalarse que se trata de una concepción meramente económica, y en lo que a la situación actual se refiere resulta ciertamente escasa, ya que la globalización ha superado la dimensión económica. En consecuencia, por lo que el concepto debe acuñarse desde una perspectiva mucho más amplia.

La primera de ellas entiende el proceso de globalización como un proceso meramente mercantilista, mientras que la segunda entiende que se trata de la cada vez mayor interconexión de las relaciones sociales.

El planteamiento economicista interpreta que la interdependencia económica mundial es la causa de la globalización, es decir, entiende que el origen de este proceso se encuentra en el mercado de bienes, servicios y capitales, así como en las nuevas tecnologías, que son las que posibilitan las vías de comunicación necesarias para los movimientos de los mercados.

La justificación de la visión social puede encontrarse en la definición de GIDDENS, al entender este autor la globalización como «la intensificación de las relaciones sociales en todo el mundo por las que se enlazan lugares lejanos, de tal manera que los acontecimientos locales están configurados por acontecimientos que ocurren a muchos kilómetros de distancia o viceversa»¹⁵.

Pero las discrepancias en torno a la globalización no se ciñen únicamente a la definición, sino que su contextualización en el tiempo también suscita dudas o diferentes puntos de vista.

El primero de esos puntos de vista señala que la globalización comenzó a gestarse a principios del siglo XVI, al darse la convergencia de diversos factores, tanto económicos como políticos-culturales.

Desde un punto de vista económico, con el capitalismo, se produce una transformación en los factores de consumo y producción, y en la distribución de los bienes y servicios.

Al mismo tiempo, nació un incipiente sistema financiero que propició cambios en la vida económica, y, por ende, en la vida social. A ello se sumaron los procesos de colonización de la época, surgiendo así una interacción entre este nuevo sistema económico y el poder de los países.

¹⁵ GIDDENS, A. *Consecuencias de la modernidad*. Madrid: Alianza Editorial, 1994, p. 68.

Se entiende que este nuevo sistema económico fue avanzando desde un proceso con un carácter meramente mercantilista, a un proceso en el que la economía se erigió como un sistema de carácter mundial.

Ahora bien, puede entenderse que el origen se encuentra en el periodo inmediatamente posterior a la finalización de la II Guerra Mundial. Es decir, que el proceso de globalización es el fruto de dos acontecimientos previos:

- a) El inicio de las navegaciones transoceánicas tras la apertura del comercio hacia los mercados de América Latina y Oriente.
- b) El nacimiento de los organismos internacionales.

Igualmente, el surgimiento de la globalización también puede situarse en los años setenta del siglo XX, ya que se entiende que es entonces cuando se producen cambios significativos en los movimientos de internacionalización.

No se trata de pretender negar los antecedentes, ni los pasos dados en el pasado, si bien se entiende que se trata de un fenómeno que debe atribuirse a la actualidad.

Se considera que la globalización se produjo en la década de los setenta, y más concretamente al gestarse la denominada crisis del petróleo. La reducción de la exportación por parte de la OPEP, el incremento de los precios y la crisis en el modelo del Estado de Bienestar resultaron ser factores clave para una transformación, a nivel mundial, en el sistema económico y social.

Ante tal situación, surgió un debate acerca del modelo económico que imperaba en los mercados, se discutía la conveniencia de modificar dicho modelo por las tesis del neoliberalismo, para que de ese modo fuera el propio sistema económico el que fuera adaptándose y respondiendo a las necesidades, es decir, se trataba de dar libertad a la propia dinámica económica.

No cabe duda de que la crisis que aconteció al mundo en los años setenta puso de manifiesto la interdependencia existente entre los países del mundo, entre los desarrollados y no desarrollados.

La sensibilidad de los precios puso en total evidencia que los Estados de todo el mundo, y sus economías, no se encuentran aisladas, sino que se integran en un sistema económico global.

La interdependencia económica entre los países era tal que aquellos factores que afectaban al sistema de un Estado repercutían en el conjunto del resto de Estados. En definitiva, la crisis, que en un principio solo parecía influir en las economías de unos Estados concretos, acabó convirtiéndose en una crisis de carácter mundial que afectaba a todos los mercados.

Y es que, como se ha indicado, si por algo se caracteriza la globalización económica es por la interdependencia.

Al mismo tiempo se entiende que durante la década de los setenta se gestó lo que se conoce como la Tercera Revolución Industrial. En concreto, la especialización en los procesos de producción, el hallazgo de las energías renovables, el constante desarrollo de las nuevas tecnologías ha hecho que los valores y los hábitos de la población varíen, homogeneizándolos.

Y aunque no exista unanimidad en torno al inicio de este fenómeno, los autores tampoco parece que converjan en las causas del mismo. Aun así, son tres las más citadas¹⁶:

- a) la rapidez de la apertura económica y de los intercambios tanto de mercancías y servicios como de inversiones.
- b) la total liberalización de los mercados de capitales.
- c) el papel de las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación.

No cabe duda alguna de que las nuevas tecnologías facilitan la circulación de las informaciones entre los diferentes países y mercados del

¹⁶ ESTEFANIA, J. El fenómeno de la globalización. En AA.VV. *Diez palabras clave sobre globalización*. Editorial Verbo Divino, Navarra, 2002, p. 38.

mundo, dando de esta forma origen a la denominada «sociedad de la información»¹⁷.

La globalización de las nuevas tecnologías ha supuesto una corriente de influencias dentro de diversos ámbitos de la sociedad, como las relaciones humanas, las económicas¹⁸, y, por supuesto, dentro del Derecho del Trabajo, al encargarse este de mantener el equilibrio entre ambas.

1.5.- El Derecho del Trabajo como cauce de las nuevas tecnologías

A pesar de que el avance de las nuevas tecnologías ha sido tratado como un fenómeno principalmente de carácter económico no puede obviarse que existen otros ámbitos que también se han visto afectados. Así ocurre en el caso del Derecho del Trabajo.

En un primer momento se van a ver afectadas la relación individual de trabajo y las condiciones en las que el empleado presta sus servicios. Del mismo modo, también se verán afectadas las relaciones colectivas.

La discusión acerca de la interacción entre las relaciones laborales y las nuevas tecnologías no surge en la actualidad, sino que se trata de un debate con una amplia tradición.

Los cambios son numerosos, y los efectos producidos resultan sustanciales, ya que a través del tiempo se constata cada vez más la

¹⁷ En este sentido se pronuncian SANTOS ORTEGA Y POVEDA ROSA cuando afirman que «el microprocesador, los nuevos materiales semiconductores y el desarrollo de las tecnologías de la comunicación incrementan enormemente la capacidad de procesar y transmitir la información... las llamadas autopistas de la información, la fibra óptica, la telemática y los satélites hacen cambiar el rostro del comercio, abren nuevos sectores y multiplican la presencia de la información en todos los ámbitos» (SANTOS ORTEGA, A. y POVEDA ROSA, M. *Trabajo, empleo y cambio social*. Valencia: Editorial Tirant Lo Blanch, 2001, p. 39).

¹⁸ El uso de las nuevas tecnologías supone la reducción de costes, posibilita la dispersión geográfica y el continuo suministro de información, por lo que se permite realizar el trabajo fuera de los lugares y horarios considerados como tradicionales.

centralización del capital y la descentralización productiva, lo que a su vez se traduce en una internacionalización de los procesos productivos¹⁹.

Resulta obvio que este cambio en la esfera productiva tiene su reflejo en el funcionamiento del mercado económico, y por consiguiente, en las propias relaciones laborales, ya que el cada vez mayor desarrollo de las nuevas tecnologías hace que aumenten las posibilidades de introducir mayores grados de flexibilidad en el funcionamiento de la empresa.

Así, el surgimiento de nuevas formas organizativas dentro de las estructuras de la empresa ha fomentado una progresiva descentralización productiva, lo que a su vez se traduce en una rebaja del tamaño de las empresas, y en consecuencia, del volumen de empleo de las mismas, para de ese modo poder acomodarse a las nuevas exigencias de productividad y competitividad.

La descentralización productiva es un fenómeno de carácter económico que si bien no es nuevo, ha adquirido una mayor relevancia en los últimos años²⁰.

Este fenómeno afecta de manera directa al Derecho del Trabajo, y supone un reto para el mismo, ya que se diluye la figura típica de empresa y trabajador, que siempre ha sido considerada como un modelo de referencia en la relación laboral.

¹⁹ Respecto de esta concreta cuestión cabe mencionar que «un fenómeno particularmente importante es la organización transnacional de la producción, que combina una centralización cada vez mayor del capital con un fuerte proceso de desconcentración productiva. El resultado de ambos procesos es que el conjunto del proceso productivo en las empresas transnacionales tiene un diseño internacional...» (AA.VV. *Las relaciones y la innovación tecnológica en España*. Madrid: Editorial Catarata, 2005, p. 48).

²⁰ Tal y como indica RIVERO LAMAS «a partir de la década de 1980, un conjunto de factores-ya presentes a mediados de la década anterior-impulsaron una profunda reestructuración económica que trascendería, entre otros ámbitos, a las estrategias de organización de las empresas. El objetivo subyacente a estos nuevos cambios fue hacer frente a la incertidumbre causada por unas rápidas mutaciones en el entorno económico, institucional y tecnológico de las empresas, para lo que era preciso introducir más flexibilidad en la producción, gestión y comercialización» (RIVERO LAMAS, J. *La descentralización productiva y las nuevas formas organizativas del trabajo*. En AA.VV. *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo*. X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2000, pp. 21–22).

De un tiempo a esta parte el modelo de empleo tradicional se ha visto afectado; ese modelo, que incluye un trabajo de carácter subordinado en una empresa totalmente jerárquica, en la que todos los empleados desarrollan la actividad que les corresponde en un mismo espacio, y siempre bajo la dirección del empresario.

Sin embargo, este modelo típico ha ido diluyéndose, y muchas de sus características, tales como la rigidez o la estricta organización, vienen a ser revisadas frente a las nuevas formas de entender los modelos de producción.

En consecuencia, estas nuevas pautas referidas al empleo y a la organización empresarial están consiguiendo que la figura de trabajo dependiente adquiera una nueva, o al menos distinta, configuración.

Uno de los cambios más llamativos dentro de la organización del trabajo es la externalización o «*outsourcing*», es decir, el proceso de externalizar la producción, las funciones, las actividades etc.²¹.

La descentralización productiva se manifiesta como un fenómeno cada vez más común y generalizado que no sólo supone una serie de consecuencias de naturaleza económica, sino también de carácter jurídico.

Parece obvio el hecho de que la descentralización queda respaldada por el principio de libertad de empresa contemplado en el artículo 38 de la Constitución, ya que en el mismo se reconoce la libertad de empresa dentro de una economía de mercado.

²¹ Según RODRIGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER «una de las transformaciones más significativas de la organización del trabajo se refiere a la llamada “outsourcing revolution” o sea la diversidad de fenómenos de externalización hacia otras empresas o profesionales autónomos de funciones o de actividades del ciclo productivo tradicional, cediendo con ello la asunción y gestión de sectores del proceso productivo propio y, sobre todo, la responsabilidad y los riesgos consiguientes. Todo ello se debe a nuevas estrategias empresariales que modifican tanto la forma de organizar la actividad empresarial y la forma de producir, como la forma de obtener, por así decirlo, “energía” laboral, con la consiguiente revisión de las estructuras y de las dimensiones de las empresas. Todo ello está llevado a una reducción drástica de las dimensiones medias de las empresas (“downsizing”) facilitada también a través de la escisión de sociedades» (RODRIGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M. *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo. X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2000, p. 14).

Por consiguiente, se entiende que esa reconocida libertad no queda limitada al momento de constitución de las empresas, sino que se prolonga hacia la instauración de los objetivos de la propia empresa y la construcción de una estructura organizativa, que sea capaz de dotar a la empresa de la configuración necesaria para competir en un mercado libre.

Al mismo tiempo, es necesario tener en cuenta que en el ordenamiento jurídico español no se contempla ninguna restricción o prohibición que impida al empresario recurrir a la contratación de carácter externo, si es que éste así lo estima oportuno para el mantenimiento de su actividad económica o empresarial.

Así se reconoce en el artículo 42.1 del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (TRLET)²², que al mencionar expresamente la contratación, o subcontratación, para la realización de labores relacionadas con la propia actividad empresarial, confirma la idea de la licitud de la descentralización productiva.

Ahora bien, ello no quiere decir que no sea necesario el establecimiento de una serie de controles que velen por los derechos de los trabajadores, para que estos no sean vulnerados a través del fenómeno de la descentralización.

Ciertamente, no puede ignorarse el hecho de que la descentralización productiva puede resultar un arma de doble filo, ya que puede ser entendido como un procedimiento para adaptar la estructura empresarial a las exigencias del entorno, pero también como un recurso alternativo a las reducciones de la plantilla.

Y mientras las funciones productivas se descentralizan, con el capital está ocurriendo a la inversa, pues el mismo se encuentra inmerso en un proceso de concentración a nivel estatal, e internacional, a través de las

²² BOE de 29 de marzo de 1995, núm. 75.

grandes fusiones, absorciones y la creciente multinacionalización de las empresas.

Por ello, tanto el concepto de trabajador-empresario, como el concepto de la empresa se tornan decisivos para la determinación del ámbito de aplicación de una regulación, y quizás sea especialmente sensible el momento de la atribución de deberes y responsabilidades.

Por tanto, no cabe duda de que las relaciones laborales están siendo afectadas por la implementación de las nuevas tecnologías y los cambios en los procesos de producción. Ante ello, el Derecho del Trabajo ha de afrontar esos cambios buscando un equilibrio, en la tesitura de tener que conjugar la realidad económica y social de los trabajadores estableciendo un sistema de garantías que resulte armónico con el desarrollo de los parámetros de competitividad a los que se ven sometidas las empresas en el mercado²³ armónico con el desarrollo de los parámetros de competitividad a los que se ven sometidas las empresas en el mercado.

Entre los cambios acontecidos pueden reseñarse:

- La descentralización productiva ha supuesto la creación de dos grupos de trabajadores. Mientras que el primero de ellos lo constituye el grueso de trabajadores que se encuentran ligados a la empresa a través de un contrato de trabajo, el segundo es el formado por aquellos trabajadores que vinculándose con determinadas empresas prestan sus servicios para otras.

Este hecho ha supuesto el incremento del trabajo autónomo, quedando vinculado el trabajador a la correspondiente empresa mediante un contrato civil o mercantil. Incluso cabe la posibilidad de articular el trabajo autónomo a través de contratos administrativos, cuando el cliente es una Administración. Esta

²³ En este sentido RODRIGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, afirma que «el Derecho del Trabajo, sin renunciar a la tutela económica y jurídica del trabajo, al ser un instrumento indispensable para la realización de los valores y derechos propios del Estado social y democrático de Derecho, también debe tener en cuenta las exigencias de las empresas y de los mercados» (RODRIGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M. *Op. Cit.* p. 16).

situación propicia el hecho de que la frontera entre el trabajo autónomo y el trabajo dependiente se diluya en cierta forma, conformando una verdadera zona gris.

- El hecho de que la empresa sufra una reestructuración organizativa, a través de la descentralización, supone una alteración en las facultades que le son propias al empresario respecto de las relaciones laborales.

La aparición de las figuras de múltiples empleadores hace que la imagen clásica del empresario resulte más difuminada, ya que las notas que lo caracterizan parecen flexibilizarse ante la escisión de facultades y poderes que se produce.

Este hecho puede acarrear numerosos problemas en referencia a la ejecución de los poderes de dirección, organizativos y disciplinarios, puesto que resulta necesario determinar en todo momento y con la mayor precisión posible las responsabilidades que se le imputan a cada empleador.

La descentralización productiva ha contribuido al aumento del trabajo autónomo y a una nueva forma de prestación de la actividad como es el teletrabajo. Se entiende que los trabajadores ganan independencia y poseen una mayor autonomía en la realización de su trabajo.

En suma, puede entenderse que estas nuevas formas de organización de la actividad laboral, que vienen en gran medida propiciadas por la propia descentralización productiva, provocan efectos positivos bien para los trabajadores, que gozan de un mayor grado de autoorganización, y bien para los empresarios; así pueden señalarse como ventajas: la eliminación del absentismo laboral, la ausencia de conflictos laborales y la menor necesidad de infraestructuras.

No obstante, esta diversificación hace que sea necesaria una correspondencia por parte del Derecho, para, en sus justos términos, poder dar

cabida y protección jurídica a estas figuras de organización de la actividad profesional de reciente creación.

El teletrabajo, como forma de organizar la prestación de servicios, se ha convertido en el máximo exponente de todo ello.

Por ello, en el siguiente apartado se llevará a cabo una primera aproximación de la situación de teletrabajo como forma de prestación de servicios, al constituir dicha forma de trabajar un exponente de todo lo dicho.

Asimismo, es necesario tener en cuenta que el uso de las nuevas tecnologías dentro de la empresa no solo afecta, como ya se ha mencionado anteriormente, a la organización de la propia actividad laboral.

Efectivamente, otro de los aspectos que ha generado interés, y al mismo tiempo más dudas, es la oportunidad que se les presenta a las empresas de hacer uso de todos los elementos proporcionados por las nuevas tecnologías. En este sentido, puede decirse que la introducción de diversas figuras ligadas a los medios tecnológicos se afianza e intensifica de una forma cada vez mayor.

De otro lado, también es necesario recordar que ligado a lo anterior ha surgido una nueva figura que se halla estrechamente vinculada al uso intensivo de las nuevas tecnologías dentro del ámbito del Derecho del Trabajo, como es la localización de los trabajadores a través de los medios telemáticos.

Por todo ello, en los siguientes capítulos se profundizará en el análisis de las principales cuestiones jurídicas, como son:

- 1.- Teletrabajo
- 2.- El uso del correo electrónico en la empresa
- 3.- La localización de los trabajadores
- 4.- El poder de control del empresario a través del uso de las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación.

CAPITULO II.- EL TELETRABAJO COMO FORMA DE PRESTACION DE SERVICIOS

2.1.- Una aproximación al concepto de teletrabajo y tipos de teletrabajo

Resulta muy difícil encontrar una definición lo bastante precisa para hacer referencia al término teletrabajo. La ausencia, al menos por el momento, de un concepto legal *estricto sensu*, ha propiciado que se den numerosas definiciones. Estas varían en función de la disciplina desde la cual se realice el estudio, si bien se trata de un concepto tan sumamente amplio que todas las definiciones dadas por los distintos autores pueden abarcarlo²⁴.

Con todo, el teletrabajo es una forma de organización del trabajo que se basa en el uso de la tecnología. Se trata de una manera distinta de prestar servicios, ya que se realiza desde fuera de las dependencias de la empresa, y con un horario flexible, al tiempo que la prestación de servicios puede, en su caso, ser controlada mediante el uso de un programa informático.

El término teletrabajo fue utilizado por vez primera en los Estados Unidos, en el año 1973 por Jack Nilles. Debemos situarnos en un contexto económico adverso, coincidiendo con la crisis del petróleo. Entonces, el teletrabajo comienza a plantearse como una posible solución a los problemas relacionados con la energía, entendido como un nuevo modelo de organizar el trabajo capaz de evitar los desplazamientos de los trabajadores a sus empresas.

²⁴ Es necesario tener en cuenta que el teletrabajo ha sido abordado desde múltiples y muy variadas perspectivas, por lo que se trata de un fenómeno que ha sido estudiado desde diferentes puntos de vista, tanto económicos, como jurídicos o sociológicos.

Así mismo, el teletrabajo encajaba a la perfección con las posibilidades de externalización.

Para este autor, el teletrabajo es «cualquier forma de sustitución de desplazamientos relacionados con la actividad laboral por tecnologías de la información»²⁵, es decir, se trata de «enviar el trabajo al trabajador, en lugar de enviar al trabajador al trabajo»²⁶.

Por su parte, GRAY, HODSON y GORDON aportan su propia definición, al señalar que «el teletrabajo es una forma flexible de organización del trabajo que consiste en el desempeño de la actividad profesional sin la presencia física del trabajador en la empresa durante una parte importante de sus horario laboral. Engloba una amplia gama de actividades y puede realizarse a tiempo completo o a tiempo parcial. La actividad profesional en el teletrabajo implica el uso frecuente de métodos de procesamiento electrónico de la información, y el uso permanente de algún medio de telecomunicación»²⁷.

GARCÍA y MONJE JIMÉNEZ han entendido el teletrabajo como «una forma flexible de organización laboral que consiste en la realización de la actividad a distancia, es decir, en un lugar distinto del que habitualmente se realiza el trabajo controlado por el empresario y con el empleo de las tecnologías de la información y comunicación»²⁸.

En parecidos términos, MARTÍN FLÓREZ define el teletrabajo como «la prestación de servicios por cuenta ajena fuera del centro de trabajo, fundamentalmente en el domicilio del propio trabajador, y cuya realización se

²⁵ NILLES, J. *The Telecommunications-transportation tradeoff*. California: Editorial Jala Internacional, 1973. p. 16.

²⁶ *Ibidem*.

²⁷ VV.AA. *El Teletrabajo*. Madrid: Editorial Fundación Universidad-Empresa, 1995. p. 63.

²⁸ CARIDAD SEBASTIAN, M. *Teletrabajo y comercio electrónico en la sociedad de la información*. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., 2001. p. 59.

lleva a cabo mediante conexión telefónica e informática, excluyéndose de tal concepto, obviamente, los trabajadores autónomos»²⁹.

Se podrían añadir otras definiciones, tantas como perspectivas desde las que se analice esta figura, aunque también hay que decir que no existen demasiadas diferencias, al menos no sustanciales, entre los diferentes conceptos acuñados. En suma, puede apreciarse la repetición de algunos términos, que podríamos entender como claves; vocablos tales como la distancia, las telecomunicaciones o la flexibilidad empresarial conforman el perfil de lo que venimos llamando teletrabajo.

Atendiendo a criterios puramente etimológicos, el teletrabajo viene a ser la unión de dos vocablos griegos latinos: “telou” y “tripaliare”, cuyos respectivos significados son: «lejos» y «trabajar». Pero si se tienen en cuenta estas dos acepciones, desde un punto de vista meramente conceptual, no puede afirmarse que el teletrabajo y el trabajo a distancia vengan a significar lo mismo.

Parece claro que en el teletrabajo siempre va a existir el componente de la distancia. Sin embargo, en el caso del trabajo a distancia se pueden abordar otro tipo de relaciones laborales que no se refieran de forma específica al teletrabajo.

En síntesis, puede decirse que el teletrabajo es aquella actividad profesional llevada a cabo lejos del lugar en el que se espera la recepción de los resultados de esa actividad, aunque se trata de un concepto que puede abarcar ocupaciones realizadas total o parcialmente fuera del centro de trabajo.

Ahora bien, este tipo de trabajo a distancia no sería posible sin la implicación de las nuevas tecnologías, que hacen que sea posible el «outsourcing» de la actividad laboral. En efecto, al hablar de teletrabajo no solo se pretende hacer referencia a una actividad que se lleva a cabo fuera del centro de trabajo, sino que se trata de una actividad que se realiza mediante el

²⁹ MARTIN FLOREZ, L. Outsourcing y teletrabajo: Consideraciones jurídico-laborales sobre nuevos sistemas de organización del trabajo. En *REDT*, 1995, núm. 71, p. 413.

uso de las nuevas técnicas de la información y comunicación (TICs) que se convierten en un elemento caracterizador. Por tanto, la utilización de estas técnicas ha de tener la intensidad suficiente como para permitir al trabajador desarrollar sus tareas correspondientes fuera del espacio físico de la empresa.

En este sentido, el teletrabajo es entendido como un nuevo modelo, más flexible, de organización laboral. Se entiende como una nueva forma de disponer de los recursos humanos existentes en la empresa, proporcionando al mismo tiempo una mayor flexibilidad al conjunto de la empresa, lo que a su vez podrá facilitar la adaptación de la empresa a los nuevos retos de un mercado cada vez más globalizado.

No cabe duda de que al margen de la problemática jurídica que puede traer consigo esta nueva forma de prestar la actividad, debido a las posibles dudas que puede suscitar su anclaje en una figura jurídica preestablecida, no es menos cierto que también supone una serie de ventajas.

Esta nueva forma de organización del trabajo podrá repercutir de forma positiva, tanto para la empresa como para los empleados. Respecto de la empleadora, esa flexibilidad en la organización implica que la empresa pueda adaptarse de forma más rápida y con menores esfuerzos a las nuevas y constantes exigencias del mercado y, al mismo tiempo, supone un ahorro respecto de los costes de producción e infraestructura (gastos de alquiler, mantenimiento de oficinas...).

En referencia a los empleados, esta nueva forma de organización de la actividad laboral supone, en un primer lugar, una mayor flexibilidad en el horario laboral, que hace que sea el propio teletrabajador el que organice sus horas de trabajo, adaptando así su jornada a sus necesidades personales. Esto conlleva la posibilidad de materializar la tan ansiada conciliación de la vida familiar y laboral.

Otro de los aspectos destacados es la reducción de los desplazamientos al centro de trabajo tradicional, lo que a su vez se traduce en un ahorro de tiempo y de dinero. Argumento este que también repercute de forma positiva en el conjunto de la comunidad, ya que la disminución de los

desplazamientos supone una reducción de los problemas del tráfico, del ruido y de la contaminación atmosférica.

Del mismo modo, se puede añadir que a efectos de considerar una actividad objeto del teletrabajo, resulta irrelevante determinar cuál es el tipo de trabajo que se realiza, es decir, el contenido de la prestación, siempre y cuando la misma pueda efectuarse a través de los medios tecnológicos que venimos mencionando. Ya que tal y como dice el autor THIBAUT ARANDA «el teletrabajo es una forma de organización y realización del trabajo distinta y no una profesión»³⁰.

En resumen, al margen de los diferentes tipos de teletrabajo, son tres los elementos definitorios o las características más señaladas en relación con el concepto del teletrabajo:

- a) El espacio físico en el que se lleva a cabo, es decir, el desarrollo de la actividad realizado fuera de la empresa.
- b) La utilización de las nuevas tecnologías informáticas y de la comunicación.
- c) La modificación en la organización y realización de la actividad profesional.

Como ya se ha mencionado anteriormente, el teletrabajo es un concepto que abarca una multitud de situaciones diversas; se trata de un supuesto que permite al trabajador y al empresario optar por la posibilidad que mejor se ajusta a sus necesidades, por lo cual, si bien en un principio el teletrabajo se asociaba únicamente al domicilio del teletrabajador, en la actualidad el fenómeno ha alcanzado a cualquier otro lugar en el cual sea posible establecer una conexión con la red informática.

Para poder analizar los diferentes tipos de teletrabajo, en primer lugar, es necesario establecer cuáles van a ser los criterios mediante los cuales van a establecerse la clasificación.

³⁰ THIBAUT ARANDA, J. *El teletrabajo*. Madrid: Editorial Consejo Económico y Social, 2000. p. 31.

Si se centra la atención en el lugar en el que se va a desarrollar la actividad, a saber, si se establece como criterio el espacio o emplazamiento, podrían diferenciar tres modalidades de teletrabajo.

Pero si el criterio por el que se opta no es el locativo, es posible establecer otra clasificación en base al tipo de conexión que mantiene el teletrabajador con la empresa para la cual presta sus servicios.

a) El teletrabajo a domicilio, que suele aparecer como una de las opciones más comunes y utilizadas, no en vano, es la opción más genuina. Este tipo de teletrabajo es aquel que se lleva a cabo desde el propio domicilio del teletrabajador, situación esta que posibilita que la realización de la actividad profesional se externalice, y se realice fuera del centro de trabajo habitual. Si bien se puede establecer una subclasificación, ya que pueden darse principalmente dos situaciones:

- Que el teletrabajo se lleve a cabo todo el tiempo en el domicilio.
- Que parte del teletrabajo se lleve a cabo en la empresa y parte en el domicilio.

b) Los centros de teletrabajo. Se trata de un lugar en el que se disponen y comparten todos los recursos necesarios para desarrollar las actividades profesionales, mediante el uso de las nuevas tecnologías. En esta modalidad de teletrabajo, al contrario de lo que ocurre con el teletrabajo a domicilio, el trabajador tiene que desplazarse para llevar a cabo sus obligaciones, pese a que no se desplazará a la empresa, sino a un lugar que ha sido creado ex profeso para esta nueva forma de organización del trabajo.

La razón de la creación de estos centros, que pueden ser propiedad de la Administración, o de las empresas, es el ahorro de costes que supone, pues se comparten los gastos relativos al uso de los sistemas informáticos (hay que tener en cuenta que las

nuevas tecnologías se encuentran inmersas en un proceso de continua renovación, lo que a su vez conllevaba que deban ser sustituidas de forma frecuente, para poder adaptarse a los persistentes cambios.

Al margen de estos centros, también existen las denominadas oficinas satélites. Al igual que ocurre en el caso de los telecentros, las oficinas satélite constituyen un lugar en el que llevar a cabo el trabajo, y se encuentran independizadas de la sede de la empresa, aunque pertenecen a la misma.

Se encuentran en constante comunicación con la sede de la empresa a la que pertenezcan y cuentan con toda la infraestructura que sea necesaria para llevar a cabo la actividad. Este tipo de espacios deben ser, de forma relativa, autosuficientes.

c) El teletrabajo móvil.

Es la forma elegida por aquellos trabajadores que necesitan desplazarse de un lugar a otro con cierta frecuencia, para de ese modo prestar un mejor servicio a sus clientes. La clave de esta forma de trabajo es que el trabajador se halla en constante comunicación con la empresa, de modo que se encuentre donde se encuentre pueda realizar la actividad preceptiva, como si estuviese dentro de la propia empresa.

Para ello será necesario contar con un equipamiento telemático portátil, con el doble objetivo de encontrarse en constante conexión con la propia empresa y, cómo no, con los clientes.

Ahora bien, si el criterio que se sigue para determinar las diferentes modalidades del teletrabajo no es el locativo, puede establecerse otra clasificación; una clasificación en base al tipo de

conexión que mantiene el teletrabajador con la empresa para la cual presta sus servicios.

- Teletrabajo “off line”. En este caso el teletrabajador recibe unas instrucciones previas acerca del trabajo que se le solicita, y dicho trabajo se lleva a cabo sin poseer una conexión directa con la empresa, por lo que ésta únicamente recibirá el resultado.

- Teletrabajo “on line”. El teletrabajador no se encuentra permanentemente conectado a la empresa, pero si se vale de las nuevas tecnologías para recibir las indicaciones que sean necesarias por parte de la compañía, para llevar a cabo el trabajo que le haya sido encomendado y, para enviar el resultado de dicho trabajo a la sede de la empresa. Cabe añadir que esta comunicación que mantiene el trabajador con la empresa puede ser de carácter unidireccional o bidireccional.

- Si esa comunicación se da en un único sentido, “One way line”, el trabajador se encuentra conectado a la empresa, de modo que puede enviar la información que sea necesaria, o el resultado del trabajo, pero no existe posibilidad de interacción por parte de la empresa.

- Si esa comunicación es bidireccional, “Two way line”, hay interacción por ambas partes. El trabajador se encuentra conectado a la compañía de tal modo que puede realizarse un intercambio de información por ambas partes.

En definitiva, como se verá a continuación, el tipo de conexión juega un papel determinante a la hora de calificar las relaciones existentes entre la empresa y el teletrabajador.

2.2.- Calificación jurídica del teletrabajo

Tal y como se ha indicado en el apartado anterior, por teletrabajo puede entenderse toda actividad laboral prestada desde un lugar distinto al centro de trabajo o unidad productiva autónoma de la empresa, por medio de un video terminal informático conectado telemáticamente con la estación informática central de la empresa o con una estación satélite perteneciente o vinculada a la misma³¹.

Con la aparición de esta nueva forma de organización de la actividad profesional, y dado que el mismo supera la mera función organizativa, surge la dificultad de determinar las consecuencias jurídicas de esa nueva institución.

A la vista de las peculiaridades que presenta el teletrabajo, en lugar de tratar de incluirlo, en ocasiones de forma bastante forzada, en una figura jurídica ya existente, parece lógico que se plantee la necesidad de una regulación “ad hoc” para esta nueva forma de organización de la actividad laboral.

En consecuencia, resulta necesario tomar en consideración y analizar los elementos que caracterizan el teletrabajo, para de ese modo poder establecer cuál es el régimen jurídico que corresponde.

Una de las principales características del teletrabajo, por no decir la más sustancial, es la realización de la prestación laboral en un lugar distinto al que habitualmente se presta el trabajo.

Al hablar de un lugar distinto al centro de trabajo tradicional en principio, debe entenderse que el trabajo se realiza en los lugares comprendidos en los artículos 1.5 y 44.1 del TRLET³².

Ahora bien, también es cierto que el teletrabajo puede prestarse desde cualquier lugar que no tenga la consideración legal de centro de trabajo o

³¹ SELLAS I BENVINGUT, R. *El régimen jurídico del teletrabajo en España*. Navarra: Editorial Aranzadi, 2001. p. 36.

³² El artículo 1.5 hace alusión a que «a efectos de esta Ley se considera centro de trabajo la unidad productiva con organización específica que sea dada de alta, como tal, ante la autoridad laboral», mientras que en el artículo 44.1 se mencionan «las unidades productivas autónomas».

unidad productiva autónoma de la empresa, y es que según la modalidad de teletrabajo a la que se esté haciendo alusión el lugar puede variar (el domicilio del teletrabajo, los telecentros...).

Además es necesario tener en cuenta que el lugar de trabajo puede ser elegido libremente por el propio trabajador, por el empresario, o puede que éste haya sido decidido mediante un pacto individual o un acuerdo colectivo.

Todo ello salvo que se trate de la modalidad subsumible en el artículo 13.1 del TRLET, esto es que sea posible su inclusión en la modalidad de contrato de trabajo a domicilio, ya que, de ser así, se trata de un requisito necesario el hecho de que sea el propio trabajador el que tenga la capacidad de elegir el lugar en el que vaya a prestar la actividad laboral.

A este respecto es necesario añadir que dicho artículo hacía referencia al contrato de trabajo a domicilio, pero tras la reciente reforma efectuada mediante el Real Decreto – Ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, la redacción del mismo se renueva al introducir el término de trabajo a distancia³³.

Otra de las características del teletrabajo que debe ser subrayada es el hecho de que la actividad profesional debe llevarse a cabo de forma necesaria mediante la utilización intensiva de los elementos informáticos y las redes de telecomunicación.

Efectivamente, pueden entenderse estas dos características como los dos elementos sustanciales que determinan la singularidad del teletrabajo.

Por otro lado, es necesario establecer un régimen jurídico que permita abarcar una de las características más marcadas del teletrabajo: la flexibilidad.

Una fórmula para ello puede consistir en establecer la aplicación de la normativa laboral, pero fijando ciertas salvedades. Para ello puede optarse por

³³ Tras la reformulación producida por la reforma, la redacción del artículo 13.1 determina que «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» (BOE de 11 de febrero de 2012. núm. 36).

dos vías: incluir el teletrabajo entre las relaciones de carácter especial que reconoce el artículo 2 del TRLET, y como tal establecer un régimen especial, si bien habría que justificarlo; o, incluirlo dentro de la modalidad del trabajo a distancia contemplado en el artículo 13 del propio TRLET (recientemente reformado tal y como ha sido mencionado en las líneas precedentes) o en cualquiera de las otras modalidades contractuales existentes, si las características de dichas modalidades así lo permiten.

El hecho de que no exista en el ordenamiento jurídico español una regulación específica para el teletrabajo no quiere decir que esta nueva forma de organizar la actividad laboral no pueda ser encuadrada en las instituciones contractuales previamente existentes. Tanto GAETA como SELLAS I BENVINGUT coinciden en este planteamiento³⁴.

Por su parte, ROMAN DE LA TORRE considera que el problema que se presenta ante la calificación jurídica del teletrabajo no deja de ser ciertamente artificial, puesto que no parece existir ningún problema en calificar de subordinado el trabajo llevado a cabo a distancia³⁵.

Se trata, por tanto, de dilucidar, en un primer lugar, si esta nueva forma de trabajar se encuentra enmarcada dentro de una relación laboral o, si por el contrario estamos ante un trabajo autónomo.

Es por ello que se debe establecer una primera distinción genérica entre el trabajo por cuenta propia y el trabajo por cuenta ajena.

³⁴ Así se pronuncia SELLAS I BENVINGUT cuando dice que coincide «en este sentido con, para quien se trata de un problema de encuadramiento jurídico, que se resuelve en concreto en un problema de calificación» (SELLAS I BENVINGUT, R. *Op. Cit.* p. 40).

Para un mayor ahondamiento en esta cuestión, consultarse GAETA, L. Teletrabajo y Derecho: la experiencia italiana. En *DL*, 1996-II, núm. 49.

³⁵ Así se manifiesta cuando menciona que «el error puede ser doble: pretender primero que hasta el propio poder directivo está ausente y en segundo lugar que, derivado de ello, tampoco existe subordinación. La dependencia es un concepto mucho más amplio que el de la heterodirección del trabajo, siendo esta una facultad empresarial que solo parcialmente está poniendo de relieve aquella subordinación. Por otro lado, en lo que al trabajo a distancia más pueda llegar a coincidir con el trabajo a domicilio, recuérdese que en ningún momento se ha descartado para este la presencia del poder de dirección y con ello el consentimiento en la organización del trabajo por alguien distinto a quien lo realiza» (ROMAN DE LA TORRE, M.D. *Poder de dirección y contrato de trabajo*. Valladolid: Editorial Grapheus, 1992. p. 136).

Los cambios en la forma de producción, en las estructuras de las empresas y en general en la forma de organizar la actividad laboral han supuesto un incremento del trabajo independiente o por cuenta propia.

Se trata de una nueva realidad que supera los límites establecidos por la subordinación y el contrato de trabajo tradicional.

Por trabajo autónomo puede entenderse aquella actividad que se realiza conforme a las decisiones del propio trabajador, sin que este se halle inserto en el ámbito de organización y dirección de otra persona, esto es, es el propio trabajador el que toma las decisiones respecto de la actividad laboral sin recibir órdenes o instrucciones de otra persona, por lo que se suprime la nota típica de las relaciones laborales, a saber, la dependencia o subordinación³⁶.

Efectivamente, la esencia del trabajo autónomo se encuentra en el hecho de que el propio trabajador pueda organizar la actividad laboral en la forma que encuentre más beneficiosa, y decidir de forma libre y autónoma todo aquello que concierne al objeto, medios y condiciones de la prestación de la actividad.

Por ello, en principio, puede decirse que el trabajo autónomo es un trabajo que se encuentra desprovisto de las notas más características de las relaciones laborales: la dependencia y la ajenidad.

La definición dada por la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajador Autónomo, es una definición bastante poco precisa, y, por supuesto, opuesta a la que proporciona el artículo 1.1 del TRLET. A pesar de ello pueden citarse varios puntos en los que ambas normativas coinciden.

En el caso de los trabajadores autónomos no se encuentran presentes las notas de ajenidad y dependencia, pero sí se subraya, al igual que ocurre en el trabajo por cuenta ajena, el carácter personal y lucrativo del trabajo.

³⁶ La Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajo Autónomo, en su artículo 1 al citar cuales son los supuestos incluidos en esta Ley menciona que «la presente Ley será de aplicación a las personas físicas que realicen de forma habitual, personal, directa, por cuenta propia y fuera del ámbito de dirección y organización de otra persona, una actividad económica o profesional a título lucrativo, den o no ocupación a trabajadores por cuenta ajena» (BOE de 12 de julio de 2007, núm. 166).

Dentro del trabajo autónomo pueden citarse 4 características fundamentales:

1.- El carácter personal del trabajo. Se excluyen por tanto a las personas jurídicas, y no solo eso sino que se le exige al trabajador su participación activa en la actividad correspondiente, es decir, que no se limite a ostentar la titularidad de la actividad, sino que debe implicarse de forma directa en la misma.

2.- La permanencia en el tiempo del trabajo, esto es, el carácter habitual de la actividad. Se requiere la existencia de una finalidad tanto profesional como económica. Es por ello que se habla de un ánimo lucrativo.

3.- La realización de la actividad por parte del propio trabajador. Se producirá por tanto una apropiación directa de los frutos del trabajo, el trabajador en este caso lleva a cabo la actividad y al mismo tiempo, al contrario de lo que ocurre con el trabajo por cuenta propia el trabajador también hace suyo el resultado de la actividad llevada a cabo.

4.- En el caso del trabajador autónomo, el mismo queda libre de recibir instrucciones, ya que será el mismo el que tome las decisiones que considere oportunas en el desarrollo de la actividad profesional.

Por tanto, el encuadramiento del teletrabajador en el régimen de trabajo por cuenta propia dependerá de si concurren o no en la persona del trabajador las notas que caracterizan la actividad por cuenta propia que ya han sido mencionadas previamente.

Efectivamente, la actividad que lleva a cabo el teletrabajador debe realizarse persiguiendo un carácter lucrativo, esto es, el teletrabajador al llevar

a cabo el trabajo la finalidad que debe pretender es la obtención de un beneficio de carácter económico³⁷.

Al mismo tiempo la actividad debe llevarse a cabo de forma habitual. Se trata de un concepto este ciertamente confuso, puede decirse que un concepto jurídico indeterminado³⁸.

Pero si bien la habitualidad es un concepto poco preciso, lo que la propia jurisprudencia ha querido dejar claro es que la misma debe interpretarse en función de la naturaleza y de las condiciones de ejecución de la actividad que se esté prestando³⁹.

Se trata de una significación de gran relevancia a la vista de las específicas características de la prestación de la actividad a través del régimen del teletrabajo, en especial respecto de las condiciones tecnológicas que «deciden la naturaleza y características de su ejecución, como por desarrollar a través de este sistema una actividad concurrente con otra que sea predominante, en cuya circunstancia la nota de habitualidad debe entenderse en el sentido de dedicación profesional»⁴⁰.

En otro orden de cosas, se exige que la actividad para que pueda ser considerada por cuenta propia debe llevarse a cabo de manera directa y

³⁷ A este respecto se pronuncian ALMANSA PASTOR y LOPEZ ANIORTE al entender que «denota un ánimo de obtener beneficios o ganancias, yendo más allá de la mera voluntad de satisfacer las meras exigencias de subsistencia» (ALMANSA PASTOR, J.M. *Derecho de la Seguridad Social*, 7ª Edición. Madrid, 1991. p. 567 y LOPEZ ANIORTE, M^a. C. *Op. Cit.* p. 67).

³⁸ TEJERINA ALONSO, J.I. El acceso a la Seguridad Social de los Agentes y Subagentes de Seguros. En *RSS*, 1989, núm. 41. p. 108.

³⁹ La jurisprudencia ha señalado que «el rasgo de la habitualidad hay que relacionarlo con la realización de la actividad misma, sin que, a mi juicio, deba caerse en el excesivo reduccionismo de cierto sector doctrinal que identifica la habitualidad con aquella actividad productiva cotidianamente principal que desempeñe el trabajador autónomo de forma personal y directa, en nuestro caso, que desempeñe el teletrabajador autónomo, y que en sentido contrario, por tanto, excluye toda nota de periodicidad en la ejecución o el desempeño de dicha actividad» (STS de 21 de diciembre de 1987. núm. de rec. 9582).

⁴⁰ TEJERINA ALONSO menciona al respecto que «no se juzga acertado desestimar sin más la equiparación entre periodicidad y habitualidad (contraviniendo el sentido comúnmente aceptado de ambos términos) para pasar a considerar actividad habitual como sinónima de actividad principal o prioritaria en el caso de concurrencia con otra y otras, sin que además se alegue en su defensa argumento alguno» (TEJERINA ALONSO, J.I. *Op. Cit.* p. 107-110).

personal por parte del trabajador, lo que significa que este último debe participar con su esfuerzo en la actividad.

Es decir, no se trata de que ostente la mera titularidad de la actividad sino que participe de la misma⁴¹.

Un problema añadido es el hecho de que en ocasiones el trabajo personal se ha definido como «aquel a cuya realización quedan comprometidas personas físicas o naturales de forma personalísima, sin posibilidades de sustitución novatoria»⁴².

Se trata de una característica que no parece encajar demasiado bien con la condición del trabajador por cuenta propia, debido a que el mismo no se halla vinculado a un contrato de trabajo, por lo que no se encuentra ligado a la esfera de poder de organización y dirección de ningún empresario.

Razón por la cual cuenta con la libertad suficiente para organizar la actividad profesional como mejor considere, participando de la ejecución, pudiendo contratar más trabajadores si es que entiende que resultan necesario sin tener más limitaciones que las establecidas en la propia regulación.

Al mismo tiempo, y haciendo mención al concepto del trabajador autónomo, resulta imposible obviar la mención que hace la propia Ley 20/2007 acerca de una concreta modalidad de estos trabajadores, los llamados autónomos económicamente dependientes o TRADEs.

Los TRADEs se incluyen en el ámbito de aplicación de la Ley 20/2007 a través de su artículo 1.2 d), cuando se menciona que los mismos se encuentran expresamente incluidos en la mencionada Ley, siempre y cuando cumplan con los requisitos que se recogen en el apartado anterior.

⁴¹ SELLAS I BENVINGUT afirma que «respecto de la necesidad de que la actividad por cuenta propia se desarrolle de manera personal y directa, ello significa que el trabajador debe intervenir con su propio esfuerzo en la actividad productiva, como único requisito al que el legislador hace referencia...» (SELLAS I BENVINGUT, R. *Op. Cit.* p. 44).

⁴² Por todos, MONTOYA MELGAR, A. *Derecho del Trabajo*. Madrid: Editorial Tecnos, 1995. p. 34.

Cabe mencionar el hecho de que las dos primeras notas que se mencionan respecto del concepto legal de trabajador autónomo económicamente dependiente coinciden con las notas dictadas en la definición que se da con carácter general sobre los trabajadores autónomos.

Puede decirse que son dos las notas que de forma especial singularizan esta «modalidad» de autónomo: la dependencia económica y la inexistencia de subordinación jurídica.

Los autónomos económicamente dependientes vienen a ser definidos de la siguiente forma: «son aquellos que realizan una actividad económica o profesional a título lucrativo y de forma habitual, personal, directa y predominantemente para una persona física o jurídica, denominada cliente, del que dependen económicamente por percibir del él, al menos, el 75 por ciento de sus ingresos por rendimientos de trabajo y de actividades económicas o profesionales».

Pero, además, para la consideración como TRADE el autónomo deberá cumplir los siguientes requisitos:

1.- El trabajador no deberá tener a su cargo otros trabajadores por cuenta ajena, ni podrá en su caso subcontratar parte o toda la actividad con un tercero.

2.- No podrá llevar a cabo la actividad de manera indiferenciada respecto de los trabajadores que presten sus servicios por cuenta del cliente, sea cual sea la modalidad contractual bajo la cual se hallen dichos trabajadores.

3.- Al trabajador autónomo económicamente dependiente se le exige contar con toda la infraestructura que sea necesaria para poder desarrollar la actividad económica o profesional, y que este sea independiente de la de su cliente si es que resulta relevante para la actividad que se está llevando a cabo.

4.- El trabajador autónomo económicamente dependiente deberá desarrollar su trabajo bajo criterios organizativos propios, sin perjuicio de las indicaciones que pueda recibir de su cliente.

5.- Se establece que deberá percibir una contraprestación económica de acuerdo al resultado de la actividad llevada a cabo, siempre en función de lo pactado con el cliente y asumiendo los riesgos que comporte la actividad prestada.

En síntesis, y de acuerdo con todo lo anteriormente expuesto, debe concluirse que el trabajo por cuenta propia ha de desarrollarse sin sujeción a ningún contrato de trabajo, quedando por tanto el trabajador fuera de la esfera de control de la organización, soportando el «riesgo y ventura de la actividad económica»⁴³ y «apropiándose de los beneficios económicos resultantes de la misma»⁴⁴. Se trata por tanto de elementos que eliminan la nota característica de las relaciones de carácter laboral, la ajenidad.

Y es que de converger las notas de ajenidad y dependencia entonces se trataría de una relación de trabajo por cuenta ajena, por lo que, teniendo en cuenta que no parece existir ninguna dificultad en admitir que el teletrabajador realice la actividad de forma habitual, y que participe de forma directa en la misma, las dudas pueden plantearse en torno a la cuestión de si realmente el teletrabajador posee plena libertad de organización o, por el contrario se halla bajo la esfera organicista de un empresario, y si es el propio trabajador el que recibe de forma directa los frutos o beneficios derivados de la actividad que está llevando cabo.

Dos aspectos éstos, ajenidad y dependencia, que habrán de tenerse en cuenta de forma detenida para determinar si nos encontramos ante un trabajador por cuenta propia o un trabajador por cuenta ajena.

No en vano, otro aspecto que debe tenerse en cuenta es que se trate de una relación por cuenta ajena. Si bien anteriormente se ha citado el trabajo

⁴³ STS de 1 de abril de 1991. núm de rec. 3239.

⁴⁴ STS de 25 de mayo de 1987. núm. de rec. 3863.

por cuenta ajena como la contraposición al trabajo por cuenta propia, la definición que da del mismo el propio TRLET se recoge en su artículo 1⁴⁵.

Y para la inclusión de la prestación de la actividad en sistema de teletrabajo en el régimen del Derecho del Trabajo, a través de un contrato laboral, es necesario tener en cuenta una serie de elementos.

El contrato de trabajo es un contrato de intereses contrapuestos entre las partes en el que se establece una relación salarial de carácter dependiente entre el trabajador y el empresario, que es el titular de la empresa, por lo que será a él al que le corresponda el poder de organización y dirección, ya que es el mismo el que soporta todos los riesgos que conlleva la actividad y percibe los beneficios económicos que correspondan.

Se trata de un intercambio propio de un trabajo dependiente y de retribución en régimen de ajenidad, siendo, por tanto, la dependencia el elemento que define la prestación laboral y la ajenidad el elemento que determina el salario.

Respecto de los resultados del trabajo, los mismos corresponden al empresario, y no a la persona que de forma directa y con su esfuerzo los produce, si bien puede decirse que esto no resulta ser así en virtud del contrato de trabajo propiamente, sino que se justifica a través de la figura de la accesión, ya que la titularidad de los medios de producción corresponden originariamente al propio empresario.

Si hay algo que parece quedar claro es que tanto la dependencia como la ajenidad son dos elementos constitutivos de la relación laboral.

Centrando la atención en la eventual laboralidad del teletrabajo, es necesario analizar, de forma conjunta, los que pueden ser considerados como

⁴⁵ Artículo 1.1 del TRLET «La presente Ley será de aplicación a los trabajadores que voluntariamente presten sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario». Por otro lado puede mencionarse el artículo 8.1 del Estatuto que presume la existencia del contrato de trabajo «entre todo el que presta un servicio por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otro y el que lo recibe a cambio de una retribución a aquél».

indicios de laboralidad⁴⁶, para definir si el vínculo que existe entre el teletrabajador y la empresa es de carácter laboral. Si bien, puede resultar mucho más complicado entrar a conocer de forma precisa las notas típicas de la laboralidad⁴⁷ cuando se rompe con los tradicionales conceptos de lugar y tiempo⁴⁸.

Los elementos de ajenidad y dependencia tradicionalmente han mantenido un enfrentamiento, ya que han venido siendo entendidos como dos elementos de naturaleza distinta: patrimonial y personal.

Así, han sido empleados de forma separada como dos criterios diferentes.

Desde la Ley de Contrato de Trabajo de 21 de noviembre de 1931⁴⁹ parecía obvio que se había optado por el criterio de la dependencia, pero a mediados de siglo comenzó a tomar cada vez más fuerza el criterio de la ajenidad.

Efectivamente, la jurisprudencia ha tenido que hacer equilibrios entre ambos conceptos para dar una respuesta compaginando los dos términos.

⁴⁶ THIBAUT ARANDA señala que los indicios tipificadores de laboralidad son «unos indicios en los que el vínculo que une al trabajador con la empresa es de carácter laboral» (THIBAUT ARANDA, J. El teletrabajo. *Op. Cit.* p. 50).

⁴⁷ Menciona la jurisprudencia que «los indicios comunes de la nota de dependencia más habituales son: la asistencia al centro de trabajo del empleador o al lugar de trabajo designado por éste y el sometimiento a horario; el desempeño personal del trabajo, compatible en determinados servicios con un régimen excepcional de suplencias o sustituciones; la inserción del trabajador en la organización de trabajo del empleador o empresario, que se encarga de programar su actividad; y, reverso del anterior, la ausencia de organización empresarial propia» (STS de 30 de abril de 2009. núm. de rec. 1701, STS de 7 de octubre de 2009. núm. de rec. 4169 y STS de 23 de noviembre de 2009. núm. de rec 170).

⁴⁸ En expresa referencia a esta cuestión puede decirse que los tribunales se han pronunciado declarando «la existencia de relación laboral en supuestos de amplia libertad de horario que no desvirtúa la existencia del requisito de dependencia, para la que no es necesaria la concurrencia de una subordinación absoluta, sino únicamente la inclusión en el ámbito organizativo y rector» (STS de 27 Mayo de 1992. núm. de rec. 1421 y STS de 14 de febrero de 1994. núm. de rec. 123).

⁴⁹ Gaceta de Madrid de 22 de noviembre de 1931. núm. 326.

2.2.1.- La dependencia en el teletrabajo

La jurisprudencia ha entendido la dependencia como aquella situación en la que el trabajador se encuentra inserto en la esfera organicista rectora y disciplinaria de la empresa⁵⁰.

La dependencia o subordinación se erige como una exigencia fundamental de la prestación laboral. Se trata de una característica fundamental del que presta un servicio, actuando bajo la dependencia de otra persona, es decir, del empresario, debiendo cumplir las órdenes, mandatos y directrices que el mismo imponga.

En su momento, la dependencia se entendió como la unión de cuatro elementos. Uno de ellos de tipo moral, que hace que el trabajador observe al empresario con respeto. Otro componente de tipo técnico, en virtud del cual el empresario goza de superioridad en cuanto a la capacidad organizativa. Un tercer elemento de carácter económico que presupone, a favor del empresario, un conocimiento financiero superior. Y, finalmente, un cuarto elemento de carácter jurídico, mediante el cual se origina la cesión del resultado del trabajo.

También puede entenderse como la puesta a disposición que hace el trabajador, a favor del empresario, de su fuerza de trabajo.

Y por supuesto debe hacerse referencia al sometimiento al círculo disciplinario del empresario.

Por dependencia puede entenderse, por ende, el hecho de que un trabajador se halle dentro de la esfera de organización de aquel por cuya cuenta presta sus servicios.

Se trata de un poder de dirección que se concreta en una serie de facultades que se manifiestan en las distintas fases de la relación laboral, pero de manera especial en cuestiones tales como las condiciones de trabajo, el

⁵⁰ Por todas, STSJ de Baleares de 10 de febrero de 1992. núm. de rec. 522.

lugar y el tiempo en el que se lleva a cabo la prestación y las modificaciones de la condiciones laborales.

De todas formas también es cierto que estos elementos configuradores del poder de dirección del empresario pueden manifestarse en mayor o menor medida, de forma más o menos clara dependiendo de las específicas características del contrato de trabajo al que se esté haciendo referencia, tal y como ocurre en el caso, por ejemplo, del contrato de trabajo a domicilio, supuesto este que se analizará de forma detenida más adelante.

No obstante, y a pesar de lo anteriormente mencionado el propio SELLAS I BENVINGUT considera que, a pesar de las particularidades presentadas por el teletrabajo, no puede decirse que no se manifieste en esta nueva forma de organización de la actividad laboral la nota del poder de dirección del empresario, representativa del elemento de dependencia⁵¹.

La nota de dependencia debe ser analizada partiendo del objeto de la relación contractual entre el empleador y el trabajador⁵².

Pero ¿qué ocurre en el caso del teletrabajo? ¿Puede decirse que la nota de dependencia se manifiesta en esta forma de organización de la actividad?⁵³

⁵¹ Así lo interpreta SELLAS I BENVINGUT cuando entiende que «con todo, la facultad del empresario de organizar la prestación de servicios y la consiguiente obligación de cumplir órdenes legítimas del empresario, al servicio de las facultades organizativas empresariales, como fundamento de la nota de la dependencia, se producen idénticamente en los supuestos de prestación de servicios en sistema de teletrabajo, si bien hay que tener en cuenta que la concreción de estas facultades depende, como hemos dicho, de la naturaleza y de los presupuestos de ejecución del servicio objeto de la prestación...» (SELLAS I BENVINGUT, R. *Op. Cit.* p. 48).

⁵² Se desprende, por tanto, que «han de tenerse en cuenta por los Tribunales las nuevas tecnologías, que desde luego no fueron tomadas en consideración por el legislador cuando se redactó el Estatuto de los Trabajadores en 1980, año en que no estaba implantado en nuestro país el correo electrónico ni Internet, avances que como es sabido han abierto nuevas e insospechadas posibilidades en las relaciones humanas» (STSJ de Madrid, de 30 de septiembre de 1999. núm. de rec. 2938).

⁵³ De las propias reflexiones de la jurisprudencia se desprende que «en las profesiones liberales la nota de la dependencia en el modo de la prestación de los servicios se encuentra muy atenuada e incluso puede desaparecer del todo a la vista de las exigencias deontológicas y profesionales de independencia técnica que caracterizan el ejercicio de las mismas» (STS de 23 de noviembre de 2009. núm. de rec. 170).

Efectivamente, parece claro el hecho de que esta nueva forma de organizar la prestación de la actividad laboral va a conllevar ciertos cambios en la organización interna de la empresa, y eso, a su vez, repercutirá en las condiciones de trabajo y en la propia naturaleza del trabajo⁵⁴.

Una de las manifestaciones típicas de la dependencia dentro de la relación laboral es la sujeción, por parte del trabajador, a las pautas y el control del empresario, extremo éste que en el caso del teletrabajo puede medirse mediante el programa informático utilizado, ya que a través del mismo se puede controlar la actividad⁵⁵.

Puede decirse que a través del análisis del programa informático el empresario ejerce su poder de dirección sobre el trabajador⁵⁶.

Mediante los datos registrados en el ordenador, el empleador tiene constancia del tiempo invertido por el trabajador, en la actividad, los descansos, las llamadas...

En relación con la ordenación del tiempo de trabajo, la nota de dependencia también se hace visible, en cuanto que se entiende que se trata de una puesta de disposición de la fuerza de trabajo del empleado, y no puede

⁵⁴ Sobre esta cuestión se pronuncia SELLAS I BENVINGUT cuando dice que «en primer lugar, porque la implantación de un sistema de teletrabajo va a conllevar necesariamente una reorganización de las infraestructuras y una redefinición derivada de la estructura ... y en segundo lugar, porque todo ello supone un cambio radical en la naturaleza y las condiciones de trabajo, y, por tanto, en las instituciones de determinación de la prestación de trabajo y de modificación y extinción de condiciones laborales, y en las facultades de dirección y control» (SELLAS I BENVINGUT, R. *Op. Cit.* p. 49).

⁵⁵ Y tal y como deja en evidencia la jurisprudencia «no sólo el seguimiento de unas determinadas directrices uniformadoras en la realización del trabajo encomendado sino, también y fundamentalmente, el ulterior control de dicho trabajo, la prestación del mismo, siempre, a través de la empresa recurrente, la penalización en el retraso de su conclusión y la asignación de zonas geográficas para su desarrollo constituyen datos reveladores de una sujeción al poder directivo de la empresa que encomienda la realización de los servicios, todo lo que pone de relieve una innegable situación de dependencia propia del contrato de trabajo» (STS de 22 de abril de 1996. núm. de rec. 2613).

⁵⁶ Entiende el autor GONZALEZ VILLANUEVA que «si el trabajador por cualquier medio informático, va a estar sometido y controlado por las directrices emanadas de la empresa, ello va a suponer un indicio muy significativo de que nos encontramos ante una manifestación típica de dependencia laboral» (GONZALEZ VILLANUEVA, F.J. La ordenación de tiempo de trabajo de los teletrabajadores. En *AL*, 2003, núm.11, p. 6).

obviarse el hecho de que no todos los teletrabajadores gozan de libertad en cuanto al establecimiento de su horario.

Debido a ello, la existencia de una jornada de trabajo, o de un horario concreto, puede tomarse como un indicio, que permite concluir que el teletrabajador se encuentra sujeto al poder de dirección y a la organización del empleador.

Del mismo modo, debe ser interpretada la obligación que se le impone, en ocasiones, al trabajador de presentarse, con cierta frecuencia, en los centros de la empresa, para puestas en común, reuniones etc. Ello supone un grado de participación en la empresa que no suele ser habitual en el caso de los profesionales que contratan con el empresario mercantil o civil.

2.2.2.- La ajenidad en el teletrabajo

El fundamento de la ajenidad ha variado a lo largo del tiempo. Se trata de lo siguiente: la ventaja que produce el trabajo es adquirida por una persona distinta del que presta la actividad, aunque, lógicamente, suele incluirse una compensación por ello.

Si bien es cierto que han sido mencionadas incluso seis teorías para explicar el concepto de ajenidad, solamente tres han gozado del respaldo suficiente como para poder ser mencionadas:

1.- Puede hacerse referencia a la tesis que asimilaba la ajenidad a la irrelevancia de riesgos para el trabajador.

2.- Se puede contemplar lo mencionado por ALONSO OLEA, que entendía que se daba el elemento de la ajenidad «cuando se da la traslación inicial de la titularidad de los frutos del trabajo, desde el empleado al empleador»⁵⁷.

⁵⁷ AA.VV. *Manual de Derecho del Trabajo*. Navarra: Editorial Aranzadi, 2008. p. 65.

3.- Se encuentra la teoría de ALARCON CARACUEL que hace mención a la ajenidad en el mercado, asumiendo que el producto directo es jurídicamente ajeno a los consumidores⁵⁸.

Efectivamente, aquella persona que trabaja por cuenta propia recibe directamente unos ingresos como resultado de la actividad económica que lleva a cabo. La ajenidad por su parte refleja la idea contraria.

Por lo tanto, puede decirse que no se vincula de forma exclusiva el resultado de la actividad a la utilidad económica⁵⁹.

El titular del negocio o de la actividad profesional se vincula totalmente a los resultados de la empresa, mientras que el trabajador queda asociado a una cantidad de dinero que ha sido pactada en concepto de salario.

En resumen existen diferentes tesis respecto de la ajenidad.

a) Ajenidad en los frutos.

Los frutos del trabajo son atribuidos de forma inicial y directa a una persona distinta de la que realiza el trabajo. Es decir que la persona que de forma personal presta sus servicios no es la destinataria final de los bienes o servicios producidos⁶⁰.

⁵⁸ ALARCON CARACUEL mantiene que «el trabajador-productor directo de los productos es jurídicamente ajeno a los consumidores de sus productos, ya que es el empleador y no él quien directamente pone en circulación económica los productos elaborados por el primero, con la consiguiente obtención de la plusvalía correspondiente, en su caso» (ALARCON CARACUEL, M. La ajenidad en el mercado: un criterio definitorio del contrato de trabajo. En *REDT*, 1986, núm. 28. P. 501).

⁵⁹ Así, entiende ALARCON CARACUEL que en estos términos es posible entender la ajenidad como «la ausencia de una utilidad económica vinculada exclusivamente al resultado de una actividad profesional, entendiendo por tal la empresarial, agrícola, liberal o de cualquier otro tipo» (*Ibidem*).

⁶⁰ La jurisprudencia menciona a este respecto que se trata de «ajenidad por cuanto los frutos del trabajo se transfieren "ab initio" al empresario, que a su vez asume la obligación de pagar el salario con independencia de la obtención de beneficios» (STSJ de Navarra de 7 de enero de 2009. núm. de rec. 541).

Del mismo modo, se subraya que «en efecto, hay ajenidad pues los frutos o resultados del trabajo del demandante repercutían en beneficio de la empresa demandada, que los hacía suyos, sin que aquel asumiera los riesgos inherentes al trabajo» (STSJ del Principado de Asturias de 20 de marzo de 2009. núm. de rec. 2877).

La idea es que la pertenencia inicial de los frutos del trabajo lleva directamente a la potestad dirección de la actividad del trabajador, con el fin de ordenar tanto la calidad como la cantidad del resultado.

b) Ajenidad en los riesgos.

El origen de esta teoría puede situarse en la doctrina francesa sobre la responsabilidad agraviada del empresario.

La deuda contractual del trabajador es una deuda de actividad, no de resultado, independiente por tanto de los beneficios y también de los riesgos que pueda generar dicha actividad.

Se trata del hecho de que el trabajador pone a disposición del empresario su servicio, su trabajo, y a cambio de ello percibirá un salario. Pero es el empresario el que asume los distintos riesgos que puedan darse.

c) Ajenidad en la utilidad patrimonial.

Los bienes o servicios producidos no le reportan al trabajador beneficio económico de forma directa, ya que ese beneficio primario le corresponde al propio empresario, y este, a su vez, compensará al trabajador.

La propia jurisprudencia en multitud de ocasiones se ha manifestado haciendo alusión a cuales con las notas características que pueden delimitar la presencia o no de la ajenidad en una relación profesional.

Pero lo que resulta imprescindible es ver si esas notas concurren en el teletrabajo, para poder determinar si esa nueva forma de organizar la actividad laboral entra dentro de una relación laboral o no⁶¹.

⁶¹ Atendiendo a lo mencionado por la jurisprudencia, «indicios comunes de la nota de ajenidad son, entre otros: la entrega o puesta a disposición del empresario por parte del trabajador de los productos elaborados o de los servicios realizados; la adopción por parte del empresario – y no del trabajador – de las decisiones concernientes a las relaciones de mercado o con el

Uno de los principales argumentos con los que se puede contar para poder establecer un criterio de laboralidad en relación con el teletrabajo es la titularidad de los medios de producción, o más concretamente, la ajenidad de dicha titularidad. Si el trabajador, para la realización de su trabajo, opera con un software que el mismo ha creado, entonces se entiende que se da el componente de la independencia.

En cambio, si para la realización de la actividad es necesario valerse de los programas, soportes, bases de dato etc de terceros, en ese caso se entiende que el trabajador se encuentra integrado en la unidad productiva de titular que corresponda, no se da, por tanto, el elemento de la independencia.

Respecto de los restantes medios de producción, con los que el teletrabajador debe contar para llevar a cabo su trabajo, si es la propia empresa la que pone a disposición del sujeto los mencionados medios, entonces debe entenderse que existe un contrato de trabajo. En el caso contrario se presume que la relación mediante la cual se encuentran unidos el trabajador y el empresario es un arrendamiento de servicios.

No puede decirse que se trata de un criterio absoluto, por lo que hay que proceder con ciertas cautelas, ya que las premisas que se han dado anteriormente son matizables. A pesar de que en ocasiones ocurra que el teletrabajador aporta su propio ordenador, o alguno otro elemento necesario para la actividad, se entiende que la nota de ajenidad permanece en la medida en que la obligación del teletrabajador sigue siendo poner su actividad al servicio de un empresario (que es el titular de la organización productiva).

Otro de los indicios que conducen a concluir la existencia de un trabajador por cuenta ajena es el abono regular, constante, de una cantidad fija en concepto de retribución por los servicios prestados; o aunque no se de este tipo de remuneración, que sea la propia empresa la que asuma los gastos que

público, como fijación de precios o tarifas, y la selección de clientela, o personas a atender; el carácter fijo o periódico de la remuneración del trabajo; y su cálculo con arreglo a un criterio que guarde una cierta proporción con la actividad prestada, sin el riesgo y sin el lucro especial que caracterizan a la actividad del empresario o al ejercicio libre de las profesiones» (STS de 18 de marzo de 2009. núm. de rec. 1709; STS de 11 de mayo de 2009. núm. de rec. 3704 y STS de 23 de noviembre de 2009. núm. de rec. 170).

pueda acarrear la actividad del teletrabajo (a pesar de que la actividad se realiza fuera de la empresa, ya sea en el propio domicilio del teletrabajador, o en un telecentro, se generan una serie de gastos, tales como las conexiones a redes informáticas, la luz, el agua...).

A la vista de las particularidades presentadas por el teletrabajo parece interesante referirse a la opción tomada por el ordenamiento jurídico italiano, que en ciertas ocasiones reconoce tutela laboral a favor de los trabajadores autónomos.

Se trata del llamado trabajo parasubordinado, una institución de creación doctrinal que ha sido tipificada por el ordenamiento jurídico italiano. Se trata de una figura que recoge aquellas prestaciones de trabajo autónomo que cuenten con los siguientes tres elementos: continuidad, coordinación y personalidad prevaleciente.

En un primer momento, el trabajo parasubordinado fue regulado a través de la Ley Vigorelli 741/1959⁶² que poseía eficacia erga omnes respecto de los contratos colectivos⁶³. Posteriormente, este alcance se extendió, a través de la Ley 533/1973, al ámbito del proceso laboral⁶⁴. Esto a su vez produjo una reforma en el Código de Procedimiento Civil italiano, que dispuso «el sometimiento al procedimiento laboral de las controversias surgidas en las relaciones de agencia, representación comercial y otras relaciones de

⁶² Legge 14 luglio 1959, n. 741 (in Gazz.Uff, 18 settembre, n. 225). Norme transitorie per garantire minimi di trattamento economico e normativo ai lavoratori (Las normas transitorias para garantizar un salario mínimo y las condiciones de los trabajadores).

⁶³ Así lo manifiesta FERNANDEZ SANCHEZ cuando dice que «el trabajado parasubordinado, aparece considerado por el legislador con la Ley Vigorelli 741/1959, cuyo artículo 2 extendía erga omnes los convenios colectivos y los acuerdos económicos también a las relaciones de colaboración no subordinada que se concretan en una prestación de obra continuada y coordinada. El legislador entendió que los colaboradores no subordinados, cuya prestación fuese continuada y coordinada, debían gozar de un trato económico y normativo mínimo inderogable, al igual que los trabajadores subordinados» (FERNANDEZ SANCHEZ, S. Apunte sobre el trabajo parasubordinado como vía flexibilizadora del derecho de trabajo en Italia. En *RL*, 2007, núm.15, tomo 2. p. 290).

⁶⁴ Legge 11 de agosto 1973, n 533 (in Gazz. Uff, 13 settembre, n. 237). Disciplina delle controversia individuali di lavoro e delle controversia in materia di previdenza e di assistenza obbligatorie. (Reglamento de conflictos laborales individuales y los litigios relativos a la seguridad y la asistencia necesarias).

colaboración que se concreten en una prestación de obra continuada, coordinada y aparentemente personal, aunque no de carácter subordinado»⁶⁵.

Efectivamente, puede decirse que aquellas personas que trabajen en este régimen tienen reconocido por el ordenamiento italiano «dos garantías fundamentales: la inderogabilidad de los derechos establecidos a favor de este colectivo a través de la negociación colectiva y el sometimiento de las controversias que los afecten a la normativa procesal laboral»⁶⁶.

En principio, puede pensarse que se trata de una figura a mitad de camino entre el trabajo subordinado y el trabajo autónomo, si bien también puede entenderse como una respuesta a ciertas situaciones en las que si bien no existe un vínculo de subordinación propiamente si se manifiesta un cierto grado de dependencia⁶⁷.

Como puede apreciarse, el ordenamiento jurídico italiano propone la aplicación de esta figura solo en aquellos casos en los que se den tres elementos, de carácter acumulativo:

1.- La continuidad. Se refiere a que la prestación del servicio tiene que darse de forma reiterada y persistente.

2.- La coordinación, que viene a hacer referencia a la conexión que debe establecerse «entre la prestación laboral y la actividad o el interés del empresario destinatario, al logro de cuya finalidad contribuye la primera»⁶⁸.

3.- Que la prestación tenga un carácter fundamentalmente personal.

⁶⁵ SELLAS I BENVINGUT, R. *Op.Cit.* p. 52.

⁶⁶ *Ibidem.*

⁶⁷ Podría entenderse como una nueva categoría de relaciones laborales, que se sitúa a medio camino ente el trabajo de carácter subordinado y el trabajo de carácter autónomo. Si bien también puede tomarse como una relación ciertamente singular, en la que pese a no darse un vínculo de subordinación propiamente, si se genera un cierto estado de dependencia económica.

⁶⁸ SELLAS I BENVINGUT, R. *Op. Cit.* p. 53.

Teniendo en cuenta la amplitud con la que se regula esta figura en el ordenamiento italiano, la inclusión del teletrabajador dentro del ámbito de los trabajadores autónomos parasubordinados se supedita a las circunstancias del caso concreto, sin establecer unos criterios generales que puedan resultar de aplicación de forma genérica.

El trabajo parasubordinado encuentra equivalencia en el ordenamiento español a través de la figura de los TRADEs, esto es, los trabajadores autónomos económicamente dependientes.

Como ya se ha mencionado al comienzo de este mismo apartado (2.2), el artículo 11.1 de la Ley del Estatuto del Trabajo Autónomo de 11 de julio de 2007 define a este tipo de trabajador como «aquel que realiza una actividad económica o profesional a título lucrativo y de forma habitual, personal, directa y predominante para una persona física o jurídica, denominada cliente, del que depende económicamente por percibir de él, al menos, el 75% de sus ingresos por rendimientos de trabajo y de actividades económicas o profesionales»⁶⁹.

En síntesis, para que pueda considerarse que se está ante un trabajador autónomo económicamente dependiente tienen que darse una serie de premisas:

1.- No podrá tener a su cargo trabajadores por cuenta ajena ni contratar o subcontratar parte o toda la actividad con terceros (respecto de la actividad que contrate con el cliente del que depende económicamente como de las actividades que pudiese contratar con otros clientes.

2.- No podrá llevar a cabo su actividad de manera indiferenciada con los trabajadores que presten sus servicios bajo cualquier modalidad de contratación de carácter laboral por cuenta del cliente.

3.- Deberá disponer de infraestructura productiva y material propios, necesarios para el ejercicio de la actividad e

⁶⁹ BOE de 12 de julio de 2007. núm. 166.

independientes de los de su cliente, cuando en dicha actividad sean relevantes económicamente.

4.- Deberá desarrollar su actividad con criterios organizativos propios, sin perjuicio de las indicaciones técnicas que pudiese recibir de su cliente.

5.- Percibirá una contraprestación económica en función del resultado de su actividad, de acuerdo con lo pactado con el cliente y asumiendo riesgo y ventura de aquélla.

La principal característica que diferencia al TRADE frente al resto de los trabajadores autónomos es la dependencia económica respecto de uno de sus clientes, pero en cualquier caso no es este el tema que ocupa por lo que no se procederá a un análisis más detallado de esta figura.

En el ordenamiento jurídico español, una vez determinado que el teletrabajo puede considerarse dentro del ámbito del Derecho de Trabajo, a la vista de que se contemplan las notas de dependencia y ajenidad, será necesario determinar si esta nueva forma de organizar la actividad laboral puede encajar en alguna modalidad concreta de contrato de trabajo contemplada en el ordenamiento jurídico vigente.

En principio, se admite que el teletrabajo pueda encajar en cualquiera de las modalidades que se regulan en el ordenamiento, por lo que se podría hablar de un contrato a tiempo completo, a tiempo parcial, un contrato de duración definida, indefinida...

Si bien es cierto que dadas las características presentadas por el teletrabajo, y, en especial, teniendo en cuenta el lugar en el que se lleva a cabo la prestación de la actividad, fuera del centro tradicional, el contrato de trabajo a domicilio, tras la reforma del Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero, denominado trabajo a distancia, puede entenderse como una opción muy viable. No obstante, se trata de una modalidad que presenta ciertas dificultades que se analizarán a continuación, no sin antes realizar unas breves referencias al propio contrato a domicilio, tal y como se encontraba redactado de forma

previa a la presente reforma, para posteriormente añadir los cambios producidos por la misma.

2.3.- Contrato de trabajo a domicilio

2.3.1.- Aproximación histórica

Ciertamente resulta arduo tratar de determinar en qué momento exacto apareció el trabajo a domicilio como una modalidad contractual generalizada. Además hay que tener en cuenta el hecho de que no todos los ordenamientos jurídicos cuentan con las mismas figuras contractuales, por lo que no todos los Estados poseen este tipo de contrato, al margen de las diferencias que pueden darse según las necesidades de los diversos sectores.

Efectivamente la historia del trabajo a domicilio se encuentra íntimamente ligada a determinados sectores, y de forma muy especial al sector manufacturero.

Ni en el mundo antiguo, ni en Roma y ni siquiera en la época gremial podría hablarse de la existencia del trabajo a domicilio, esto quizás sea porque la verdadera expansión de esta modalidad se produce gracias a los avances técnicos que van dándose.

Es por esta razón por la que algunos ordenamientos, como por ejemplo el español, no conocieron esta figura hasta más tarde.

Con la llegada del liberalismo económico se abre de nuevo la puerta al desarrollo del trabajo a domicilio.

En efecto, el liberalismo tuvo diversas consecuencias respecto de las relaciones laborales posibilitando que el Derecho del Trabajo se iniciase como una disciplina autónoma. Estos efectos fueron especialmente relevantes en

relación con aquellas prestaciones que se ejecutaban en el propio domicilio del trabajador.

Al producirse la llamada «Revolución Industrial» diversos factores hicieron pensar que el trabajo a domicilio iba a ver como sus condiciones empeoraban. Y es que para poder competir con el uso de las nuevas técnicas que comenzaban a generalizarse el trabajo a domicilio tuvo que resignarse a condiciones deprimentes.

En el caso español hay que tener en cuenta el retraso que se produjo en lo que al proceso de industrialización se refiere, situando el comienzo del mismo en los años 30. Con el auge de las industrias manufactureras catalanas, muchos de los talleres de naturaleza artesanal fueron desapareciendo a favor de las nuevas máquinas.

El trabajo a domicilio se veía como una sucesión de inconvenientes debido al estado del lugar de trabajo, a menudo con unas condiciones de salubridad muy discutibles y con insignificantes salarios, si bien no se trata de elementos esenciales respecto del trabajo a domicilio, sino que en la mayoría de los casos están condiciones venían dadas por el abuso de los responsables.

Había que considerar el hecho de que la atención que se les prestaba a estos trabajadores era bastante escasa, favoreciendo de ese modo que la situación social de los empleados fuese absolutamente nefasta. Ante esta situación se trata de poner en evidencia las penosas condiciones de trabajo.

Pero lo que no logra entenderse es el hecho de que ante esta situación de carácter tan sumamente precario no se actuase con una mayor celeridad, tratando de garantizar al menos unas condiciones dignas mínimas a través de la regulación jurídica⁷⁰.

⁷⁰ En este mismo sentido se pronuncia DE LA VILLA cuando menciona que «el interrogante que surge con frecuencia gira en torno a la cuestión del por qué la regulación jurídica, es decir, la protección de que se viene hablando, apareció tan tardíamente, habida cuenta de la situación de base reflejada ... Ello quizás se debiera a la exagerada exaltación de las ventajas del trabajo a domicilio, lo cual no solo sirvió para mantener el trabajo a domicilio como sistema productivo, sino también para retrasar en el tiempo su protección (DE LA VILLA GIL, L.E. *El trabajo a domicilio*. Pamplona: Editorial Aranzadi, 1966, p. 42).

Las múltiples ventajas que presentaba el trabajo a domicilio (que la actividad se preste en la intimidad del hogar, junto a los miembros de la familia, con la protección de la misma...) hizo que el trabajo a domicilio se mantuviese a pesar de las condicionantes tan negativas que lo rodeaban, pero a su vez, esto hizo que el propio Estado se involucrase, interviniendo por vías normativas.

Es evidente que en la actualidad la situación normativa de estos trabajadores dista mucho del marco que ha sido presentado con anterioridad, y es que las condiciones en las que prestan sus servicios han mejorado sobremanera.

2.3.2.- El trabajo a domicilio en el origen del Derecho del Trabajo

El Derecho del Trabajo, entendido como la disciplina autónoma que hoy es, no nació hasta el primer cuarto del siglo pasado. Y si bien no puede decirse que se trata del único factor determinante, resulta cierto que el Código de Trabajo publicado en el año 1926 representó un papel fundamental.

Este Código supuso la recopilación de las normas de carácter social, aunque también es verdad que no reúne todas las normas de Derecho del Trabajo que existían en ese momento, sino que se constituye en base a un esquema en el que el contrato de trabajo se presenta como el eje central⁷¹.

Sin embargo, y a pesar de la proximidad temporal, el Real Decreto-Ley de 26 de julio de 1926 aventajo al Código de Trabajo, regulando por vez primera, y con carácter general, el trabajo a domicilio, para, un año más tarde,

⁷¹ DE LA VILLA GIL menciona que efectivamente «para comenzar la unificación se eligen los puntos que, en el vasto dominio de una legislación tan profusa y oscilante, ofrecen una mayor peculiaridad a su particular idiosincrasia, más estabilidad, utilidad y madurez mayor. Se concentraron todos alrededor del contrato de trabajo que, pese a ser la institución central y básica, no había logrado entronizarse en las leyes patrias, a pesar de los esfuerzos asumidos en tal sentido a partir de 1904» (DE LA VILLA GIL, L.E. *Op. Cit.* p. 99).

y a través del Real Decreto-Ley de 20 de octubre de 1927, aprobarse el Reglamento referente a esta modalidad de trabajo⁷².

El Reglamento se estructura de la siguiente forma:

1.- Un primer capítulo en el que se alude al concepto de trabajo a domicilio y a los sujetos que conformar dicho contrato, esto es, el obrero y el patrono.

2.- Un segundo capítulo en el que se menciona el Patronato del trabajo a domicilio, su composición, sus facultades...

3.- El tercer capítulo es el que hace referencia a los comités paritarios de fijación de tarifas de retribución y,

4.- En un cuarto capítulo se hace referencia a las facultades que poseen esos comités.

5.- El quinto capítulo del Reglamento hace alusión a la inspección, mencionando que es responsabilidad de la Inspección de Trabajo la vigilancia del cumplimiento de las disposiciones legales sobre el trabajo a domicilio.

6.- Por último el capítulo seis apunta a la cuestión de las sanciones.

Cuatro años después de la aparición de este Reglamento se aprobó la Ley de Contratos, en el 21 de noviembre del año 1931, pero esta no trató el trabajo a domicilio⁷³.

Habrá que esperar hasta la Ley de Contratos del año 1944, que incluía en su Libro II la regulación del trabajo a domicilio, para que la normativa establezca una clara diferenciación entre los contratos de trabajo comunes y el

⁷² Gaceta de Madrid de 31 de julio de 1926. núm. 212 y Gaceta de Madrid de 25 de octubre de 1927. núm. 298.

⁷³ Gaceta de Madrid de 22 de noviembre de 1931. núm. 326.

contrato a domicilio que es clasificado como un contrato de naturaleza especial⁷⁴.

2.3.3.- Concepto

El contrato de trabajo a domicilio, atendiendo a lo establecido por el artículo 13 del TRLET, puede definirse como «aquel en el que la prestación de la actividad laboral se realice en el domicilio del trabajador o en el lugar elegido libremente por este y sin vigilancia del empresario»⁷⁵.

Evidentemente, son dos las notas que caracterizan el contrato de trabajo a domicilio:

1.- La libre elección del lugar de trabajo.

El trabajador puede elegir el lugar en el que va a llevar a cabo la prestación, con las dos únicas limitaciones de:

a) el lugar debe ser elegido libremente por el propio trabajador.

b) debe ser un lugar que no se encuentre sometido a la vigilancia directa e inmediata del empresario.

2.- La falta de vigilancia directa e inmediata por parte del empresario

Respecto de la primera de las características, es necesario aclarar que cuando se hace referencia a un lugar distinto al centro de trabajo, dicho lugar

⁷⁴ BOE de 24 de febrero de 1944. núm. 55.

⁷⁵ Tras la reforma llevada a cabo por el Real Decreto – Ley 3/2012, de 10 de febrero dicho artículo es modificado, y en lugar de hablar de trabajo a domicilio se hace referencia a trabajo a distancia, entendiéndose que tendrá dicha consideración «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» (BOE de 11 de febrero de 2012. núm. 36).

puede ser tanto el domicilio del propio trabajador, como el lugar que éste, de forma libre, haya escogido.

Realmente esto lleva a plantearse la cuestión de que la denominación de contrato de domicilio no tiene por qué darse de forma estricta, ya que si bien el trabajador puede prestar la actividad desde su propio domicilio, no tiene porque ser así de forma necesaria. Es por ello que quizás resultaría más acertado hablar de contrato a distancia⁷⁶.

Con todo, lo verdaderamente relevante no es que el lugar sea o no el domicilio del empleado, sino que se trate de un lugar que no se vea alcanzado por el control directo del empresario, cuestión esta que puede relacionarse con la segunda de las notas previamente mencionadas, es decir, que la actividad se lleve a cabo sin la vigilancia del empresario.

En este sentido, y conforme a lo apuntado, como señal característica del trabajo a domicilio, para que se trate de un verdadero contrato a domicilio debe existir ausencia de vigilancia directa e inmediata.

El hecho de que no exista un control directo por parte del empleador puede suscitar dudas acerca de la presencia de la dependencia en la relación laboral.

Se entiende que puede hablarse de la concurrencia de la dependencia ya que el trabajador se encuentra dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, es decir, el empresario.

Y es que el hecho de que no exista vigilancia directa, no viene a ser lo mismo que la ausencia de control.

⁷⁶ En este sentido se pronuncia SIERRA BENÍTEZ cuando explica que «en concreto, al no exigirse el domicilio como lugar exclusivo para la realización de la actividad laboral, el contrato debería denominarse contrato a distancia...» [SIERRA BENÍTEZ, M. Introducción: del contrato de trabajo del patrono y obrero al contrato de trabajo de profesionales a distancia. En AA.VV. *Vademecum de contratación laboral* (Coord: CARDENAL CARRO, M.) Murcia: Editorial Laborum, 2001. p. 270].

Y es que no puede entenderse esta falta de vigilancia como la inexistencia de la nota de dependencia, sino que en todo caso se trataría de una disminución del grado de intensidad de la misma⁷⁷.

Merece la pena incluir la opinión, acerca del concepto de dependencia en este contexto, de GARCIA NINET y DE LA VILLA⁷⁸.

En esta concreta cuestión afirman los autores que «la dependencia jurídico-unitaria, correlativa del poder genérico de organización del empleador, está presente en el trabajo a domicilio, debiendo entenderse como la sumisión a la esfera de actividad del empleador en lo referente a asignación y distribución de trabajo, directrices para la ejecución del mismo, controles inicial y final, etc., a fin de poder lograr el desarrollo pleno de la prestación de trabajo de los trabajadores a domicilio»⁷⁹.

Asimismo, debe recordarse el hecho de que en la prestación de la actividad a través del régimen del teletrabajo puede optarse por tres vías, dependiendo de cual sea el enlace electrónico que se mantenga con la empresa.

Si la modalidad en cuestión es *off line*, es decir, que no se establece conexión alguna entre el teletrabajador y la empresa, se entiende que el teletrabajador lleva a cabo su trabajo sin la vigilancia directa del empresario, por lo que se trata de un supuesto que no presenta dificultades.

En la modalidad de teletrabajo *one way line* el trabajo se desempeña a través de una videoterminal que se encuentra conectada de modo unidireccional, ya que los datos se transmiten al ordenador de la empresa, pero

⁷⁷ A este respecto afirma SELLAS I BENVINGUT que «la dependencia en cualquier actividad productiva, y por tanto, también en el trabajo a domicilio, es variable, siendo susceptible de mayor o menor intensificación en cada caso. Y en particular, la dependencia en el trabajo a domicilio es, en su conjunto, de menor intensidad respecto al trabajo interno» (SELLAS I BENVINGUT, R. *Op. Cit.* p. 88).

⁷⁸ DE LA VILLA GIL, L.E y GARCIA NINET, J.I. Contrato de trabajo a domicilio (comentario al art.13 E.T.) Comentarios a las leyes laborales. El Estatuto de los trabajadores. En *RDP*, 1985. pp. 331-332.

⁷⁹ SELLAS I BENVINGUT, R. *Op. Cit.* p. 89.

no se establece un control directo sobre el terminal de origen, ya que no existe posibilidad de interacción por parte de la empresa.

En suma, este segundo caso tampoco plantea demasiadas dudas, ya que no se da, al igual que en el caso anterior, una vigilancia directa por parte del empresario.

Efectivamente, en estas dos modalidades puede entenderse que al no existir una vigilancia directa y mediata por parte del empresario se cumple con el presupuesto exigido en el artículo del TRLET (atendiendo a la redacción anterior a la reforma), para que pueda darse el trabajo a domicilio, pudiendo por tanto afirmar que el teletrabajo, en estos casos, encaja en el presupuesto legal.

El principal problema se plantea cuando la conexión empleada por el teletrabajador es bidireccional, esto es, *two way line*, puesto que el trabajador se encuentra conectado a la compañía, de tal modo que puede realizarse un intercambio de información por ambas partes.

Esto implica que puede darse una vigilancia directa por parte del empresario, que a través de los medios informáticos puede saber en todo momento que es lo que están haciendo sus trabajadores, y es que si bien se modifican las vías de control, la vigilancia sigue dándose del mismo modo.

Es este extremo el que suscita dudas, ya que si existe un control tan directo por parte del empresario debería entenderse que este supuesto no encajaría en el contrato de trabajo a domicilio⁸⁰.

Obviamente no puede decirse que en el caso del teletrabajo el empresario no tenga control alguno de la actividad que está llevando a cabo el trabajador, ya que a través de los propios medios telemáticos puede, de forma

⁸⁰ Según el criterio de ESCUDERO RODRÍGUEZ «lo determinante para que se dé el supuesto de hecho acogido en el artículo 13.1 del ET es que no se produzca un control directo y potencialmente constante por parte del empresario, se materialice aquel ya sea a través de la presencia física ya sea por medio de otros mecanismos como los que hacen posibles las nuevas técnicas informáticas y de las telecomunicaciones, en apariencia invisibles pero igualmente eficaces» (ESCUDEO RODRÍGUEZ, R. Teletrabajo. En AA.VV. *Descentralización productiva y nueva formas organizativas del trabajo*. Madrid: Editorial, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2000, p. 811).

regular, vigilar el desempeño de las tareas que le hayan sido encomendadas al trabajador. Es más, incluso podría decirse que en estos casos el control se ve intensificado⁸¹.

La duda que suscita esta situación es saber hasta qué punto puede condicionar la calificación jurídica, el requisito de la falta de vigilancia por parte del empresario. Es decir, queda claro que se trata de una formulación necesaria para la inclusión del teletrabajo en el trabajo a domicilio, pero ¿resulta definitoria? Se trata de una duda que ha sido manifestada por algunos autores⁸².

Resulta obvio que se trata de una formulación sustancial de la modalidad del contrato, requisito, por tanto, insustituible, el cual no puede desaparecer para dar cabida a una realidad surgida de forma posterior a la concepción del trabajo a domicilio.

El destino sociológico de una institución concreta no puede suponer un impedimento para que la misma pueda aplicarse a otras situaciones diferenciadas, siempre y cuando estas situaciones cumplan con los rasgos definitorios exigidos por la normativa para dicha institución.

El problema surge en la aplicación de esas características, ya que si las mismas se aplican de forma estricta y sin observancia alguna de la necesidad de una reinterpretación que se ajuste a la situación concreta, las limitaciones de la aplicación de la institución seguirán ahí.

Resulta cierto que la realidad sociológica del trabajo a domicilio es distinta de la realidad sociológica presentada por el teletrabajo, aunque pueda parecer que comparten ciertos puntos de convergencia.

⁸¹ La propia jurisprudencia así lo ha manifestado «pero estando en todo momento presente virtualmente en la empresa, de manera que la comunicación que permite las nuevas tecnologías es continua, pudiendo la empresa controlar el trabajo, dar directamente instrucciones, recibir al instante el fruto del mismo, dirigirlo, modificarlo...» (STSJ de Madrid, de 30 de septiembre de 1999. núm. de rec. 2938).

⁸² El propio THIBAUT ARANDA se pregunta hasta qué punto la calificación legal del teletrabajo como trabajo a domicilio puede depender de la concurrencia de la falta de vigilancia. (THIBAUT ARANDA, J. El Teletrabajo. *Op. Cit.* p. 62).

No resulta menos cierto el hecho de que en la realidad se están dando una serie de factores que están haciendo que el concepto tradicional de producción se flexibilice, así como la organización de empresas.

En síntesis, puede decirse que podrá incluirse el teletrabajo dentro de la modalidad de trabajo a domicilio, únicamente, cuando el trabajador lleve a cabo la actividad profesional en su propio domicilio, o en cualquier otro lugar que haya sido libremente elegido por el, siempre y cuando dicha actividad se realice sin el control o vigilancia del empresario. Por lo que aquellos teletrabajadores que se encuentran conectados a las terminales de la empresa, y, por tanto, son susceptibles de ser vigilados por sus empleadores, quedan fuera de esta calificación.

En cualquier caso debe tenerse en consideración que tras los cambios establecidos a través de la reciente reforma, previamente mencionada, la redacción del artículo 13.1 varia, y en el nuevo texto no se hace referencia alguna a la vigilancia por parte del empresario.

Siendo así, en el caso de los teletrabajadores resultaría irrelevante si los mismos, debido a la modalidad de conexión de la que hacen uso, se ven sometidos, o no, a la vigilancia del empresario, ya que dicha condición queda suprimida.

2.4.- Vías de introducción del teletrabajo en la empresa

2.4.1.- Modificaciones sustanciales en el contrato de trabajo

Una vez dilucidados los problemas que pueden acontecer entorno al contrato de trabajo y sus distintas modalidades respecto al teletrabajo, es necesario tener en cuenta la cada vez mayor adaptabilidad y movilidad de las empresas.

La empresa debe adecuarse a los cambios y los comportamientos del mercado, más aun con la creciente participación en los mercados

internacionales. Todo ello hace que el empresario deba adaptar sus decisiones organizativas a las nuevas demandas del mercado, y este se trata de un hecho que, sin duda alguna, tendrá su especial repercusión en los contratos de trabajo.

Efectivamente, ha de repararse en el hecho de que los cambios producidos en el mercado pueden hacer que la empresa deba reorganizarse en su estructura interna para poder hacer frente a las nuevas necesidades, y esos cambios pueden implicar modificaciones en los contratos de trabajo ya existentes. Por lo que resultará imprescindible atender a lo que ocurre en dichos casos⁸³.

Debe hacerse una referencia específica a lo que ocurre con el teletrabajo, porque, tal y como ya ha podido analizarse en los apartados anteriores, esta forma de organización de la actividad puede tener cabida en alguna de las modalidades contractuales ya incluidas en el ordenamiento jurídico, como es el caso del contrato de trabajo a domicilio, por lo que habrá de estarse a los cambios que pueden producirse dentro de este ámbito concreto.

Por consiguiente, no resultan inusuales los cambios en las relaciones contractuales.

Cuando en el contrato de trabajo se producen ciertas modificaciones, a simple vista, bastaría con hacer alusión al principio de la autonomía de la voluntad para entender como lícitas dichas modificaciones. Y es que el artículo

⁸³ Es necesario subrayar que «la relación laboral, en tanto que se desarrolla en un espacio de tiempo de duración más o menos amplia, tiene carácter continuado o duradero. Las respectivas obligaciones que de ella derivan han de ser cumplidas con prestaciones periódicas. De ahí que venga afirmándose que el contrato que constituye tal relación sea de tracto sucesivo; lo cual no es del todo ajustado, ya que dicho contrato lo que viene a crear son situaciones jurídicas de cierta permanencia, con desarrollo constante. Este carácter continuado o duradero de la mencionada relación lleva consigo que las condiciones de trabajo e incluso el propio contenido de la prestación, difícilmente hayan de quedar inalterados en el decurso de aquélla. Múltiples circunstancias propician su modificación. En ocasiones, por cuanto que la aparición de nuevos órdenes normativos puede hacer obligado el cambio de las condiciones de trabajo afectadas por aquéllos, para ajustarlas a su disciplina» (MARTÍNEZ EMPERADOR, R. La modificación sustancial de condiciones de trabajo (1). En *AL*, Sección Doctrina, Ref. XXXII, tomo 2, 1994. p. 2).

1255 del Código Civil establece libertad respecto de las partes para establecer todos aquellos pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente.

Efectivamente, las partes no solo son libres de comenzar o dar por finalizada la relación laboral, sino que además, y dependiendo de los intereses de ambas partes pueden realizar las modificaciones que estimen oportunas en la relación laboral⁸⁴.

De todas formas, y haciendo una mención expresa a los casos de teletrabajo, no parece existir ningún impedimento para que en el propio contrato o en la negociación colectiva se establezca una cláusula o una garantía de ocupación de un puesto en la empresa en caso de que exista una vacante o en caso de darse un puesto de nueva creación.

Es decir, que nada impide reservar a los teletrabajadores la posibilidad de ser incluidos en la empresa en caso de que exista dicha posibilidad de acuerdo a la organización interna del trabajo.

Del mismo modo, puede darse la situación contraria, es decir, que en aquellos casos en los que vaya a optarse por establecer un régimen de teletrabajo, que sean los propios trabajadores internos de la empresa los que puedan optar a sumarse a esta nueva forma de organización de la actividad laboral, siempre y cuando ellos mismos acepten las condiciones.

La necesidad, cada vez mayor, que afecta a las empresas para lograr su adaptabilidad a los cambios y a la realidad en la que operan, justifica la toma de ciertas modificaciones de forma unilateral.

Con ello, se está haciendo referencia al conocido como *ius variandi*; un derecho que le corresponde al empresario como manifestación de su poder de organización y dirección, tal y como se reconoce en los artículos 1.1 y 20.1 del TRLET.

⁸⁴ Cuando el trabajo realizado en el interior del centro tradicional de la empresa se convierte en trabajo a distancia no parece existir problema en calificar esta acción como una novación contractual. Es por ello que salvo que se dé un caso de abuso de Derecho por parte del empresario, el acuerdo al que hayan llegado las partes resulta perfectamente válido.

Ahora bien, y sin entrar a juzgar el alcance y los límites de este *ius variandi*, no parece que el mismo autorice al empresario para poder tomar decisiones que modifiquen de forma sustancial las condiciones del contrato de trabajo.

Y es que cuestión diferente es el hecho de que el empresario, mediante decisión unilateral pretenda trasladar a los trabajadores que se hallan prestando sus servicios en el centro tradicional de la empresa a un régimen de teletrabajo.

Esta cuestión podría entenderse como un supuesto de movilidad funcional contemplado en el artículo 39 del TRLET. Pero hay que matizar el hecho de que si bien se modifica la forma de prestar los servicios, eso no supone alterar el objeto de la prestación, porque si bien ciertas obligaciones inherentes a la prestación llevada a cabo en la empresa pueden diluirse o llegar a desaparecer, *stricto sensu*, formalmente la prestación continua siendo la misma.

No obstante, resulta lógico pensar que dadas las características del teletrabajo, se trata de un cambio no solo en el lugar de trabajo, sino que conlleva ciertos cambios en el modo de ejecución de la actividad laboral y en el modo de relacionarse con la empresa y el propio empresario⁸⁵.

En aquellos casos en los que la intención del empleador es el traslado de uno o alguno de sus empleados a un telecentro, parece que no se plantean demasiados problemas de encaje en los supuestos contemplados por el artículo 41 TRLET, ya que la lista que se contempla respecto de las modificaciones sustanciales en el apartado primero del artículo ahora

⁸⁵ Entienden algunos autores, y entre ellos ESCUDERO RODRÍGUEZ que «ha de tenerse en cuenta que el cambio en el lugar de trabajo bien puede ir acompañado de otras modificaciones en otros aspectos de las condiciones de trabajo: por ejemplo, en el régimen del salario, en la determinación de los sistemas de rendimiento, en las funciones realizadas o, incluso, en el lugar de residencia del trabajador. De ser así, podría tratarse de un cambio en las condiciones de trabajo...» (ESCUDERO RODRÍGUEZ, R. *Teletrabajo*. En AA.VV. *Ponencia Temática III, X Congreso Nacional de Derecho del trabajo y de la Seguridad Social*, Zaragoza, 28 y 29 de mayo de 1999, Madrid: Editorial Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2000, p. 831).

mencionado no es una lista cerrada, por lo que al margen de los supuestos ya contemplados podrían añadirse otros⁸⁶.

Por el contrario, la situación parece variar en aquellos casos en los que la intención del empresario es la de enviar a un trabajador a su propio domicilio, pasando a ser éste su nuevo lugar de trabajo, o la situación contraria, esto es, si pretende reintegrar en el seno del centro tradicional de la empresa a una persona que se encuentra prestando sus servicios bajo el régimen del teletrabajo.

Se entiende que en este tipo de situaciones la persona del trabajador va a ver alterado el lugar en el que lleva a cabo la actividad, si bien no puede decirse que vayan a modificarse las funciones que desempeña, esto es, el trabajador mantendrá las funciones que le corresponden, y, por tanto, seguirá prestando el mismo servicio, solo que en un lugar distinto al que acostumbraba.

El problema se plantea porque, efectivamente, aunque no se den variaciones en el trabajo propiamente del empleado, resulta cierto el hecho de que sí modifica la modalidad del vínculo contractual que une a las partes⁸⁷.

Ahora bien, debe matizarse que en aquellos casos en los que el teletrabajador lleva a cabo su cometido en el lugar que el libremente haya elegido para ello, el empresario no puede variar dicho lugar, ya que de ese

⁸⁶ Así lo señala THIBAUT ARANDA al reconocer que «la lista de posibles materias contenidas en el apartado primero del artículo 41 TRLET [es] ejemplificativa y no exhaustiva...» (THIBAUT ARANDA, J. *El teletrabajo: Análisis jurídico laboral*. Madrid: Editorial CES, 2000, pp. 213-214).

Se pronuncia también al respecto la jurisprudencia al mencionar que «es claro que la lista no comprende todas las modificaciones que son-pueden ser, según veremos-sustanciales, pero también ha de afirmarse que tampoco atribuye carácter sustancial a toda modificación que afecte a las materias expresamente listadas. Y decíamos que las alteraciones en las materias enumeradas no necesariamente son sustanciales, sino que tan solo pueden serlo, porque es unánime criterio de este Tribunal de que la aplicación del artículo 41 TRLET no está referida al hecho de que la condición sea sustancial, sino a la exigencia de que sea sustancial la propia modificación» (STS de 26 de abril de 2006. núm de rec. 2076).

⁸⁷ En ese modo se manifiesta la propia jurisprudencia entendiendo que «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 ese 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» (STS de 11 de abril de 2005. núm. de rec. 143).

modo estaría obviando una de las características principales del contrato de trabajo a domicilio, un elemento esencial como resulta ser la libertad del trabajador para elegir su lugar de trabajo.

Al margen de dicha matización, parece claro que si la decisión empresarial perturba el funcionamiento habitual de la empresa, pero no afecta de forma significativa las condiciones del trabajo, la modificación llevada a cabo no merecerá la consideración de sustancial, es decir, que no se aplicará el artículo 41 del TRLET, cuando la modificación solo suponga un cambio del lugar en el que se lleva a cabo la actividad⁸⁸.

Resulta evidente que la determinación del carácter sustancial, o no, de una modificación resulta una ardua tarea, por lo que será necesario atenerse a cada caso, de forma concreta, atendiendo a las circunstancias puntuales, si bien puede parecer obvio que alguno de los cambios que pueden darse con la implantación del régimen de teletrabajo puede considerarse como una modificación sustancial.

Y es que no resulta fácil entender que con la implantación de esta nueva forma de organización de la actividad laboral la única modificación que se produzca sea aquella que afecta al lugar en el cual se lleva a cabo la actividad profesional.

Y esto resulta ser así debido a que el teletrabajo no sólo supone un cambio en el lugar en el que se prestan los servicios, sino que además comporta una nueva forma en la ejecución del trabajo, por lo que habrán de revisarse aspectos tales como la ordenación del tiempo de trabajo y el sistema de trabajo⁸⁹.

⁸⁸ Para THIBAUT ARANDA parece cierto «que si la decisión empresarial altera el funcionamiento de la empresa pero no afecta de forma importante a las condiciones de trabajo o el cambio introducido es de escasa entidad - porque el teletrabajo que realizan los trabajadores es residual, por ejemplo, terminar unos trabajos desde casa-, la modificación no merece la consideración de sustancial. Dicho en sentido negativo, no entrará en juego el artículo 41 TRLET cuando la transformación que comporta el teletrabajo sólo supone una alteración del lugar de la prestación» (THIBAUT ARANDA, J. Teletrabajo forzado a domicilio. En *AL*, 2006. núm. 4. p. 5).

⁸⁹ A este respecto menciona THIBAUT ARANDA que «aunque la determinación del carácter sustancial de una modificación es una tarea compleja que debe valorarse caso por caso, lo

Si efectivamente se entiende que resulta de aplicación el artículo 41 del TRLET, porque se trata de una modificación sustancial, en ese caso debe tenerse en consideración el hecho de que según la modificación que se produzca el procedimiento variará.

Del mismo modo, es necesario tener en cuenta el hecho de que el cambio formulado pueda suponer una variación del lugar de residencia del trabajador, esto es, en tales casos se estaría hablando de un caso de movilidad geográfica contemplado en el artículo 40 del TRLET.

Sin embargo, se trata de una eventualidad de carácter bastante improbable ya que pasar de un trabajo interno, realizado dentro del centro tradicional de la empresa, al teletrabajo no constituye un desplazamiento propiamente, dado que se cambia el lugar de trabajo, pero no el domicilio del trabajador⁹⁰.

En referencia a esta cuestión debe hacerse una breve mención al procedimiento de modificación, tanto al individual como al colectivo.

En aquellos casos en los que la modificación tenga considerada el carácter de individual será necesario, y al mismo tiempo suficiente, con que la dirección de la empresa comunique a los representantes de los trabajadores en la empresa, y al propio trabajador afectado la decisión que corresponda en cada caso, siempre, con una antelación que no debe ser inferior a los treinta días a contar desde la fecha de su efectividad.

más habitual será que alguna de las alteraciones derivadas de la incorporación del teletrabajo merezca esta consideración (aquí ver cita numero 28 articulo). Es difícil imaginar un supuesto de implantación de teletrabajo que afecte sólo al lugar de trabajo, dado que lo que define es que constituye una nueva forma de organización y/o ejecución del trabajo. Lo normal es que la conversión de un trabajador interno en teletrabajador comporte, más allá del cambio de modalidad contractual, una revisión de aspectos tales como el sistema de trabajo y rendimiento, la ordenación del tiempo de trabajo o el régimen de salario, por citar algunos, en cuyo caso estaremos ante una modificación de entidad de una o más condiciones de trabajo que no puede sustraerse al ámbito de aplicación del artículo 41 TRLET» (*Ibidem*).

⁹⁰ DEL VAL ARNAL, J.J. La necesidad de una regulación del tele-trabajo. En *Acciones e Investigaciones Sociales*, 1998, núm.7. p. 219.

Igualmente véase RODRIGUEZ-SAÑUDO GUTIERREZ, F. La integración del teletrabajo en el ámbito de la relación laboral. En AA.VV. *Trabajo subordinado y trabajo autónomo en la delimitación de fronteras del Derecho del Trabajo. (Estudios en homenaje al Profesor José Cabrera Bazán)*. Madrid: Editorial Tecnos, 1999, p. 115.

En los supuestos que se contemplan en los párrafos a), b),c), d) y f) del apartado primero del artículo 41 (que ha sido reformado a través del Real Decreto – Ley 3/2012, de 10 de febrero), si el trabajador resultase perjudicado por la modificación sustancial tendrá derecho a rescindir su contrato de trabajo así como a recibir una indemnización de veinte días de salario por cada año de servicio prestado, con un máximo de nueve meses⁹¹.

En cualquier caso, el trabajador que no opte por la opción de rescindir su contrato, pero que no se encuentra conforme con la decisión empresarial tomada tiene la posibilidad de acudir a la jurisdicción competente para impugnar dicha decisión.

En ese caso será la sentencia la que tendrá que declarar si la modificación se encuentra justificada o no, y en caso de que entienda que no lo está reconocerá el derecho a favor del trabajador a ser repuesto en su lugar de trabajo en las condiciones anteriores.

En el caso de que se esté ante un supuesto de modificaciones sustanciales de carácter colectivo en primer lugar, habrá de estarse a aquellos procedimientos específicos que hayan podido ser instaurados mediante la negociación colectiva.

De todas formas, la modificación sustancial deberá ir precedida de un periodo de consultas con los representantes legales de los trabajadores en aquellas empresas en las que se cuente con los mismos. Dicho periodo tendrá una duración no superior a quince días y en él se tratarán las causas que motivaron la decisión tomada por la empresa así como las posibilidades que puedan existir para evitar o reducir sus efectos y las medidas que pueden tomarse para reducir su impacto respecto de los trabajadores.

A lo largo de este periodo de consultas las partes deberán actuar de buena fe y con la intención de conseguir un acuerdo entre ellos. Acuerdo que requerirá de la conformidad de la mayoría de los miembros del comité o

⁹¹ BOE de 11 de febrero de 2012. núm. 36.

comités de empresa, de los delegados de personal o de las representaciones sindicales si las hubiere.

En los casos de aquellas empresas en las que no hubiese representación legal podrá optarse por crear una comisión de tres miembros que sea integrada por los propios trabajadores de la empresa, elegidos democráticamente, o una comisión de igual número de componentes designados, en base a su representatividad, por los sindicatos más representativos del sector al que pertenezca la empresa y que se encuentren legitimados para formar parte de la comisión negociadora del convenio colectivo.

Con la nueva regulación contemplada a través del Real Decreto- Ley 3/2012, de 10 de febrero, se añade al texto anterior la premisa de que en todos los casos la designación deberá hacerse en cualquier caso dentro del plazo de 5 días, empezando a contar desde el inicio del periodo de consultas.

En caso de falta de designación, este hecho no supondrá en ningún caso la paralización del proceso.

Los acuerdos de la comisión necesitarán el voto favorable de la mayoría de los miembros.

Del mismo modo se establece que en aquellos supuestos en los que la negociación se esté llevando a cabo con la comisión cuyos miembros hayan sido designados por los sindicatos, el empresario podrá atribuir su representación a las organizaciones empresariales en las que pudiese estar integrado.

Estas últimas podrán ser más representativas a nivel autonómico, con independencia de que la organización en la que se encuentre integrado tenga carácter sectorial o intersectorial.

El empresario y la representación de los trabajadores podrán decidir en cualquier momento sustituir el periodo de consultas por un procedimiento de mediación o arbitraje que deberá ser desarrollado dentro del plazo máximo exigido para dicho periodo.

Cuando finaliza el periodo de consultas con la consecución de un acuerdo el mismo sólo podrá ser impugnado ante la jurisdicción competente por la existencia de fraude, dolo coacción o abuso de derecho.

Si bien la comunicación dada al propio trabajador parece redundante, ya que para transformar un contrato de trabajo común en un contrato de trabajo a domicilio se requiere, que en todo caso, el propio trabajador acepte dicha condición.

Ahora bien, los trabajadores individualmente afectados podrán actuar como ha sido mencionado en el procedimiento individual.

Por último, otro de los escenarios que pueden plantearse es aquel en el que a través de la implantación del teletrabajo se produce una modificación sustancial de una condición de trabajo expresamente regulada en un convenio colectivo.

Para estos casos el propio artículo 41.6 del TRLET exigía la realización de un periodo de consultas, y era posible realizar la modificación si no se contaba con el acuerdo de los representantes de los trabajadores.

En cambio, ahora, tras la reforma, el artículo únicamente pasa a señalar que dichas modificaciones se registrarán según lo establecido por el artículo 82.3 del TRLET⁹².

⁹² Tal y como se menciona en la nueva redacción del artículo 82.3 «cuando concurren causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, por acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores legitimados para negociar un convenio colectivo conforme a lo previsto en el artículo 87.1, se podrá proceder, previo desarrollo de un periodo de consultas en los términos del artículo 41.4, a inaplicar en la empresa las condiciones de trabajo previstas en el convenio colectivo aplicable, sea este de sector o de empresa, que afecten a las siguientes materias: a) Jornada de trabajo. b) Horario y la distribución del tiempo de trabajo. c) Régimen de trabajo a turnos. d) Sistema de remuneración y cuantía salarial. e) Sistema de trabajo y rendimiento. f) Funciones, cuando excedan de los límites que para la movilidad funcional prevé el artículo 39 de esta Ley. g) Mejoras voluntarias de la acción protectora de la Seguridad Social. Se entiende que concurren causas económicas cuando de los resultados de la empresa se desprenda una situación económica negativa, en casos tales como la existencia de pérdidas actuales o previstas, o la disminución persistente de su nivel de ingresos o ventas. En todo caso, se entenderá que la disminución es persistente si se produce durante dos trimestres consecutivos. Se entiende que concurren causas técnicas cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los medios o instrumentos de producción; causas organizativas cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los sistemas y métodos de trabajo del personal o en el modo de organizar la producción y causas productivas cuando se produzcan cambios, entre otros, en la demanda de los productos o servicios que la

Por consiguiente, en multitud de ocasiones se dan situaciones en las que la implantación del teletrabajo no emana de la decisión tomada entre el empresario y el trabajador, individualmente considerado, sino que deriva de un proceso de codecisión junto con los representantes de los trabajadores.

El mecanismo jurídico que debe adoptarse ante la implantación del teletrabajo variará dependiendo de la entidad y la naturaleza de los cambios, pero lo que sí parece quedar claro es el hecho de que se trata de una nueva forma de organización laboral que no puede en ningún caso imponerse como obligatoria⁹³.

empresa pretende colocar en el mercado. En los supuestos de ausencia de representación legal de los trabajadores en la empresa, éstos podrán atribuir su representación a una comisión designada conforme a lo dispuesto en el artículo 41.4. Cuando el periodo de consultas finalice con acuerdo se presumirá que concurren las causas justificativas a que alude el párrafo segundo, y sólo podrá ser impugnado ante la jurisdicción social por la existencia de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho en su conclusión. El acuerdo deberá determinar con exactitud las nuevas condiciones de trabajo aplicables en la empresa y su duración, que no podrá prorrogarse más allá del momento en que resulte aplicable un nuevo convenio en dicha empresa. Asimismo, el acuerdo deberá ser notificado a la comisión paritaria del convenio colectivo y a la autoridad laboral. En caso de desacuerdo durante el periodo de consultas cualquiera de las partes podrá someter la discrepancia a la Comisión paritaria del convenio que dispondrá de un plazo máximo de siete días para pronunciarse, a contar desde que la discrepancia fuera planteada. Cuando ésta no alcanzara un acuerdo, las partes podrán recurrir a los procedimientos que deben establecerse en los acuerdos interprofesionales de ámbito estatal o autonómico, previstos en el artículo 83 de la presente Ley, para solventar de manera efectiva las discrepancias surgidas en la negociación de los acuerdos a que se refiere este apartado, incluido el compromiso previo de someter las discrepancias a un arbitraje vinculante, en cuyo caso el laudo arbitral tendrá la misma eficacia que los acuerdos en periodo de consultas y sólo será recurrible conforme al procedimiento y en base a los motivos establecidos en el artículo 91. Cuando el periodo de consultas finalice sin acuerdo y las partes no se hubieran sometido a los procedimientos mencionados a los que se refiere el párrafo anterior o estos no hubieran solucionado la discrepancia, cualquiera de las partes podrá someter la solución de las discrepancias a la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos cuando la inaplicación de las condiciones de trabajo afectase a centros de trabajo de la empresa situados en el territorio de más de una comunidad autónoma, o a los órganos correspondientes de las comunidades autónomas en los demás casos. La decisión de estos órganos, que podrá ser adoptada en su propio seno o por un árbitro designado al efecto por ellos mismos, habrá de dictarse en plazo no superior a veinticinco días a contar desde la fecha del sometimiento del conflicto ante dichos órganos. Tal decisión tendrá la eficacia de los acuerdos alcanzados en periodo de consultas y sólo será recurrible conforme al procedimiento y en base a los motivos establecidos en el artículo 91» (BOE de 11 de febrero de 2012. núm. 36).

⁹³ Para ilustrar este aspecto pueden tomarse en consideración diversos Convenios Colectivos, como por ejemplo el artículo 13.5 del Convenio Colectivo Banco de España, que destaca como «el Banco de España está interesado en explorar el teletrabajo, entendido éste común sistema de prestación de servicios no presencial basado en el uso de las nuevas tecnologías de la información. Por tanto, el Banco estudiará la viabilidad de establecer esta fórmula de trabajo en aquellos Departamentos, Servicios y puestos de trabajo en los que las necesidades del servicio lo permitan y con participación voluntaria para los empleados» (BOE de 28 de enero de 2008, núm. 24).

En definitiva, teniendo en cuenta que el teletrabajo altera las condiciones tradicionales del trabajo, especialmente las relativas al tiempo y lugar, es necesario constituir un acuerdo entre el empresario y el trabajador.

No se puede obviar el hecho de que la implantación del teletrabajo responde a las necesidades organizativas de la empresa, ya que la misma tratará de buscar aquellas vías que considere más oportunas para la buena marcha del centro de trabajo⁹⁴.

Al margen de que cada centro de trabajo decidirá cuales son las condiciones más adecuadas para la implementación del teletrabajo no puede olvidarse que existe el denominado Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo, que establece importantes consecuencias en el objeto de estudio.

También puede subrayarse como en el artículo 65 del Convenio Colectivo Marco de Endesa «se propiciaran experiencias de teletrabajo, ya de carácter colectivo ya individual, en orden a valorar las posibilidades de aplicación y/o implantación definitiva. Estas iniciativas se llevaran a efecto mediante suscripción voluntaria por el empleado...» (BOE de 26 de junio de 2008, núm. 154).

En el caso del Convenio Colectivo de Telefónica Móviles remarcan que «ambas partes asumen el compromiso de acordar un marco común para el desarrollo del Teletrabajo que tenga en cuenta el perfil del trabajador y las actividades susceptibles de ser teletrabajables, y que en el marco de la voluntariedad y reversibilidad, contemple las condiciones que han de regir esta modalidad» (BOE de 31 de agosto de 2009, núm. 210).

La empresa Alcatel, a través del artículo 43 del XIX Convenio Colectivo Interprovincial para la empresa Alcatel-Lucent España, S.A. ha manifestado que «la participación en el régimen de Teletrabajo se realizará con carácter voluntario y, previo acuerdo entre empleado y supervisor» (BOE de 19 de septiembre de 2009, núm. 227).

En términos similares se pronuncia el artículo 62 del Convenio Colectivo de Cableuropa, SAU y Tenaria, S.A, cuando se menciona que «la modalidad de teletrabajo no puede generar situaciones de discriminación y a tal efecto, se considera...Tendrá siempre carácter voluntario para el empleado, formalizándose mediante un Acuerdo individual de teletrabajo» (BOE de 3 de abril de 2010, núm. 81).

Por su parte la empresa Numil ha establecido en el artículo 33 de su Convenio Colectivo que «esta opción de organización del trabajo se llevará a efecto, una vez autorizado por la Empresa, mediante la suscripción por el empleado de un acuerdo previo de teletrabajo, donde se detallarán las condiciones aplicables, bajo el principio de voluntariedad y reversibilidad...» (BOE de 29 de mayo de 2010, núm. 131).

⁹⁴ A este respecto THIBAULT ARANDA menciona que «sin perjuicio de que el teletrabajo no implica normalmente una simple relación de intereses enfrentados entre empresario y trabajador considerados individualmente, sino que trasciende esto último y se relaciona con las necesidades organizativas globales de la empresa o centro de trabajo... » (THIBAULT ARANDA, J. *Teletrabajo forzado a domicilio Op. Cit.* p. 7).

Por ello, se hará a continuación una referencia al mismo.

2.4.2.- Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo

El 16 de julio de 2002 los agentes sociales de la Unión Europea celebraron un acuerdo que se enmarca dentro de las disposiciones referidas al dialogo social. Se trata del Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo

No cabe duda alguna de que se trata de un acuerdo que aborda una cuestión de plena actualidad, como es el teletrabajo. El imparable progreso de las nuevas tecnologías ha servido de base para una revolución en el mundo de las relaciones laborales, y el teletrabajo es, quizás, el mayor exponente de ello.

Los múltiples beneficios que se han puesto de manifiesto respecto de esta nueva forma de organización de la actividad laboral no han podido disimular los inconvenientes que pueden plantearse, ya que uno de los mayores recelos que se plantean entorno a esta cuestión es el hecho de que las condiciones laborales puedan verse seriamente deterioradas y que los derechos de los trabajadores puedan verse afectados⁹⁵.

Efectivamente, y ante tal desconfianza, se ha tratado de establecer un instrumento a nivel comunitario para desarrollar una serie de premisas y condiciones adecuadas para la protección social de todos aquellos trabajadores que se hallen prestando sus servicios en régimen de teletrabajo.

En el año 1994 la Comisión Europea, en un informe relativo al seguimiento del Libro Blanco, sugirió la posibilidad de incluir el teletrabajo en la agenda referente al dialogo social. A pesar de dicha proposición el teletrabajo no quedó incorporado en la agenda comunitaria hasta que se inserto en el Programa de Acción Social de la Comisión para los años 1998-2000. En dicho programa se acordó realizar una serie de consultas a los interlocutores sociales

⁹⁵ MELLA MENDEZ, L. Sobre una nueva manera de trabajar: el teletrabajo. En AS, 1998. núm. 11. pp. 59-61 y CASADO ORTIZ, R. Sociedad, tecnología y teletrabajo. En *Origen/Destino*, 1996. núm. 2. p. 93.

que versasen sobre la necesidad de una acción de carácter comunitario que hiciese referencia a la protección de los teletrabajadores.

En el mes de junio del año 2000 fue cuando la propia Comisión dirigió una consulta de carácter formal a los agentes sociales acerca de la mejora y la modernización de las relaciones laborales en referencia a las conclusiones alcanzadas en el Consejo de Lisboa, incluyéndose de este modo una referencia expresa al teletrabajo.

Posteriormente, se inició una negociación que desembocó, el 16 de julio de 2002, en la firma del Acuerdo Marco sobre Teletrabajo.

Desde un punto de vista meramente formal se trata de un acuerdo con carácter recomendatorio, de modo que la eficacia del mismo dependerá del cumplimiento voluntario que los sujetos hagan del contenido del acuerdo.

Una de las dificultades más acusadas entorno a este nuevo fenómeno como es el teletrabajo ha resultado ser la ausencia de una definición comúnmente aceptada, es por ello que el Acuerdo Marco Europeo inicia su regulación con esta cuestión.

Así, teletrabajo se define como «una forma de organización y/o ejecución del trabajo, que utiliza las tecnologías de la información, en el contexto de un contrato o de una relación de trabajo, donde el trabajo, que también podría ser ejecutado en el local del empleador, es realizado fuera de este local conforme a unos términos acordados». Mientras que se considerará como teletrabajador a «cualquier persona que realiza el teletrabajo tal y como ha sido definido» (clausula segunda).

Puede decirse que son cuatro las notas que caracterizan el ámbito de aplicación del Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo.

1.- La realización de la actividad laboral en un lugar distinto de aquel en el que de forma habitual se lleva a cabo el trabajo.

2.- La utilización de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación. No se trata solo del hecho de que

el trabajo se lleve a cabo fuera de los límites tradicionales centro de la empresa, sino que la actividad se preste haciendo un uso intensivo de las nuevas tecnologías de la información y comunicación⁹⁶.

3.- Se trata de un modo distinto de organización y ejecución de la actividad laboral⁹⁷.

4.- El Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo menciona el hecho de que el mismo tenga como principio un contrato de trabajo, si bien, esta cuarta nota no puede entenderse como un elemento configurador que defina el teletrabajo, sino más bien como un elemento de carácter formal, que delimita el ámbito de aplicación del Acuerdo Marco.

Se está, por tanto, ante una definición de carácter amplio, en la cual se da cabida a todos los tipos de teletrabajo, con independencia del lugar en el que se lleva a cabo la prestación (domicilio del trabajador, centro de trabajo, lugar libremente elegido...) o del tipo de conexión que se establezca con la empresa (*off line*, *on line*, unidireccional, bidireccional...).

El Acuerdo, a través de su cláusula tercera, hace hincapié en una cuestión fundamental, como es la del carácter voluntario de esta nueva forma de organización de la actividad laboral.

El teletrabajo debe ser libremente aceptado tanto por el empresario como por el propio trabajador, de modo que «si el teletrabajo no es parte de la descripción inicial del puesto de trabajo, y el empresario realiza un oferta de

⁹⁶ Tal y como recuerda el autor BRAUN «el teletrabajo consiste así fundamentalmente en recibir, tratar y enviar informaciones, inmateriales por naturaleza, lo que distingue del trabajo a domicilio de tipo tradicional basado en el intercambio de bienes cuantificables y fungibles» (BRAUN, G. *Le télétravail*. En *Droit Social*, 1981, núms. 7-8, p. 570).

⁹⁷ Entiende DEL VAL ARNAL que «el teletrabajo como concepto estratégico es algo más que una nueva forma de trabajar, supone una ruptura con el concepto tradicional del trabajador-lugar de trabajo y trabajo-horario de trabajo y nos retrotrae al periodo preindustrial, flexibilizando el concepto e introduciendo un nuevo y cuestionable grado de libertad» (DE VAL ARNAL, J.J. *La necesidad de una regulación de tele-trabajo*. En *Acciones e Investigaciones Sociales*, 1998, núm 7, p. 208).

teletrabajo, el trabajador puede aceptar o rechazar esta oferta» (Clausula tercera).

Además, cabe añadir que «la renuncia del trabajador a optar por el teletrabajo no es como tal una razón para extinguir la relación laboral o para modificar los términos y condiciones de trabajo de dicho trabajador».

Queda por tanto claro que el régimen de teletrabajo no podrá resultar nunca de una imposición por parte del empresario, sino que debe surgir del común acuerdo entre las partes que forman el contrato de trabajo.

En otro orden de cosas, el propio Acuerdo hace referencia a los supuestos, o la posibilidad de reingreso en la empresa.

Resulta cierto el hecho de que no se reconozca al trabajador ningún derecho en este sentido, pero se admite la posibilidad de que a través del propio contrato de trabajo, o de la negociación colectiva, se pueda establecer algún tipo de garantía en este sentido.

Del mismo modo, y con el fin de evitar posibles injerencias en los derechos de los trabajadores, el Acuerdo Marco recuerda que únicamente se modifica la forma de prestación de la actividad laboral, por lo que no se verá afectada la categoría o estatus del propio trabajador.

Asimismo, es necesario tener en cuenta que el lugar en el que se lleve a cabo la actividad laboral no repercute en la naturaleza jurídica, es decir, si se trata de una relación de carácter subordinado, o, por el contrario, se está ante un trabajo por cuenta propia. Habrá de estarse a cada caso concreto, y a sus propias características, para determinar el carácter de la relación.

En relación a las condiciones de empleo de los teletrabajadores, el Acuerdo Marco, recuerda que «en relación con las condiciones de empleo, los teletrabajadores se beneficiarán de los mismos derechos, garantizados por la legislación y los convenios colectivos aplicables, que los trabajadores comparables en los locales del empresario» (Clausula cuarta).

Todo ello obviamente sin olvidar el hecho de que dadas «las particularidades del teletrabajo, podrán ser necesarios acuerdos complementarios específicos de carácter individual y/o colectivo».

Resulta de especial interés el tema que aborda el Acuerdo en su cláusula sexta, en el que hace una especial referencia al respeto que merece la privacidad del teletrabajador, estableciendo que los sistemas de vigilancia, en aquellos casos en que los hubiere, deberán ajustarse al principio de proporcionalidad y cumplir con la normativa prevista en el Directiva 90/270, sobre pantallas de visualización⁹⁸, que dispone que «no deberá utilizarse ningún dispositivo mínimo de control cuantitativo o cualitativo sin que los trabajadores hayan sido informados y previa consulta con sus representantes».

Y es que el teletrabajo ciertamente encierra una paradoja: se trata de una actividad llevada a cabo fuera del centro tradicional de la empresa, con lo cual el empresario y el trabajador se alejan físicamente, pero el uso intensivo de las nuevas tecnologías hace que a pesar de esta distancia física el empresario pueda ejercer su poder de vigilancia sobre una persona que ni siquiera se halla en el mismo centro de trabajo.

Incluso puede entenderse como una vigilancia más persuasiva, ya que los propios equipos informáticos hacen que quede constancia de todos los movimientos realizados.

El Acuerdo Marco consiente la posibilidad de los controles informáticos, con el fin de que el empresario se cerciore de la buena marcha del proceso productivo, pero siempre y cuando se haga respetando el principio de buena fe que debe regir entre las partes, y atendiendo al respeto de los derechos fundamentales de los trabajadores.

Se trata, por tanto, de encontrar un equilibrio entre el legítimo derecho que posee el empresario a establecer un control de la actividad que están llevando a cabo las personas que trabajan para él y el ejercicio que los derechos fundamentales de los propios trabajadores.

⁹⁸ DOUE de 21 de junio de 1990. L 156.

Puede decirse que lo establecido por el Acuerdo coincide sustancialmente con lo previsto en la regulación española a través de TRLET. Y es que el artículo 20.3 de dicha norma autoriza al empresario a adoptar aquellas medias de vigilancia y control que estime más oportunas siempre que las mismas se hallen encaminadas a verificar única y exclusivamente el cumplimiento de los deberes laborales y deben respetar la dignidad del trabajador.

Se pone el acento en el alcance de los medios de vigilancia, no tanto en cuáles son estos medios.

En cuanto a la seguridad y salud, el Acuerdo Marco hace referencia a esta materia reconociendo al empresario como el garante de la seguridad y la salud del teletrabajador. Se menciona que el empresario es «el responsable de la protección de la seguridad y salud en el trabajo del teletrabajador, de acuerdo con la Directiva 89/391⁹⁹ y demás directivas aplicables, la legislación nacional y los convenios colectivos» (Clausula octava).

Obligación ésta que parece desprenderse de la propia legislación española, ya que la Ley 31/1995, de Prevención de Riesgos Laborales¹⁰⁰, en su artículo 3 no excluye de su propio ámbito de aplicación el trabajo a domicilio, cuya regulación, contemplada en el artículo 13 del TRLET reconoce a los trabajadores a domicilio los mismos derechos que le corresponden al resto de trabajadores, derechos entre los cuales se encuentran también el de la seguridad y la salud en el trabajo¹⁰¹.

⁹⁹ DOCE de 29 de junio de 1989. L 183.

¹⁰⁰ BOE de 10 de noviembre de 1995. núm. 269.

¹⁰¹ Debe recordarse que tras la reforma efectuada a través del Real Decreto-Ley 3/2012, el artículo 13 queda modificado, por lo que los trabajadores a domicilio pasan a denominarse trabajadores a distancia. No obstante, y en referencia expresa a sus correspondientes derechos en materia de salud y seguridad, debe entenderse que no existen diferencias respecto del resto de los trabajadores, ya que el apartado 4 indica que «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 y su normativa de desarrollo» (BOE de 11 de febrero de 2012. núm. 36).

El Acuerdo Marco contempla de forma precisa el deber que posee el empresario de informar al trabajador acerca de la política empresarial en materia de seguridad y salud en el trabajo, sin olvidar la obligación de los trabajadores de utilizar de forma correcta y respetando de forma escrupulosa las instrucciones recibidas respecto de los equipos y medios de protección individuales que se les hayan facilitado.

Respecto de la organización del trabajo, el Acuerdo Marco también dedica un epígrafe, estableciéndose una serie de premisas que tratan de garantizar los derechos de los trabajadores (Clausula novena):

1.- Respondiendo a una de las características más subrayadas del teletrabajo, como es la flexibilidad, el texto remarca la posibilidad que tiene el trabajador para gestionar su tiempo de trabajo siempre y cuando el mismo se ajuste al «marco de la legislación, los convenios colectivos y las normas de la empresa aplicables». Y es que el hecho de que el teletrabajador pueda organizar la jornada laboral de la forma que le resulte más provechosa, gozando de libertad para ello, no quiere decir que la jornada de trabajo desaparezca.

2.- Trata de asegurar que los teletrabajadores reciban una remuneración suficiente, esto es, acorde con el trabajo que se esté llevando a cabo.

Efectivamente el hecho de que el teletrabajador no se halle prestando su actividad laboral dentro de los márgenes del centro tradicional de la empresa no resulta fundamento suficiente para esgrimir el argumento de que sus condiciones salariales deban verse alteradas de forma negativa

3.- Se hace una especial referencia a los derechos colectivos de los teletrabajadores, para mencionar que «los teletrabajadores tienen los mismos derechos colectivos que los trabajadores en el local del empresario» y además, «se les aplicarán las mismas condiciones para participar y ser elegidos en

elecciones para órganos de representación de los trabajadores o que prevean representación de los trabajadores».

Por tanto, «los teletrabajadores serán incluidos en el cálculo para la determinación del censo de colectivos con representación de los trabajadores de acuerdo con las leyes europeas o nacionales, convenios colectivos o la práctica habitual» (Clausula once).

2.5.- Ordenación del tiempo de trabajo

La actividad laboral se desarrolla en un espacio de tiempo concreto, lo que viene a denominarse jornada de trabajo. El número de horas que van a componer dicha jornada queda fijada y dependerá de criterios de naturaleza económica. El empresario contrata a sus empleados con un objetivo, que es el de la producción de bienes y servicios, que serán ofrecidos en el mercado, con el fin de obtener beneficios.

En cualquier caso, el elemento económico no es el único determinante, ya que tanto los factores tecnológicos, como los legislativos resultan determinantes.

Una de las principales singularidades del teletrabajo es la flexibilidad que muestra respecto a las formas tradicionales de organización, particularidad esta que hace que surja la cuestión de si realmente es posible la ordenación del tiempo del teletrabajo, más aun si se tiene en cuenta que esta nueva forma de estructuración de la actividad laboral enfatiza la indeterminación del tiempo de trabajo y de la jornada laboral¹⁰².

¹⁰² THIBAUT ARANDA apoya esta idea cuando dice que «uno de los criterios diferenciadores del teletrabajo respecto de las formas tradicionales de trabajo es la flexibilidad temporal en la organización de la prestación, que viene a suponer una adaptación flexible a las exigencias del trabajo y las del tiempo libre» (THIBAUT ARANDA, J. *El teletrabajo. Op. Cit.* p. 65).

SELLAS I BENVINGUT opina que «una de las batallas más importantes en materia de teletrabajo parece que hay de librarse en el terreno de la ordenación del tiempo de trabajo. La cuestión se

No cabe duda de que el concepto del teletrabajo se encuentra estrechamente unido a la idea de que se trata de una institución totalmente ligada a la autonomía del teletrabajador, puesto que permite una mayor disponibilidad de administrar el tiempo de trabajo del modo que resulte más provechoso, con lo que se pretende una mayor productividad¹⁰³.

Resulta innegable que la ordenación del tiempo de trabajo es uno de los factores clave en todos aquellos debates acerca de la flexibilidad en los mercados laborales, más concretamente la flexibilidad interna de la propia empresa, y encuentra un nexo muy estrecho tanto con la organización general de la propia empresa, como con la modificación de las condiciones de trabajo¹⁰⁴.

La mayor autonomía en lo que a la organización del tiempo dedicado a la actividad profesional se refiere puede interferir entre lo que es la vida

centra concretamente en si cabe de la posibilidad de ordenar un tiempo de teletrabajo, habida cuenta que este sistema de prestación laboral parece acentuar en gran medida la relatividad del tiempo de trabajo y, por ende, de la propia jornada laboral» (SELLAS I BENVINGUT, R. *El régimen jurídico del teletrabajo en España*. Cizur Menor: Editorial Aranzadi, 2001. p. 105).

¹⁰³ GONZALEZ VILLANUEVA considera que «se deja al individuo una mayor libertad para poder disponer del tiempo, que supone en definitiva una mayor autonomía que tiene el teletrabajador para administrar el mismo, dedicando lo que sea preciso a la prestación laboral y el resto a su vida personal y familiar; es decir, permite por tanto conjugar dos aspectos esenciales de la actividad humana: el trabajo y el no trabajo, y ello con una mayor flexibilidad y autonomía de quien lo lleva a cabo» (GONZALEZ VILLANUEVA, F.J. *Op. Cit.* p. 11).

¹⁰⁴ En ocasiones en los propios Convenios Colectivos se hace referencia al tiempo de trabajo como ocurre en el artículo 5 del Convenio Colectivo del Grupo Ono. BOE de 3 de abril de 2010. núm. 81, que establece que «el tiempo mínimo de teletrabajo acordado dentro de convenio será con carácter general de dos días, pudiendo ser ampliable de común acuerdo por ambas partes, teletrabajador/a y responsable inmediato, cuando la actividad desarrollada lo permita y con la conformidad de la Dirección de recursos humanos y dando posterior conocimiento a la Comisión de empleo. Podrá realizarse también en tiempo de jornada equivalente que no debe suponer situaciones diferenciales entre los empleados que realicen teletrabajo, de estas excepciones se informará a la representación de los trabajadores/as de acuerdo con lo previsto para el seguimiento de esta modalidad. En el contrato será suficiente con la determinación inicial del número de días/horas de teletrabajo semanales. Salvo en aquellos casos, en que por razón de la actividad necesariamente se precise la determinación de los días y horario concreto de teletrabajo.

Por último, para favorecer la comunicación, evitar situaciones de aislamiento o de no pertenencia, será preciso establecer con carácter obligatorio reuniones de contacto bien con el equipo de trabajo, con los colaboradores o con el responsable directo. Estas reuniones tendrán lugar con una periodicidad semanal, garantizando al menos una jornada de trabajo presencial».

personal y la vida profesional del teletrabajador, dificultando el establecimiento de la línea divisoria entre lo que es trabajo, y lo que no lo es.

2.5.1.- La jornada de trabajo

Por jornada de trabajo debe entenderse «el tiempo de cada día, cada semana o cada año, ha de dedicar el trabajador a la ejecución del contrato de trabajo, constituyendo la jornada una primera aproximación para medir la prestación que el trabajador debe»¹⁰⁵, «ya que en virtud del contrato de trabajo «el trabajador asume, entre otras, la obligación de prestar sus servicios bajo la dirección del empresario»¹⁰⁶.

La principal cuestión a la que debe enfrentarse es la determinación de si el teletrabajador se encuentra o no sujeto al régimen legal de jornada. Ya que la aplicación de la regulación de la jornada laboral plantea ciertas dudas, debido fundamentalmente a la multitud de posibilidades que se presentan.

No obstante, existen tres condiciones consensuadas por la mayor parte de la doctrina que resultan interesantes respecto del análisis de la jornada de trabajo de los teletrabajadores, a saber, la sujeción o no al régimen legal de jornada, la posibilidad «técnica» de quedar sujeto al mismo y su «oportunidad» o pertinencia jurídica.

2.5.1.1.- El sometimiento al régimen legal de jornada

Conforme al ordenamiento jurídico, el teletrabajador que disfrute de un estatuto de trabajador común, quedará sometido a las disposiciones generales que en materia de tiempo de trabajo establezcan los artículos 34 y siguientes

¹⁰⁵ ALONSO OLEA, M. Y CASAS BAAMONDE, M.E. *Derecho del Trabajo*. Madrid: Editorial Civitas, 2001, p. 265.

¹⁰⁶ AA.VV. *Curso de Derecho del Trabajo*. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch. 2000, p. 345.

del TRLET. Es decir, la jornada de trabajo del teletrabajador se verá limitada por lo que establezcan los mencionados artículos¹⁰⁷.

En el supuesto de una relación de carácter especial el trabajador no queda sujeto a jornada laboral, sin perjuicio de que a través del contrato, o de los pactos colectivos pueda establecerse otra cosa.

Respecto de los trabajadores incluidos en el artículo 13 del TRLET, es decir, los trabajadores a distancia (previamente a la reforma, trabajadores a domicilio), ni el artículo 34 y siguientes del TRLET, ni el propio artículo 13 hacen referencia alguna respecto de la jornada de trabajo.

Cierto es que no lo incluyen de forma clara, aunque tampoco lo excluyen expresamente. Si se toma como referencia la doctrina, no existe unanimidad dentro de la misma. Una parte de la doctrina entiende que este tipo de trabajadores se encuentran sometidos a jornada, mientras que otros han entendido que esto no es así, ya que consideran que el hecho de encontrarse sujetos a esa jornada, resulta totalmente incompatible con la libertad que se considera propia del trabajador a distancia (previamente denominado trabajador a domicilio).

Cuando a través del texto del TRLET se regula el apartado correspondiente a las «modalidades de contrato», no se establece que existan más especialidades de carácter normativo que aquellas a las que la propia legislación se refiere. Es por ello que debe entenderse que resultará de aplicación la legislación común, salvo en aquellos aspectos que se recojan de forma específica en el propio artículo 13.

Cabe recordar en este sentido el Real Decreto 1561/1995, de 21 de septiembre, sobre Jornadas Especiales de Trabajo¹⁰⁸. En el mismo, no se hace

¹⁰⁷ Es necesario atender a las modificaciones que han sido realizadas a través del Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero, ya que a través del mismo el apartado segundo del artículo 34 ha sufrido variaciones. Así, se entiende que «mediante convenio colectivo o, en su defecto, por acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores, se podrá establecer la distribución irregular de la jornada a lo largo del año. En defecto de pacto en contrario, la empresa podrá distribuir de manera irregular a lo largo del año el 5 por ciento de la jornada de trabajo. Dicha distribución deberá respetar en todo caso los periodos mínimos de descanso diario y semanal previstos en la Ley» (BOE de 11 de febrero 2012. núm. 36).

¹⁰⁸ BOE de 26 de septiembre de 1995. núm. 230.

mención alguna sobre las jornadas de trabajo en el caso del trabajo a domicilio, algo que no ocurría en el Real Decreto 2001/1983, de 28 de julio, sobre Regulación de la Jornada de Trabajo, Jornadas Especiales y Descansos¹⁰⁹, ya que en dicho decreto, en su Título I, artículo 3, se establecía que el trabajo a domicilio no quedaba sujeto a las disposiciones contempladas por dicha normativa¹¹⁰.

En consecuencia, y ante la ausencia de normas especiales, debe entenderse que la jornada laboral en el contrato de trabajo a distancia (previamente denominado trabajo a domicilio), queda sujeta a lo establecido por la autonomía de las partes, partiendo de la base de lo establecido por el TRLET, pero al mismo tiempo teniendo en cuenta que el teletrabajo no solo se produce en el seno del artículo 13, por lo que habrá de estarse a cada caso concreto¹¹¹.

¹⁰⁹ BOE de 29 de julio de 1983. núm. 180.

¹¹⁰ «El contrato de trabajo a domicilio no está sometido a las disposiciones contenidas en la presente norma; la jornada de un trabajador sujeto al mismo no podrá aumentarse como consecuencia de encargos de trabajo a domicilio».

¹¹¹ Debido a ello en algunos Convenios Colectivos se establece de forma concisa cuales son los derechos y las obligaciones del teletrabajador, precisando el estatuto jurídico que les corresponde, como ocurre en el caso concreto de la empresa Repsol YPF que en su artículo 4 especifica que «la persona que se acoja a la situación de teletrabajo deberá firmar el acuerdo individual de teletrabajo (ait) para la regularización a efectos laborales de su nueva situación antes de que ésta dé comienzo, en la que por otro lado mantiene sus derechos y obligaciones laborales, (mismo puesto de trabajo, funciones, dependencia jerárquica, condiciones salariales y de jornada, mismos derechos a acceder a la formación y a las oportunidades de desarrollo profesional (de promoción y ascensos) en la empresa, mismos derechos colectivos de participación y elegibilidad en las elecciones para las instancias representativas de los trabajadores/trabajadoras, misma carga de trabajo, y exigencia en el nivel de productividad, mismos derechos de prevención de la salud y seguridad social, mismas coberturas de las contingencias de enfermedad profesional y de accidente, etc.) A fin de hacer efectivos estos derechos frente a los organismos de la seguridad social y mutuas, siempre que le sea requerida por la persona empleada o por sus representantes legales, la empresa emitirá certificación acreditativa del horario desempeñado en la situación de teletrabajo» (BOE de 12 de agosto de 2009. núm 194).

En este mismo sentido se pronuncian otros Convenios, tal y como ocurre en el artículo 65 del Convenio Colectivo de Telefonica Moviles, en el que se detalla como «ambas partes asumen el compromiso de acordar un marco común para el desarrollo del Teletrabajo que tenga en cuenta el perfil del trabajador y las actividades susceptibles de ser teletrabajables, y que en el marco de la voluntariedad y reversibilidad, contemple las condiciones que han de regir esta modalidad mediante la suscripción de acuerdos individuales, donde se reflejen los aspectos más significativos que regulan el Teletrabajo considerando las directrices de la regulación europea.

2.5.1.2.- La posibilidad de quedar sujeto al régimen legal

Resulta necesario analizar si admitido el hecho de la aplicación de la ordenación sobre la jornada laboral en el teletrabajo, dicha aplicación resulta ciertamente posible, y en qué medida podrá constatarse su cumplimiento.

La respuesta a esta cuestión variará dependiendo de los recursos tecnológicos con los que la empresa cuente, y del tipo de conexión del teletrabajo.

Tal y como se ha matizado anteriormente, en multitud de supuestos de teletrabajo es posible el control telemático mediante la instalación de un programa que medirá el tiempo empleado en la actividad de forma muy precisa, quizás incluso de forma más exhaustiva de la que se pueda medir el control del tiempo en el caso de los trabajadores que se encuentran en la sede tradicional de la empresa.

Efectivamente, el empresario posee la capacidad de controlar la jornada laboral de sus teletrabajadores, por lo que desde este punto de vista no se plantean problemas respecto de la efectividad del cumplimiento de la jornada de trabajo.

Por el contrario, cuando el teletrabajo se desarrolla sin conexión a la red principal de la empresa o, sin un programa que controle el tiempo de trabajo, se plantean mayores dificultades. En estos supuestos, la valoración del tiempo empleado para llevar a cabo la actividad se realizara de forma

Concretamente, dichas condiciones no supondrán variación ni en las condiciones laborales y económicas del empleado que continuará rigiéndose por el Convenio Colectivo, ni implicará modificación o menoscabo en el ejercicio de los derechos colectivos y de representación o participación sindical reconocidos en la legislación vigente y la normativa interna de TME, ni el derecho a la información en igualdad de condiciones que el resto de trabajadores de TME.

Asimismo, el acuerdo individual que requerirá la conformidad del responsable de la Unidad del empleado, observará la jornada establecida en las normas laborales de TME y fijará un tiempo mínimo para el teletrabajo que conllevará en todo caso una jornada de carácter presencial semanal, en dicho acuerdo se regularán los aspectos de prevención y salud laboral, así como los vinculados a la formación del teletrabajador, la dotación de los medios y facilidades, y la duración del Teletrabajo» (BOE de 31 de agosto de 2009. núm. 210).

estimada, entendiendo cual es el tiempo que se considera razonable para la ejecución de la actividad. Pero ello no garantiza, de modo alguno, que se cumpla de forma precisa lo establecido para la jornada laboral, por lo que el problema que se plantea es que no se cumplan el número de horas ante la pantalla del ordenador, los descansos mínimos...

Sin embargo, y a pesar de los inconvenientes, parece necesaria la instauración de la jornada laboral, ya que uno de los cometidos de la misma es la limitación del tiempo de trabajo con el fin de proteger la salud de los trabajadores.

En el caso de los trabajadores que tienen una mayor autonomía en lo que a la fijación de su jornada se refiere, la ausencia de límites puede provocar que se lleven a cabo un número de horas de trabajo excesivo.

El teletrabajo permite que la actividad se lleve a cabo fuera del centro tradicional de la empresa y, con un horario más flexible, pero no implica la inexistencia de una jornada laboral.

En suma, puede entenderse como conveniente el mantenimiento de la regulación de la jornada de trabajo, no solo respecto de aquellos trabajadores cuya actividad se controla mediante las terminales informáticas, sino también, respecto de aquellos cuyo trabajo es posible controlar mediante métodos o vías indirectas.

2.5.1.3.- La conveniencia de la aplicación del régimen legal

Partiendo de la premisa de que según el TRLET los teletrabajadores deben quedar sujetos a las disposiciones legales sobre la jornada de trabajo, y constatada la posibilidad real de hacerlo, lo que queda plantearse es el hecho de si resulta conveniente dicha aplicación. No en vano, la flexibilidad espacial y la flexibilidad temporal son dos de las singularidades más significativas del teletrabajo.

Uno de los problemas más habituales es el hecho de que en el teletrabajo, de forma cada vez más habitual, existen trabajadores que poseen una alta cualificación y una libertad personal muy considerable respecto de la realización de la actividad profesional. La inclusión de estos profesionales dentro del ámbito del teletrabajo hace que el cumplimiento de una jornada laboral plantee dificultades.

Como ya se ha mencionado, el contrato de trabajo a domicilio queda sujeto a las normas establecidas para la regulación de la jornada de trabajo, y por tanto aquellos trabajadores que se encuentran dentro de dicho contrato, lo estarán de igual forma.

Se percibe que el grado de adaptación respecto de la flexibilidad en el teletrabajo resulta diferente según la forma que se adopte. En aquellas actividades en las que se requiere una menor cualificación el tiempo de trabajo tiende a ser más rígido, mientras que en las actividades con un mayor grado de cualificación ocurre justamente lo contrario, esa rigidez tiende a minimizarse. Esto hace que la regulación del tiempo de trabajo no pueda considerarse de forma homogénea en el teletrabajo.

Así, THIBAUT ARANDA señala que «si resulta inexacto afirmar que el teletrabajo debe quedar excluido de jornada por realizarse fuera de la unidad productiva, puesto que los medios telemáticos e informáticos permiten medir la cantidad de prestación en términos de extensión temporal, no es menos cierto que su inclusión en el régimen de jornada no parece acertado en aquellos supuestos en los que el tiempo no es ya el único elemento a tener en cuenta como medida de la actividad»¹¹².

No se trata solo de que el teletrabajador cuente con un poder de decisión autónomo en el ejercicio de su actividad, sino que realmente posea la capacidad de administrar su propio tiempo¹¹³.

¹¹² THIBAUT ARANDA, J. *El teletrabajo*. Madrid: Editorial CES, 2000, p. 82.

¹¹³ Así por ejemplo en algunos Convenios Colectivos se definen diferentes modalidades de teletrabajo, para que los empleados puedan optar por aquella vía que les resulte más adecuada a sus necesidades o a su actividad concreta, como ocurre en el artículo 2 del Convenio Colectivo de Repsol, en el que «se definen 4 modalidades de teletrabajo: 1 día/

En este sentido se pronuncia THIBAUT ARANDA cuando entiende que «la aplicación del régimen de jornada a los trabajadores debería tener su fundamento en la autonomía real de la prestación de teletrabajo entendida no sólo como la posibilidad de elegir el horario de trabajo, sino como la capacidad que tiene el trabajador de disponer del tiempo de trabajo comprometido»¹¹⁴.

2.5.2.- Horario de trabajo

En el TRLET no encontramos mención alguna acerca de cuál es la diferencia entre la jornada de trabajo y el horario de trabajo, si bien, no resulta demasiado complicado entender que cuando se hace mención a la jornada de trabajo estamos haciendo referencia a la cantidad de tiempo de la prestación de los servicios, mientras que el horario hace referencia al reparto de ese tiempo, es decir la distribución del tiempo a lo largo de las horas del día¹¹⁵. Teniendo en cuenta que los mercados económicos, y por supuesto los mercados laborales tienden, cada vez más, a la flexibilización, el horario de trabajo adquiere un mayor protagonismo.

El nacimiento de los nuevos modelos productivos y el cada vez más acusado uso de las nuevas tecnologías ha provocado que el sistema de tiempo en la actividad laboral tienda a la flexibilización: la libertad de los trabajadores

semana; 2 días/ semanas; 20% de la jornada diaria en régimen de teletrabajo; 2 tardes/ semana y la jornada del viernes, en régimen de teletrabajo. El empleado/empleada que decida participar, deberá consensuar con su superior jerárquico la modalidad en que va a desarrollar teletrabajo» (BOE de 12 de agosto de 2009. núm 194).

¹¹⁴ THIBAUT ARANDA, J. *El teletrabajo. Op. Cit.* p. 82.

¹¹⁵ Mencionan ALONSO OLEA y CASAS BAAMONDE que «el horario es la determinación de los momentos precisos en que cada día se ha de entrar y salir del trabajo, según la jornada, y sitúa, por tanto con exactitud cuándo, dentro de cada día, la prestación es debida» (ALONSO OLEA, M. y CASAS BAAMONDE, M.E. *Op. Cit.* p. 273).

Aunque tal y como advierten MARTÍN VALVERDE, RODRÍGUEZ SAÑUDO GUTIÉRREZ y GARCÍA MURCIA, «el horario puede ser distinto para cada empresa, dependiendo en buena medida de la actividad a que se dedique; y, dentro de la misma empresa, puede ser común para todos los trabajadores o diferente según grupos o categorías de estos últimos» (MARTÍN VALVERDE, A. y RODRÍGUEZ SAÑUDO GUTIÉRREZ, F. y GARCÍA MURCIA, J. *Derecho del Trabajo*. Madrid: Editorial Tecnos, 2001, pp. 554 y 555).

para organizar diariamente el tiempo en función de la prestación, en función de la cantidad de trabajo, la posibilidad de realizar la actividad entre dos o más trabajadores etc.

Existe unanimidad en la doctrina al afirmar que la flexibilidad es una de las características más marcadas del teletrabajo, no en vano, es uno de los mayores atractivos que presenta esta nueva forma de organización de la actividad, ya que no solo permite que el trabajador decida respecto del lugar en el que va a desempeñar su actividad profesional, sino que además decidirá respecto del tiempo, según le convenga.

Los teletrabajadores no se encuentran sujetos a un horario de trabajo rígido, por lo que pueden decidir libremente por cuánto tiempo trabajar, a qué horas, los tiempos de descanso, etc.

Esta capacidad de organización que se le atribuye al trabajador, respecto de su tiempo de trabajo, debe tomarse con la cautela, ya que debe considerarse el hecho de que ciertos tipos de teletrabajo no se encuentran sometidos, por ley, a jornada u horario, por lo que se entiende que la empresa espera un resultado determinado por parte del trabajador, y este gestiona su tiempo en función de ese resultado, que se encuentra obligado a cumplir.

Al mismo tiempo, hay que considerar que existen otro tipo de teletrabajadores, que al contrario de lo que ocurría con los anteriores, sí se encuentran sometidos a jornada laboral, pero cuentan con un horario más o menos flexible.

Bien es cierto que en nuestro ordenamiento no se hacen referencias explícitas sobre el horario de trabajo flexible, pero eso no quiere decir que no se contemple, sino todo lo contrario, ya que se posibilita dar cabida a todos aquellos horarios que respetan los límites de la jornada laboral, sin ser rígidos.

La libertad con la que cuenta el teletrabajador se ve limitada por las propias características de la actividad (si la actividad del teletrabajador se dirige al trato con los clientes, el horario puede verse determinado por las exigencias de los mismos) e incluso por requerimiento de la propia empresa (la empresa

puede fijar una franja horaria, y el teletrabajador deberá decidir cuándo trabajar, pero respetando dichos márgenes).

Respecto de este último aspecto, en ocasiones la empresa opta por establecer un periodo de tiempo concreto, más o menos flexible, periodo en el cual la empresa podrá requerir la atención del trabajador, que fuera de dicho margen posee total libertad para llevar a cabo su tarea, en los márgenes de tiempo que mejor le convenga.

Lo que la empresa le exige al trabajador es que se encuentre disponible en el margen de tiempo que ha sido fijado, por lo que el trabajador, si así lo desea puede hacer coincidir su horario de trabajo con ese tramo de tiempo fijado por la empresa, o no. Lo único que se le exige es que durante ese tiempo se encuentre disponible, el resto queda a su discrecionalidad.

2.5.3.- Vacaciones

En el artículo 38 del TRLET se reconoce el derecho con el que cuentan todos los trabajadores a unas vacaciones anuales, de carácter retribuido. Se trata de un precepto legal en el que también se incluyen los teletrabajadores, porque si bien, en cierto modo, resulta más difícil que el empresario pueda asegurarse el efectivo disfrute del descanso, por parte del empleado, en los casos en los que la prestación se realice sin vigilancia, no existe razón alguna para que la situación jurídica de los teletrabajadores deba variar respecto de las vacaciones.

En cualquier caso, y como suele ocurrir de forma habitual habrá de estarse al Convenio Colectivo que sea aplicable en cada momento, para cerciorarse de que en el mismo no se establece alguna cláusula al respecto.

2.5.4.- Teledisponibilidad

Al hilo de lo indicado en el apartado correspondiente al horario de trabajo, deben diferenciarse dos conceptos: el horario flexible y la disponibilidad, o para ser más concretos, la teledisponibilidad.

Los nuevos parámetros existentes respecto de la ordenación del tiempo de trabajo han supuesto una mayor libertad a favor del trabajador, en especial en atención a la distribución de su tiempo de trabajo, y esto siempre a cambio del cumplimiento de la prestación exigida por la empresa; sin embargo, esta nueva organización de la actividad también puede suponer una extensión del tiempo de trabajo a través de la figura de la teledisponibilidad¹¹⁶.

Para que el trabajador se encuentre disponible no es necesario que el mismo se halle en el centro de trabajo, ni siquiera en su domicilio, puesto que a través de las nuevas tecnologías es posible localizarlo se encuentre en el lugar que se encuentre.

Resulta en cierto modo un aspecto con un doble sentido, porque de una parte el hecho de que el trabajador pueda ser localizado en cualquier lugar y en cualquier momento hace que tenga una mayor libertad de movimiento y de disposición, respecto de su tiempo, puesto que es consciente de que en el caso de ser necesitado por la empresa, la misma podrá requerirle de inmediato, sin la necesidad de que el trabajador se encuentre en un lugar concreto esperando indicaciones.

Pero al mismo tiempo, esa libertad de la que goza el trabajador no es completa debido al hecho de que pueda ser solicitado por la empresa en cualquier momento, razón por la cual cualquier actividad que pueda estar realizando se verá condicionada, ya que deberá abandonar la misma para acudir a sus obligaciones con la empresa. Por tanto, puede entenderse que el

¹¹⁶ A este respecto manifiestan PEREZ DE LOS COBOS y THIBAUT ARANDA que «la nueva ordenación del tiempo de trabajo se traduce en ocasiones en la imbricación del tiempo libre en el tiempo de trabajo, en el sentido de una mayor autonomía del teletrabajador en la distribución de éste a cambio de una obligación de resultado; pero también asistimos al fenómeno inverso, de extensión del tiempo de trabajo en el tiempo libre a través de la disponibilidad del teletrabajador a ser llamado al trabajo fuera del horario normal» (DE LOS COBOS ORIHUEL, F. y THIBAUT ARANDA, J. *El teletrabajo en España, perspectiva jurídico laboral*. Madrid: Editorial Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2001. p. 55).

trabajador cuenta con un considerable margen de libertad, notable, pero no total.

Esta forma de trabajo puede resultar paradójica en el sentido de que puede tenerse la percepción de que cuanto más alejado se encuentra físicamente el trabajador de la empresa, más presente se hace la presencia de la misma, ya que en cualquier lugar y momento puede recibir instrucciones y órdenes.

La disponibilidad ha de entenderse como la necesidad de encontrarse disponible, sea para intercambiar información, para recibir instrucciones de que hacer, o para responder en un margen de tiempo breve a un cometido urgente.

La intensidad de esta disponibilidad puede variar, y no tiene porque ser igual en todos los casos; puede exigirse desde una disponibilidad de unas horas concretas al día, hasta una disponibilidad que abarque la totalidad del día e incluso comprenda los 7 días de la semana.

El Real Decreto 1561/1995 de 21 de septiembre, sobre jornadas especiales de trabajo, hace referencia, en su artículo 8.1, al «tiempo presencial» entendiéndolo por ello aquella situación en que «el trabajador se encuentre a disposición del empresario sin prestar trabajo efectivo, por razones de espera, de expectativas, servicios de guardia, viajes sin servicio, averías, comidas en ruta u otras similares». Si bien se trata de una disposición que se refiere a los sectores del transporte y del trabajo en el mar, ocupaciones estas con unas especificidades concretas, ya que son actividades que de forma inevitable se encuentran ligadas a tiempos de espera, el trabajo tiene un carácter intermitente.

Lo que ocurre es que de los casos de disponibilidad analizados, se deriva de la idea de la flexibilización del tiempo de trabajo.

Por su parte, el TRLET únicamente hace referencia en su texto al tiempo de trabajo efectivo, sin dar una definición clara de lo que hay que entender por tal. Concretamente, el artículo 34.5 del TRLET expone que «el

tiempo de trabajo se computará de modo que tanto al comienzo como al final de la jornada diaria el trabajador se encuentre en su puesto de trabajo».

Se trata de una expresión un tanto difusa, en el sentido en que se habla de «puesto de trabajo», lo que dificulta su interpretación respecto de los teletrabajadores. Por ello, debe acudirse a criterios jurisprudenciales. Según los criterios del Tribunal Supremo «el tiempo de disponibilidad por medio de radioescuchas o aparatos portátiles de recepción de mensajes siempre que no afecte a la libertad de movimientos y de actividad del trabajador y en tanto no se traduzca en reincorporación al servicio, no equivale al trabajo efectivo...»¹¹⁷.

El hecho de hallarse disponible, o teledisponible no se computará, sino que únicamente se valorará, en relación al tiempo de trabajo cuando se incorpore de forma efectiva.

Pero ante esta afirmación parece entenderse como “tiempo libre” un espacio de tiempo en el que a pesar de que el trabajador no se encuentra ocupado, de forma efectiva, sí se sitúa en una especie de subordinación, puesto que su libertad de movimiento, en cierto sentido, se ve coartada. El trabajador no se encuentra efectivamente ocupado, pero si sujeto al poder de disciplina del empresario, que le puede requerir en cualquier momento, y a cuyas exigencias o peticiones tiene obligación de contestar¹¹⁸.

Por consiguiente, se trata del establecimiento de un horario de trabajo flexible, pero al mismo tiempo se trata de un horario en el que la libertad de fijar el momento de inicio y terminación del trabajo corresponde a la empresa.

La teledisponibilidad no puede considerarse como un tiempo de trabajo efectivo (entendido como un esfuerzo físico que pueda ser cuantificado), pero tampoco puede entenderse que se trate de un periodo de tiempo de descanso, no en sentido estricto.

¹¹⁷ STS de 23 de abril de 1991. núm. de rec. 314.

¹¹⁸ GONZALEZ VILLANUEVA se expresa diciendo que «aunque no se puede considerar la teledisponibilidad como tiempo de trabajo efectivo, resulta evidente que el mismo es un tiempo de trabajo ocupado, ya que el teletrabajador no dispone de total libertad o autonomía con ese período de tiempo, y se encuentra en cierta medida subordinado o dependiendo de su empresa» (GONZALEZ VILLANUEVA, F.J. *Op. Cit.* p. 16).

Lo que es cierto es que la teledisponibilidad no requiere el mismo esfuerzo físico/psicológico que el que requiere la efectiva realización de la actividad, y ello porque a pesar de que exige al trabajador encontrarse localizable, no impide que el mismo pueda dedicarse a otras actividades, si así lo desea.

La línea divisoria entre el trabajo y la vida privada es muy fina, por lo que la incidencia que puede tener la teledisponibilidad en la esfera privada del teletrabajador puede convertirse en un problema añadido. En consecuencia, resulta conveniente establecer unos límites a esa «teledisponibilidad». En palabras de THIBAUT ARANDA «el tiempo juega a la vez como medida de valor de cambio del trabajo y como límite de la sujeción del trabajador. Si las situaciones de teledisponibilidad... no afectan en principio a la intimidad de la vida privada, sí pueden afectar a la libertad de la vida privada. La puesta a disposición fuera del horario de trabajo normal habría de tener, a la par que la limitación del trabajo extraordinario, carácter excepcional»¹¹⁹.

En síntesis, puede decirse, que la división que se hace entre el tiempo de trabajo y el tiempo referente a la vida privada es un criterio completamente válido para aquellos casos en los que se de la teledisponibilidad, y si bien no se pueden eliminarse esas fronteras temporales, resultaría muy conveniente, debido a la peculiaridad de la situación, el establecimiento (a través de los convenios colectivos, o el análisis de los casos concretos en cada empresa, por ejemplo) de unos criterios precisos que puntalicen en qué lugar queda el trabajador (límites respecto del tiempo, las remuneraciones pertinentes...) cuando se le exige esa carga adicional (la teledisponibilidad).

El por qué de esta necesidad surge de la situación que se da respecto del tiempo de teledisponibilidad: no puede decirse que estemos hablando de tiempo de trabajo, porque realmente la persona no está llevando a cabo una actividad de forma efectiva, si bien tampoco podemos afirmar que se trate de «un tiempo libre», en el sentido de que esa obligación, por parte del trabajador

¹¹⁹ THIBAUT ARANDA, J. Teletrabajo y teledisponibilidad. En AA.VV. *Ponencia Temática III, X Congreso Nacional de Derecho del trabajo y de la Seguridad Social*, Zaragoza, 28 y 29 de mayo de 1999, Madrid: Editorial Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2000, pp. 907-908.

de estar disponible, hace que su libertad de movimiento se vea coartada, lo que supone inconvenientes y molestias.

En cuanto a la remuneración respecto de la teledisponibilidad es necesario tener en cuenta el hecho de que en toda prestación de servicios el salario viene a retribuir el tiempo de trabajo.

Resulta por tanto obvio que a través de la teledisponibilidad el teletrabajador asume una carga de trabajo especial, ya que debe encontrarse localizable, disponible y listo para acudir a trabajar aunque sea fuera de la jornada laboral. Por consiguiente, parece razonable el hecho de que se establezca por ley, por Convenio Colectivo o pacto individual el abono de una determinada cantidad de dinero en compensación por ese servicio prestado.

Todo ello al margen del salario habitual que reciba como contraprestación de la actividad laboral que está llevando a cabo, y con independencia de que si dicha actividad se prestase fuera del horario normal de trabajo debería ser considerada como horas extraordinarias de trabajo.

En esa línea, se manifiesta la jurisprudencia más actual cuando, por ejemplo, menciona lo siguiente: «el complemento de disponibilidad es un complemento salarial que se ha de abonar por el simple hecho de estar a disposición de la empresa para poder ser llamado a prestar servicios en cualquier momento o sufrir una modificación de sus jornada laboral, con independencia de que se produzca o no el cambio de horario o la modificación de jornada, no respondiendo el complemento de disponibilidad a una actividad extraordinaria del trabajador, sino a una característica especial del concreto puesto de trabajo que le obliga a disponibilidad habitual y a constantes alteraciones de los horarios de trabajo, compensando, no un exceso de jornada, sino una disponibilidad o solicitud de localización»¹²⁰.

Efectivamente, no existe impedimento alguno para que aunque la ley no lo contemple, se fije a través de los convenios colectivos, o en el propio

¹²⁰ STS de 21 de diciembre de 1993. núm. de rec. 3839 y STS de 15 de julio de 1996. núm. de rec. 711.

contrato de trabajo un complemento de puesto de trabajo que venga a compensar la «carga» que supone la teledisponibilidad.

En principio, la remuneración en concepto de teledisponibilidad no puede suponer una retribución equiparable a la comprendida por el trabajo efectivo, ya que son dos conceptos distintos, pero sí puede establecerse una retribución de carácter inferior, que variará en virtud del tipo de teledisponibilidad exigida al trabajador.

Y es que en ocasiones la disponibilidad que se le exige al trabajador no va más allá de unas limitaciones mínimas que causan pequeños inconvenientes en la organización del trabajador de su vida personal; no obstante, en otras ocasiones el teletrabajador se ve limitado de forma sustancial, por lo que al tratarse de dos conceptos diferentes ambos deberán ser retribuidos en la manera correcta que corresponda a cada uno.

En otro orden de cosas, también debe tenerse en cuenta la cuestión de si la disponibilidad va a suponer una ampliación de la jornada de forma extraordinaria, o si por el contrario va a suponer una modificación habitual del horario de trabajo¹²¹.

A este respecto el propio THIBAUT ARANDA considera que debería retribuirse no solo la disponibilidad, entendida esta de forma genérica, sino que también deberían retribuirse las horas concretas que deben invertirse al margen de la jornada ordinaria, es decir, el exceso de horas sobre la jornada de trabajo, tanto si las mismas se llevan a cabo de forma efectiva, como si finalmente no resulta ser así¹²².

¹²¹ En este sentido THIBAUT ARANDA menciona que «si bien en estos casos no puede considerarse un tiempo de trabajo efectivo y sigue siendo una obligación accesoria e instrumental por lo que dijimos al tratar de la jornada, este particular perfil cualitativo debe compensarse en la misma medida en que enriquece la prestación de trabajo» (THIBAUT ARANDA, J. Teletrabajo y teledisponibilidad. En AA.VV. *Descentralización productiva y nuevas formas de organización de la actividad laboral*. Op. Cit. p. 907).

¹²² «Sobre este particular conviene señalar que, como hacen ya algunos convenios colectivos, sería posible retribuir no sólo la pura disponibilidad en abstracto, sino también las concretas horas de exceso de jornada ordinaria que deban invertirse, tanto si finalmente se realizan como si por no producirse ninguna incidencia no se llevasen a cabo» (*Ibidem*).

Por último, es necesario tener en cuenta cómo puede llegar a incidir esta cuestión en la vida personal del teletrabajador, ya que el hecho de que el trabajador tenga que encontrarse a disposición de la empresa puede llegar a ocasionar verdaderos trastornos respecto de la organización del tiempo que corresponde a su tiempo de asueto, cuestión esta que del mismo modo deberá ponderarse¹²³.

2.5.5.- El trabajo nocturno

Atendiendo a lo establecido en el artículo 36.1 del TRLET, se considerará trabajo nocturno «el realizado entre las diez de la noche y las seis de la mañana».

Por su parte debe considerarse trabajador nocturno a aquel trabajador que realice una parte de su jornada diaria, que no sea inferior a 3 horas, en horario nocturno.

Debe tenerse en cuenta que el artículo 13 del TRLET, relativo a los trabajadores a distancia (previamente denominados trabajadores a domicilio), no establece ninguna especificidad respecto de los trabajadores nocturnos, razón por la cual debe entenderse que a los mismos les será de aplicación el régimen jurídico aplicable al contrato común.

Al igual que ocurría con las horas extraordinarias, será necesario determinar si el trabajador ejecuta la actividad por encargo del empresario o no,

¹²³ Así lo menciona THIBAUL ARANDA cuando expresa que «si las situaciones de teledisponibilidad y el empleo de estos medios modernos de comunicación no afectan en principio a la «intimidad de la vida privada», sí pueden afectar a la «libertad de la vida privada» (*Ibidem*).

Merece la pena traer a colación las palabras de CALAFA, ya que este autor entiende que «el logro de los objetivos ligados a la calidad de vida no puede prescindir de la existencia de un tiempo liberado y personal, de un ámbito que permita al actor gestionar y dar sentido y densidad a la propia experiencia de la vida, huyendo en un cierto sentido de los vínculos del tiempo o mejor dicho teniéndolo bajo control». (CALAFA, L. Le strutture della flessibilità temporale. En AA.VV *Telelavoro e Diritto*, Turín: Editorial Giappichelli, 1998, p. 35).

ya que la consideración del teletrabajo como trabajo nocturno dependerá de ello¹²⁴.

En caso de que el teletrabajador esté realizando la prestación a petición del empleador, este último deberá tenerlo en cuenta y retribuir al trabajador según lo establecido en la normativa o convenio que se aplique.

Por el contrario, si la decisión de realizar la actividad durante el periodo de tiempo que comprende el trabajo nocturno corresponde al trabajador, se trataría una decisión personal, ya que una de las características más marcadas de esta forma de trabajo es la libertad en la elección de los horarios.

En consecuencia, si el trabajador encuentra conveniente fijar dentro del horario nocturno su jornada, es perfectamente aceptable. Pero al tratarse de una iniciativa personal, no debe tener una posterior repercusión, por lo que no puede entenderse como una causa válida para la adquisición de un derecho a favor del teletrabajador.

Todo ello sin perjuicio de que el trabajador pruebe que el cometido exigido por el empresario solo puede realizarse dentro de ese periodo de tiempo concreto.

2.6.- La remuneración del tiempo de trabajo

El contrato de trabajo es un contrato de carácter oneroso y sinalagmático, un contrato de cambio, por lo que la prestación de la actividad por parte del trabajador tiene como contraprestación, consustancial, la retribución a cargo del empresario.

¹²⁴ Respecto de ello GONZALEZ VILLANUEVA menciona que «en el trabajo nocturno del teletrabajador habrá que distinguir si el mismo se lleva a cabo voluntariamente o deriva de una decisión imputable al empresario. Efectivamente las consecuencias jurídicas varían según se trate de un supuesto u otro, ya que si ese período nocturno se invade porque así lo decide libremente el trabajador, no debe tener mayores repercusiones normativas» (GONZALEZ VILLANUEVA, F.J. *Op. Cit.* p. 19).

Es el propio artículo 26.1 del TRLET, en su artículo 26.1, el que aporta una definición legal de lo que es el salario, al establecer que «se considerará salario la totalidad de las percepciones económicas de los trabajadores, en dinero o en especie, por la prestación profesional de los servicios laborales por cuenta ajena, ya retribuyan el trabajo efectivo, cualquiera que sea la forma de remuneración, o los periodos de descanso computables como trabajo».

El hecho de que el teletrabajador no se encuentre físicamente en la empresa no conlleva que su tratamiento jurídico respecto de la remuneración deba variar. No existe ninguna razón de peso para creer que el trabajo desarrollado por un teletrabajador deba ser remunerado de forma distinta al realizado por un trabajador tradicional, es decir, aquel que presta sus servicios dentro de los establecimientos de la empresa. Es por ello que el teletrabajador no debería ver alteradas, de forma negativa, sus condiciones respecto de lo que haya sido establecido por el convenio colectivo que le corresponda¹²⁵.

No obstante, no es menos cierto que la cualificación del trabajador incide de forma directa en la remuneración, de forma que aquellos trabajadores que posean una mayor preparación se encontrarán en una mejor posición para imponer sus condiciones en la empresa, mientras que aquellos teletrabajadores menos cualificados, pueden ver como sus remuneraciones disminuyen.

Apreciación que resulta lógica desde un punto de vista empresarial, puesto que los trabajadores menos cualificados suelen ser más abundantes que los que poseen una alta cualificación, por lo que resulta más fácil encontrarlos e incluso reemplazarlos, y esto provoca que su capacidad de negociación quede mermada, es por ello que no pueden sino aceptar las condiciones que se les impongan.

¹²⁵ Es más, el renovado artículo 13.3 del TRLET hace referencia expresa a esta cuestión abordando el hecho de que «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» (BOE de 11 de febrero de 2012. núm. 36).

Por el contrario, los teletrabajadores con un alto nivel de formación, suelen formar un grupo más escaso, siendo así, su poder de negociación frente al empresario aumenta, y pueden imponer más fácilmente sus condiciones de trabajo, entre las que se encuentra la remuneración a percibir.

A través de la negociación colectiva, o en su caso a través del propio contrato de trabajo individual, se fijará la estructura del salario, que atendiendo a lo establecido por el artículo 26.3 del TRLET deberá englobar «el salario base, como retribución fijada por unidad de tiempo o de obra y, en su caso, complementos salariales fijados en función de circunstancias relativas a las condiciones personales del trabajador, al trabajo realizado o a la situación y resultados de la empresa...».

El concepto de «sistema salarial» hace referencia a aquellos criterios tenidos en cuenta para la determinación de la retribución que han de percibir los trabajadores. Una primera aproximación a esta clasificación la podemos encontrar en la redacción del TRLET, tal y como se ha mencionado en el párrafo anterior, cuando se hace alusión a los salarios por unidad de tiempo y por unidad de obra. Ahora bien, estas no son las únicas formulas, ya que suelen resultar muy comunes las comisiones (mixtas o exclusivas), en especial en los casos en los que los teletrabajadores intervienen en operaciones de carácter mercantil.

2.6.1.- El salario por unidad de tiempo

En este caso el salario se calculará en función de la duración del servicio, sin que se entre a valorar la cantidad de trabajo que haya sido prestado, si bien con esto no pretende decirse que el resultado de la actividad no vaya a tener relevancia.

El patrón de medición del trabajo es el tiempo, y no el resultado, pero a pesar de ello al trabajador se le puede exigir un cierto nivel de rendimiento. Más concretamente, se le podrá exigir que alcance el nivel que se considera medio para la realización de la actividad que se esté llevando a cabo. Al hilo de

esta cuestión deben tenerse en cuenta las afirmaciones de ALONSO OLEA al señalar que «lo que el trabajador debe no es exactamente tiempo de trabajo, sino el trabajo prestado durante un determinado tiempo»¹²⁶.

Uno de los principales problemas que plantea el salario por unidad de tiempo es que en el caso del tradicional trabajo a domicilio resulta muy difícil realizar la medición del tiempo de trabajo, por lo que se trataba de una fórmula no muy habitual. Sin embargo, en el caso del teletrabajo no ocurre lo mismo, ya que en numerosas modalidades de teletrabajo es perfectamente posible la medición del tiempo de prestación de servicios, de forma muy precisa. Ciertos programas de ordenador permiten registrar en la memoria del ordenador el tiempo real de utilización del sistema por parte del trabajador, por tanto el hecho de no poder controlar el tiempo de trabajo ya no resulta un inconveniente para la aplicación de esta modalidad salarial.

El empresario puede determinar de forma precisa el tiempo en el cual el trabajador ha estado llevando a cabo su actividad, para de esa manera retribuirle de igual forma que si el trabajador hubiera realizado su tarea dentro del establecimiento de la empresa.

El problema reside en el hecho de que existen ciertas actividades en las que no resulta interesante la medición a través de este factor (el tiempo), porque puede que lo que le interese a la empresa no sea la cantidad sino la calidad, que será el parámetro a tener en cuenta para la valoración del trabajo prestado por el trabajador.

De forma tradicional el tiempo se ha entendido como un parámetro de medición fundamental, no obstante hay ciertos casos de teletrabajo en los que prima la valoración cualitativa, más allá de la cuantitativa. Suele tratarse de actividades delicadas, que conllevan un proceso sofisticado, preciso...por lo que la simple medición a través del factor tiempo no resulta demasiado precisa, ya que la complejidad de estos procesos hace que el tiempo necesario para su

¹²⁶ ALONSO OLEA, M. Consideración general sobre las clasificaciones del salario. En AA.VV. *Dieciséis lecciones sobre salarios y sus clases*. Madrid: Universidad de Madrid, Facultad de Derecho, 1971, p. 36.

realización se amplíe, razón por la que el valor real de la actividad no puede depender únicamente de la simple medición temporal.

2.6.2.- El salario por unidad de obra

Se trata de una forma distinta de retribuir el trabajo, una forma en la que la medición se realiza atendiendo a la cantidad de trabajo realizado, independientemente del tiempo que haya sido necesario invertir.

Siendo el teletrabajo una forma de organización de la actividad tan heterogénea, se debe tener en consideración el hecho de que ciertas actividades no son susceptibles de ser remuneradas a través del sistema de unidad de obra, sea porque a la empresa no le interesa su cuantificación o porque ciertamente no pueden ser cuantificadas. Sin embargo, se dan otro tipo de actividades en las que debido a la rutina de los procesos (repetición de secuencias, procesamiento o grabación de los datos), resulta perfectamente posible la aplicación de este sistema salarial.

Este sistema salarial se encuentra estrechamente ligado a la productividad, y ello puede llegar entenderse como un signo de flexibilización, en el sentido de que cualquier variación que suceda en la actividad puede producir el mismo efecto en la remuneración del trabajador, permitiendo de ese modo un ajuste entre la oferta y la demanda.

Ahora bien, esta flexibilidad salarial a pesar de sus efectos positivos posee unos efectos negativos que son necesarios vigilar de cerca, para que no pueda tomarse como una vía para rebajar el salario de los trabajadores, puesto que estos se hayan ligados a un determinado rendimiento.

Tal y como indica THIBAUT ARANDA el salario no viene determinado por el nivel de productividad, sino al contrario,¹²⁷ por lo que ante estos riesgos, el trabajo realizado a destajo ha recibido una serie de garantías¹²⁸.

¹²⁷ THIBAUT ARANDA considera que «no es el nivel de productividad el que determina el nivel de salario, sino el salario deseado el que determina el nivel de productividad a alcanzar...en el

Una vía de regulación a todas estas cuestiones puede venir por parte de la negociación colectiva, que podría entrar a regular la base de cálculo del salario a destajo, para evitar una desproporción entre la prestación del trabajo y el salario percibido, revisándose de ese modo los criterios que son utilizados a este respecto.

En el mismo sentido, resultaría beneficioso la inclusión de cláusulas, a través de la negociación colectiva, que permitan establecer ciertas garantías que aseguren al teletrabajador una carga de trabajo similar a la que realizaría de encontrarse en la empresa, para que de este modo quede limitada la posibilidad de trabajar un número de horas excesivo, con el objetivo de obtener unos mayores ingresos.

Desde una óptica general puede apreciarse que dentro del mundo del teletrabajo se abren dos grandes grupos de teletrabajadores, por un lado, aquellos con una alta cualificación, y un nivel muy superior de especialización, que poseen un alto poder de negociación (que abarca el ámbito salarial) y, por otro lado, aquel grupo de teletrabajadores con una especialización baja, y un nivel de cualificación igualmente bajo, que suelen ser aquellos que llevan a cabo las tareas más rutinarias y cuyo poder de negociación es extremadamente limitado. Por esta razón, es necesaria la adaptación de una serie de garantías que, en cierta medida, eviten el empeoramiento de las condiciones, incluidas las salariales, de estos teletrabajadores menos cualificados.

2.6.3.- Las horas extraordinarias

teletrabajo retribuido a destajo existe por tanto el peligro de que, para aumentar las ganancias, se intensifique o prolongue el trabajo más allá de una duración razonable...» (THIBAUT ARANDA, J. *El Teletrabajo. Op. Cit.* p. 111).

¹²⁸ Así por ejemplo el artículo 13.3 del TRLET establece que el salario de los trabajadores a domicilio ha de ser, como mínimo, igual al de un trabajador de categoría profesional equivalente en el sector económico de que se trate.

El TRLET, en su artículo 35.1, explica que es lo que podemos entender por horas extraordinarias al establecer que «tendrán la consideración de horas extraordinarias aquellas horas de trabajo que se realicen sobre la duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo, fijada de acuerdo con el artículo anterior».

Mediante convenio colectivo o, en su defecto, contrato individual, se optará entre abonar las horas extraordinarias en la cuantía que se fije, que en ningún caso podrá ser inferior al valor de la hora ordinaria, o compensarlas por tiempos equivalentes de descanso retribuido.

En ausencia de pacto al respecto, se entenderá que las horas extraordinarias realizadas deberán ser compensadas mediante descanso dentro de los cuatro meses siguientes a su realización.

El hecho de que estemos ante una nueva forma de organización del trabajo, que implica, necesariamente, el componente de la deslocalización, no quiere decir que no pueda darse el instituto de las horas extraordinarias.

Al igual que ocurre con las formas de trabajo tradicionales, la existencia de una jornada laboral máxima, hace que sea necesario la presencia de la figura de las horas extraordinarias, para que ese tiempo de trabajo efectivo que realiza el trabajador, fuera del horario de la jornada propiamente establecida, no quede sin su conveniente remuneración¹²⁹.

En el caso del ordenamiento del tiempo de trabajo tradicional el cómputo de las horas extraordinarias no parece que plantee demasiados problemas, extremo este que puede parecer complejo, si bien, en la práctica no resulta ser así, ya que mediante el uso de los programas de control del tiempo de trabajo se puede verificar, de forma exacta el tiempo que ha dedicado el trabajador a la actividad fuera de las horas ordinarias de la jornada.

¹²⁹ Así lo expresa GONZALEZ VILLANUEVA al considerar que no existe «ninguna objeción a que se puedan considerar como horas extraordinarias las que excedan de la jornada habitual que realiza el teletrabajador; es más, si hay un exceso de jornada y no se retribuye por parte de la empresa, se está abusando de esta situación de flexibilidad y deslocalización (distancia o alejamiento físico) que conlleva el teletrabajo» (GONZALEZ VILLANUEVA, F.J. *Op. Cit.* p. 18).

También es cierto que no todo el tiempo que excede de las horas ordinarias, comprendidas en la jornada de trabajo, deben ser tenidas en cuenta como horas extraordinarias, es decir, que no todo el tiempo «extra» que pasa el teletrabajador trabajando puede ser considerado como horas extraordinarias.

Resulta necesario dilucidar a quien debe atribuírsele la responsabilidad de ese «exceso» de horas, ya que en ocasiones puede tratarse de una causa imputable al empresario, pero puede ocurrir que no sea así, y que la responsabilidad recaiga sobre el teletrabajador.

Atendiendo a este criterio de responsabilidad, únicamente serán computables como horas de trabajo extraordinarias aquella demasía de horas que sean imputables al empresario, porque el trabajo que este último ha asignado requiere de más tiempo para su realización, que el tiempo establecido propiamente para la jornada de trabajo.

2.6.4.- El complemento salarial

Las personalísimas características del teletrabajo hacen que algunos de los tradicionales complementos salariales desaparezcan, por ejemplo, el de la asistencia y la puntualidad, y sin embargo otros adquieran una mayor relevancia, como puede ser el caso de la disponibilidad del trabajador, o en este caso la teledisponibilidad.

Es necesario tener en cuenta que el salario, al que se ha hecho referencia con anterioridad, viene a retribuir el tiempo de trabajo, y los periodos asimilados al mismo, pero no existe ninguna regla, ni en el TRLET, ni en ninguna otra disposición que obligue al empresario a remunerar al trabajador por ese tiempo en el que se debe encontrar disponible.

No se puede obviar el hecho de que se trata de una obligación impuesta al teletrabajador, que ha de encontrarse localizable y preparado para trabajar fuera del horario habitual, y de atenerse a este aspecto, si se realiza fuera del horario de trabajo, tendrá la consideración de hora extraordinaria.

Lo que se pretende reconocer mediante este complemento salarial es la inconveniencia que supone la obligación de disponibilidad para el trabajador, ya que debe encontrarse siempre alerta y listo para ser requerido en cualquier momento, y en este sentido se han pronunciado los tribunales¹³⁰.

Parece obvio el hecho de que la teledisponibilidad no supone un derecho a remuneración igual al correspondiente por la realización del trabajo efectivo, porque realmente no estamos hablando de un tiempo de trabajo que pueda considerarse como efectivo.

No obstante se trata de una situación que puede dar lugar a una retribución de cuantía inferior, atendiendo a la limitación de la libertad del trabajador, retribución que puede verse modificada en función del grado de disponibilidad que se le requiera al trabajador, y que podrá establecerse mediante el abono del tiempo de disponibilidad, en la cuantía que se haya pactado o, compensando dicho tiempo de teledisponibilidad con tiempo de descanso retribuido.

Analizadas diversas cuestiones en torno a la figura del teletrabajo, es necesario tratar de abarcar otra serie de supuestos en torno al uso de las nuevas tecnologías y el Derecho del Trabajo.

En el caso del teletrabajo, supone que la inclusión de las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación traiga consigo una nueva forma de organización de la actividad laboral.

Del mismo modo es necesario atender a lo que ocurre con el uso de esas nuevas herramientas de comunicación cuando el trabajador se halla prestando los servicios que le corresponden en el centro de trabajo tradicional.

¹³⁰ Así la jurisprudencia ha entendido que «el complemento de disponibilidad es un complemento salarial que se ha de abonar por el simple hecho de estar a disposición de la empresa para poder ser llamado a prestar servicios en cualquier momento o sufrir una modificación de sus jornada laboral, con independencia de que se produzca o no el cambio de horario o la modificación de jornada no respondiendo el complemento de disponibilidad a una actividad extraordinaria del trabajador, sino a una característica especial del concreto puesto de trabajo que le obliga a disponibilidad habitual y a constantes alteraciones de los horarios de trabajo, compensando, no un exceso de jornada, sino una disponibilidad o una solicitud de localización» (STS de 21 de diciembre de 1993. núm. de rec 3839 y STS de 15 de julio de 1996. núm. de rec. 711).

Esto es, si en el caso del teletrabajo el lugar de prestación de la actividad se traslada a un lugar distinto del propio centro de la empresa, a continuación se estudiará que ocurre con el uso de las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación dentro del marco de la propia empresa.

CAPITULO III.- USO POR PARTE DE LOS TRABAJADORES DE LOS MEDIOS TECNOLOGICOS DE LA EMPRESA

3.1.- Uso del correo electrónico para fines profesionales y para fines personales

No parece que quepa duda alguna acerca del poder y el impacto que provocan las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación, y a la vista está que ningún ámbito de la vida, tanto público como privado, queda fuera de la influencia de las mismas, por lo que la empresa, tal y como ya se ha mencionado previamente, no resulta un lugar en absoluto ajeno a esta revolución tecnológica¹³¹.

A día de hoy son muchas las empresas que facilitan a sus trabajadores una dirección de correo electrónico asociada a la propia empresa, entendiendo esta herramienta como un instrumento de trabajo para las funciones diarias.

Y si bien se trata de un hecho con fines profesionales, no resulta en absoluto novedosa la controversia que se genera en torno al uso del correo electrónico en el ámbito de la empresa. Y es que en buena medida la problemática se genera por los límites impuestos a su uso para fines personales durante la jornada laboral.

¹³¹ En este mismo sentido es necesario traer a colación las palabras expresadas por el autor FALGUERA I BARÓ que percibe como «la generalización del uso de Internet y del correo electrónico como mecanismos de comunicación activa entre las personas está comportando - es conocido- cambios de gran calado social, significando, además, indudables ahorros de tiempo y costes, con un general incremento de la productividad. Esas modificaciones afectan no únicamente a la relación entre las gentes, sino también a sus formas de pensar, a sus valores y a sus propias necesidades sociales» (FALGUERA I BARÓ, M.A. Uso por el trabajador del correo electrónico de la empresa para fines extraproductivos y competencias de control del empleador. En *RL*, 2000, núm. 22, tomo II, p. 469).

Efectivamente, en muchos de los Convenios Colectivos en los que se regula el uso del correo electrónico, esta regulación se enmarca dentro del ámbito de los principios generales del poder disciplinario.

El empresario pone a disposición de sus trabajadores ciertos medios tecnológicos para que los mismos puedan ser utilizados para llevar a cabo la actividad laboral que en su caso corresponda.

La discrepancia se produce cuando dichos medios son utilizados para fines ajenos a aquellos para lo que fueron suministrados, es decir, cuando, en este caso el correo electrónico se utiliza para el uso personal del propio trabajador.

Pero también es cierto que no todo uso personal que se haga del correo electrónico resulta problemático, ya que no parece existir problema alguno en que los propios trabajadores de forma puntual realicen sus gestiones o comunicaciones personales a través del correo de la empresa. Ello se trata de una práctica habitualmente admitida.

Ahora bien, la mayoría de las dudas suelen generarse cuando el uso de los medios electrónicos de la empresa comienza a sobrepasar ese límite de confianza otorgado por el empresario.

Y es en este punto cuando suele plantearse la cuestión de la naturaleza de esos medios de comunicación, para tratar de dilucidar si los trabajadores poseen plena capacidad para hacer uso de ellos cuando estimen conveniente, o, si, por el contrario, el empresario, efectivamente, tiene derecho a establecer ciertos límites en su uso.

Ciertamente, el principal problema que se plantea es si el trabajador, aparte de las acciones que lleve a cabo para cumplir con las laborales que le corresponden en base a la actividad laboral que presta, puede, y de ser así bajo qué condiciones, hacer un uso personal del ordenador y de las herramientas informáticas que el mismo contiene.

Efectivamente, bajo todas luces, el trabajador carece de cualquier título jurídico que le conceda un uso personal del ordenador.

Atendiendo al artículo 348 del Código Civil (en adelante CC), el trabajador no ostenta ningún derecho de propiedad que le permita gozar y disponer para sí del instrumento, ni ningún otro tipo de título, como podría ser un derecho de arrendamiento de cosa (regulado en el artículo 1543 del CC) y tampoco puede hablarse de un derecho de posesión que le permita realizar un aprovechamiento de carácter personal, tal y como se recoge en el artículo 430 del CC.

Es más, en cualquier caso sería el propio empresario el que ostentase cualquier clase de título jurídico, ya que en principio es a él a quien le corresponde la propiedad de dichos instrumentos, ya que la forma más habitual es que los mismos se incorporen a la empresa con el fin de satisfacer las necesidades que se presentan respecto de las actividades profesionales que se llevan a cabo, esto es, dichas herramientas se incorporan no para la satisfacción o uso personal de los trabajadores, sino para la satisfacción del interés de la propia empresa.

De igual forma que respecto de todos los bienes que se encuentran dentro de la empresa, el trabajador es simplemente un usuario de los mismos, exactamente lo mismo ocurre con las herramientas de información y comunicación. El ordenador, por sí mismo es un elemento que pertenece a la propia organización y que de alguna manera se le cede al trabajador para que pueda hacer un uso profesional del mismo con el único objetivo de prestar una serie de servicios que redunden en beneficio de la empresa¹³².

Considerando esta primera aproximación, se entiende que el trabajador solo puede hacer uso del ordenador, y, por ende, de los nuevos medios de información y comunicación para cumplir con las tareas y las obligaciones que

¹³² Tal y como indica MONTROYA MELGAR en referencia a esta cuestión «desde este punto de vista, el trabajador es, pues, un mero usuario del ordenador, frente al que se sitúa en la misma posición de ajenidad que mantiene respecto a los demás bienes muebles e inmuebles de la empresa. Esta ajenidad de naturaleza patrimonial civil del trabajador frente al ordenador se refuerza con la ajenidad laboral propia del contrato de trabajo, que determina que el ordenador sea un elemento de la organización de la que el trabajador depende (artículo 1.1 del ET) y en la que presta sus servicios en utilidad patrimonial del empresario» [MONTROYA MELGAR, A. Nuevas tecnologías y buena fe contractual (Buenos y malos usos del ordenador en la empresa). En *RL*, 2009, núms. 5-6, tomo I, p. 187].

son inherentes al contrato de trabajo por el que se halla vinculado, y no le asiste derecho alguno a hacer un uso personal.

En cierto sentido, parece lógico pensar que el uso personal de estos instrumentos puede repercutir en una menor productividad respecto de la actividad laboral del trabajador, y al final, en mayor o menor medida pueden incluso generarse una serie de costes adicionales que supondrían una carga para el empresario.

De todas formas, también es cierto que el hecho de que el trabajador no cuente con un título no significa de forma automática que no pueda hacer ningún uso personal de las herramientas de información y comunicación, porque si bien es cierto que no se le concede ningún derecho al respecto, también es cierto, que sí pueden concederse autorizaciones expresas.

Evidentemente, el hecho de que ninguna norma reconozca un derecho de tales características, no excluye la posibilidad de regular dicho espacio mediante otra serie de procesos, como pueden ser los propios Convenios Colectivos, los pactos individuales entre el empresario y el trabajador, cláusulas dentro de los propios contratos de trabajo, códigos de conducta etc. A través de estas herramientas puede concederse el uso privado del ordenador y, por tanto, del correo electrónico.

Y de la misma forma que nada impide que se concedan autorizaciones para tales efectos, nada impide tampoco que se establezcan prohibiciones expresas.

Resulta obvio que la empresa no se encuentra obligada en ningún momento a dejar que sus empleados dispongan de dichas herramientas, para su uso personal, y es más puede decirse incluso que el empresario no está obligado a pactar siquiera las condiciones de uso que a las mismas se les otorgue. En definitiva, es la propia empresa la que de forma unilateral barajará las opciones que le resulten más adecuadas.

El empresario deberá decidir cual considera que es la política más adecuada y la que mejor se ajusta a las necesidades de la empresa, barajando diversas opciones, entre las que pueden distinguirse las siguientes:

a) Restringir el uso de estas herramientas a aquellos fines que sean meramente profesionales, y por tanto prohibir de forma taxativa el uso personal de dichos medios de comunicación.

Siendo esta una opción perfectamente válida, ciertamente no suele presentarse como la vía más habitual, ya que como anteriormente se ha mencionado la mayoría de las empresas optan por una política de cierta tolerancia en el uso no solo del correo electrónico sino también de otros medios, como el teléfono por ejemplo.

El hecho de que el trabajador dedique una gran parte del día a realizar sus labores como profesional y que esa implicación haga que disponga de un tiempo limitado para llevar a cabo sus necesidades habituales no puede obviarse, por lo que resulta lógica la generación de una cierta permisividad en el uso de este tipo de medios.

Aunque no resulta menos cierto el hecho de que una prohibición total del uso de los medios electrónicos también encuentra su lógico fundamento en el hecho de tratar de evitar los tiempos de inactividad del trabajador, problemas que puedan derivarse para la seguridad del propio sistema de red, o cualquier otro tipo de acción que pueda derivar en una responsabilidad para el empresario.

b) Permitir que los medios tecnológicos de información y comunicación que son empleados para la realización de los asuntos profesionales sean utilizados al mismo tiempo para fines personales, pero no de forma indiscriminada, sino que se establecen una serie de límites, como puede ser que se le de uso en un tiempo determinado, que dichas gestiones personales se realicen en los tiempos de descanso...

Es decir, se trataría de un permiso para hacer uso de tales medios, pero no una concesión absoluta a favor de los trabajadores para que realicen un uso sin límite alguno.

c) Puede plantearse un tercer escenario en aquellos casos en los que la propia empresa no haya establecido nada en referencia a esta situación. Siendo así es necesario añadir la inexistencia de un derecho que ampare a los empleados a hacer un uso personal de los medios de información y comunicación de la empresa.

Cabe mencionar que existen algunas resoluciones judiciales que vienen señalando que los trabajadores no pueden utilizar los equipos informáticos y los sistemas de comunicación electrónica de la empresa para aquellos asuntos que sean ajenos a los profesionales, sin contar con una autorización expresa de aquélla.

De cualquier modo no parece que exista unanimidad en la propia jurisprudencia, por ende, es habitual que se presenten dos casos, el de aquellos que entienden que la falta de autorización expresa equivale a una prohibición y el de aquellos otros que consideran lo contrario, esto es, que la falta de autorización supone un permiso tácito.

A continuación se va a tratar de esbozar unas breves pinceladas en torno a esta cuestión.

a) Primera posición. De algunas sentencias se extrae que para que el trabajador pueda realizar un uso personal del correo electrónico es necesario que se dé, por parte del empresario, una autorización expresa, y en caso de no darse la misma se entiende que no puede hacerse un uso extraproductivo.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de noviembre de 2001¹³³ entiende que aun no dándose una prohibición expresa, el mero hecho de que no exista una autorización (ya sea porque así

¹³³ Núm. de rec. 1142.

ha quedado pactado en el Convenio Colectivo, en el propio contrato o a través de cualquier otra vía, o porque el empresario de forma unilateral no haya dado su conformidad) implica que el trabajador no tiene derecho a hacer uso personal del correo electrónico, por lo que el empresario puede sancionar todas aquellas conductas que vayan en contra de esta práctica.

Por tanto, desde este punto de vista la única forma «lícita» de que el empleado pueda hacer un uso extraproductivo del correo electrónico es el contar con una autorización expresa que le faculte para ello.

Por tanto, considerando el ordenador como un medio o bien de la empresa y siendo el propio empresario el titular de su propiedad, si no existe autorización, el control del ordenador no implicaría un atentado al derecho a la intimidad del trabajador, ya que al no poseer el derecho a usarlo con fines personales, se entiende que el contenido del mismo es únicamente profesional.

Al mismo tiempo la sentencia previamente mencionada considera que el hecho de que durante cierto tiempo el empresario haya practicado una política de cierta permisividad, admitiendo que sus trabajadores hiciesen uso personal del correo electrónico, no supone la adquisición de ningún derecho, por lo que en cualquier momento el empresario puede prohibir dicha práctica.

b) Segunda posición. Se entiende que mientras no exista una prohibición se permite el uso personal del correo electrónico.

Se entiende que no todo uso personal realizado sin autorización expresa tiene que considerarse como una «práctica ilícita», entendiéndose dicha premisa como una afirmación bastante rígida y sobre todo que no tiene en consideración lo mencionado por el artículo 3.1 del CC, cuando se habla de la

interpretación de las normas en base a los cambios producidos en la realidad social.

No cabe duda alguna de que en el día a día de las empresas los medios de información y comunicación se han convertido en herramientas indispensables, y por tanto puede entenderse como razonable un uso personal siempre y cuando se haga atendiendo a las reglas de la buena fe y sin producirse abusos.

Pero ¿qué es lo que dice al respecto la normativa vigente?

Para tratar de abordar esta cuestión resulta fundamental tomar en consideración dos textos legales: la Constitución Española y el TRLET.

El correo electrónico viene a considerarse como una herramienta de trabajo, por lo que el mismo empresario podrá adoptar las medidas que considere más oportunas para verificar que el trabajador cumple de forma correcta con las obligaciones que le corresponden y que no hace uso de los medios de comunicación de la empresa para fines ajenos a los que se derivan de su puesto de trabajo.

Si bien la propia jurisprudencia ya ha señalado en varias ocasiones que no todas las medidas tomadas a tales efectos son aceptadas.

Si se repara en el texto constitucional, y de forma más específica en su artículo 18, en el mismo queda amparado el derecho fundamental a la intimidad personal y al secreto de las comunicaciones.

Es por ello que los derechos del empresario se verían restringidos en cierta forma.

Parece, por tanto, que la decisión menos conflictiva parece ser la de dejar asentadas de forma clara y concisa las bases acerca del uso del correo electrónico en la empresa.

Una opción nada desdeñable es la de incluir este asunto dentro del ámbito de la negociación colectiva, para que sean las propias empresas y los trabajadores los que, de forma personal, decidan y pacten cuales son las

condiciones más ventajosas para ambos, buscando un necesario equilibrio entre los interés empresariales y los intereses de los propios trabajadores.

Y no son pocos los Convenios Colectivos que están abordando esta cuestión, tratando de fijar una serie de reglas claras para que no se produzcan dudas o discusiones en torno al uso de los medios de información y comunicación en la empresa.

En este sentido, algunos Convenios son extremadamente precisos en sus premisas, y regulan todo lo concerniente al correo electrónico de forma muy minuciosa¹³⁴.

¹³⁴ Son muchos los Convenios Colectivos que han querido introducir cláusulas respecto del uso de los medios de información y comunicación en la empresa, siendo algunos de ellos muy minuciosos en esta labor. Este es el caso del VIII Convenio Colectivo de Unidad Editorial, S.A. (BOE de 29 de mayo de 2009, núm. 130) que en su artículo 2 hace una extensa mención al tema tratado mencionando que «la dirección de la empresa ha dotado a los empleados de una dirección individual de correo electrónico en atención a que el desempeño de las funciones de su puesto de trabajo requiere razonablemente de su utilización. Debido a que es facultad de la empresa la organización del correo electrónico y el sistema que deba seguirse, con libertad absoluta para decidir sus condiciones, Unidad Editorial, S.A., se reserva, en función de las necesidades que cada puesto de trabajo presente en cada momento, la posibilidad de mantener, modificar o suprimir el uso de dicha herramienta. Los usuarios evitarán en lo posible facilitar su dirección de correo electrónico a efectos particulares a personas o instituciones que, ajenas a su ámbito familiar o de amistad, puedan provocar el riesgo de remisiones masivas o improcedentes. En todo caso, si las mismas se produjesen, adoptarán las medidas oportunas o las solicitarán de los responsables de sistemas.

En caso de duda, laguna o insuficiencia reguladora de cualquier tipo se estará a los principios de buena fe, libertad de Empresa y respeto a los derechos fundamentales (...) La dirección y el comité de empresa regularán en el futuro cualquier situación o incidencia no contemplada ahora y que haga aconsejable su previsión. Los empleados de Unidad Editorial, S.A., no obstante lo dispuesto en 1.1, podrán utilizar el correo electrónico facilitado por la empresa para su uso personal y familiar en términos razonables y moderados. La utilización personal se procurará fuera de las horas de trabajo a fin de impedir cualquier perjuicio a las funciones laborales. El carácter razonable y moderado de los envíos personales se presumirá, salvo prueba en contrario, hasta el número de ochenta correos mensuales. Superado ese número, corresponderá al empleado justificar su procedencia. En los envíos de carácter personal se indicará, en el apartado referente a la materia o contenido del correo, tal carácter con la palabra, en mayúsculas, «PERSONAL», que se podrá acompañar de cualquier otra indicación. El no indicarlo así libera a la empresa de cualquier responsabilidad en orden al control de dichos correos (...). Con carácter general, no podrán realizarse envíos masivos, salvo que estos estén autorizados por la dirección de recursos humanos (...). Con la finalidad de agilizar los procesos de trabajo, este mismo departamento autorizará a hacer envíos masivos de carácter estrictamente profesional a aquellas personas que por su actividad precisen hacerlos de manera sistemática y habitual. Cualquier tipo de envíos, y en particular los masivos, evitarán que por la extensión de su texto o la capacidad de los archivos que se adjunten, puedan bloquear el servidor de la empresa o limitar de cualquier manera su rapidez o eficiencia. Como criterio general, y en la medida en que el correo electrónico manifiesta tener su origen en Unidad Editorial, S.A., se deberá evitar en el mismo cualquier contenido contrario a los principios éticos comúnmente aceptados por la sociedad, opuesto al orden público o que vulnere los derechos fundamentales de la persona. En cualquier caso, la empresa, utilizando al

En cambio, otros Convenios hacen alusión al uso de los medios informáticos de una forma mucho más breve y más genérica, sin entrar en demasiados detalles, pero advirtiendo del hecho de que un mal uso de dichas herramientas tendrá sus consecuencias negativas, haciendo una referencia muy general a las mismas¹³⁵.

efecto los mecanismos del sistema que resulten necesarios, podrá incorporar automáticamente a cualquier correo la indicación de que no se hace responsable de sus contenidos, que resultan exclusivamente imputables al remitente.

Cuando el correo se utilice con una finalidad laboral, tal como la solicitud de permisos, denuncia de plazos, interposición de reclamaciones, así como las contestaciones que la Dirección de la Empresa envíe por estos motivos, dichas comunicaciones valdrán y serán eficaces desde la fecha de su envío. Se evitarán escrupulosamente los contenidos de carácter violento, racista, sexista, pornográfico y, en los masivos, de índole meramente humorística, habida cuenta de la posibilidad que cualquier ciudadano tiene a su alcance de contar con su propia dirección de correo electrónico en medios ajenos a la empresa. Queda en todo caso rigurosamente prohibida la utilización del correo electrónico correspondiente al puesto de trabajo para el desempeño de cualquier actividad profesional, por cuenta propia o ajena, distinta a la función que se desempeña en Unidad Editorial, S. A. A estos efectos se considerarán incluidos en la prohibición los avisos, cruces de correspondencia y similares que, aun sin contenido directamente profesional, colaboren al mantenimiento de esa actividad profesional ajena. Se considerará asimismo particularmente reprochable la utilización del correo electrónico para el envío a compañeros, subordinados, clientes, proveedores o personas vinculadas a la empresa por cualquier otro motivo, de comunicados que puedan implicar o constituir, por sí mismos o acumulados a otros similares, acoso sexual o moral. Se procurará por los usuarios evitar el almacenamiento excesivo de correos, en particular el de aquellos que lleven adjuntos documentos extensos. Con la finalidad de evitar sobrecargas al sistema informático encargado del servicio de correo electrónico, la empresa se reserva el derecho de establecer cuotas de espacio disponible para cada cuenta de correo, pudiendo restringirse de forma automática el envío y/o recepción de mensajes si el límite establecido se supera».

¹³⁵ Otros Convenios Colectivos resultan ser igual de precisos en sus aseveraciones, como ocurre en el caso del artículo 63 del X Convenio Colectivo de Repsol Química S.A (BOE de 28 de octubre de 2009, núm. 260) cuando menciona que «los medios informáticos precisos para realizar su labor, es decir, un ordenador con impresora de red con acceso a correo electrónico a través de la red corporativa, un buzón propio, acceso libre a Intranet y a las páginas Web de Internet incluidas en listado prefijado. La utilización indebida de estos medios, el envío masivo de correos de forma injustificada así como la cesión del uso de las direcciones a otras organizaciones no autorizadas, la divulgación de contenidos impropios o difamatorios para la empresa o las personas y la propagación intencionada de virus o “correo basura” determinarán la pérdida de esta facilidad, y en su caso, la aplicación del régimen disciplinario» y en la misma línea puede consultarse el VII Convenio Colectivo de Repsol Comercial de Productos Petrolíferos, S.A. BOE de 1 de diciembre de 2009, núm. 289.

Del mismo modo, el I Convenio Colectivo Cableuropa, SAU y Tenaria, S.A. (Grupo Ono) (BOE de 3 de abril de 2010, núm. 81) entiende en su artículo 90, y así lo manifiesta, que «el correo electrónico es una herramienta de trabajo facilitada por la empresa a los empleados a fin de que éstos desempeñen sus funciones laborales y desarrollen su actividad por cuenta de la empresa. No está permitido el envío de correos electrónicos con contenido que sea contrario a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico vigente o de carácter erótico, obsceno o que pueda suponer acoso sexual o moral. El uso de Internet, como herramienta de trabajo, laboral o personal quedará limitado a los temas directamente relacionados con la actividad de la empresa y la actividad desarrollada por los empleados por cuenta de la empresa y dentro del horario laboral, quedando prohibidas –a efectos enunciativos y nunca limitativos– las descargas

Y es que a pesar de la divergencias que se presentan en los diversos Convenios Colectivos, a la hora de abordar la cuestión que se viene tratando, lo que sí parece quedar dilucidado es el hecho de la necesidad de establecer unos márgenes claros respecto del uso de las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación dentro de la empresa.

Y para ello resulta vital conocer cuáles son las herramientas al alcance, tanto del empresario como del trabajador, para asentar ciertas bases, y al mismo tiempo llevar a cabo la implementación de las medidas tomadas, y evitar que se pueda producir abusos o conflictos por cualquiera de las dos partes.

3.2.- Uso del correo electrónico para fines sindicales

El uso de las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación dentro de la empresa, sin duda alguna, ha provocado multitud de consecuencias en las relaciones laborales y, en especial, ha tenido una gran incidencia respecto de la organización de la actividad laboral y de la relación existente entre el empresario y el trabajador.

de software sin oportuna licencia; descargas de archivos que por su extensión puedan bloquear el sistema; descargas, utilización y conservación en unidades de red y PCS de la empresa de materiales o ficheros ajenos que se encuentren protegidos por derechos de Propiedad Intelectual o Industrial; acceso a chats; juegos de azar; acceso a páginas web de contenido violento, sexista, racista, pornográfico u obsceno; y la utilización por parte de un empleado del PC y/u otras herramientas informáticas de otro empleado para el acceso a Internet, salvo expreso consentimiento del otro empleado y de la empresa. Ante la sospecha de utilización de forma ilícita de los medios y herramientas de trabajo, que pueda ocasionar un perjuicio al patrimonio de la misma y/o a los empleados, esta podrá acceder dentro del horario de trabajo a los sistemas y herramientas puestos a disposición del empleado siempre que le sean comunicadas al empleado antes de su realización, informando a este de su derecho a estar presente durante el mismo, recabando su autorización para efectuar la revisión y sean efectuadas ante la presencia de los representantes de los trabajadores/as. Si, como resultado de tal verificación que, en todo caso se hará siempre con respeto a la dignidad e intimidad del trabajador/a se acreditase el incumplimiento de la presente normativa, se aplicará el correspondiente régimen disciplinario. La empresa, previa información a los trabajadores/as, controlará el uso que el trabajador/a realiza del acceso a Internet mediante la instalación de los pertinentes sistemas. En caso de incumplimiento por parte del empleado de las normas anteriores, el empleado acepta liberar a la empresa de cualquier responsabilidad en caso de pérdida, litigio y/o reclamación por daños y perjuicios».

A pesar de tratarse de dos fenómenos diferenciados, de un lado la introducción de las nuevas tecnologías respecto de los procesos productivos y, de otro la configuración de un nuevo modelo organizativo, estas son dos dimensiones que no pueden sino entenderse de manera conjunta¹³⁶.

Pero no se trata de una transformación que afecta únicamente a la relación individual de trabajo, sino que los efectos se expanden también a través de las relaciones de carácter colectivo.

Bien es cierto que el ordenamiento jurídico, por sí mismo y de forma expresa, no reconoce el derecho al uso de los medios de información y comunicación por parte de los representantes de los trabajadores para que los mismos hagan uso de dichas herramientas con el fin de cumplir con sus laborales sindicales¹³⁷.

Si bien, esto último no ha sido óbice para que a través de la jurisprudencia y los Convenios Colectivos, como se verá más adelante, se haya generalizado la concesión de dicha prerrogativa, aunque haya sido con ciertos límites¹³⁸.

¹³⁶ A este respecto se pronuncian BAYLOS GRAU y VALDES DE LA VEGA al señalar que esto significa que «este proceso de innovación necesariamente tiene que llevar consigo la apertura de un espacio de contratación en la empresa sobre los aspectos organizativos del trabajo y de la producción y sus repercusiones en las condiciones de trabajo, sin que en consecuencia se pueda partir de la configuración de una especie de terreno neutro o instrumental del que solo puede disponer el empresario» (BAYLOS GRAU, A. y VALDES DE LA VEGA, B. El efecto de las nuevas tecnologías en las relaciones colectivas de trabajo. En AA.VV. *Nuevas Tecnologías de la información y la comunicación y Derecho del Trabajo* (Coord. ALARCON CARACUEL y ESTEBAN LEGARRETA) Alicante: Editorial Bomarzo, 2004, p. 123).

¹³⁷ En lo que a esta cuestión se refiere MANRIQUE LÓPEZ considera que «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» (MANRIQUE LOPEZ, F. Los Derechos Fundamentales y la intimidad de los trabajadores: formulas de acceso y control. En AA.VV. *Derecho y Nuevas Tecnologías*, Bilbao: Universidad de Deusto, 2011. p. 1).

¹³⁸ Extremo este que puede apreciarse en las palabras de la autora NIEVES NIETO que entiende que «a pesar de que el ordenamiento jurídico no recoge expresamente un genérico derecho de los representantes de los trabajadores en las empresas al uso de los medios telemáticos de comunicación e información; sin embargo, cada vez son más —alrededor de 35— los convenios que contienen previsiones al respecto. Esta tendencia se encuentra en la línea de la doctrina del Tribunal Constitucional que, en su Sentencia 281/2005, de 7 de noviembre, reconoce el uso sindical del correo electrónico en los casos en los que, estando funcionando ya en la empresa, no existe pacto entre las partes sobre su utilización» (DE NIEVES NIETO, N. El

Efectivamente, el sentido de establecer una serie de medios que faciliten la transmisión de la información es el de garantizar el cumplimiento y la efectividad del derecho que asiste a los representantes de los trabajadores y sus representados.

Se trata del ejercicio de derechos de carácter fundamental, como son los artículos 20 y 28.1 de la Constitución Española, pero al mismo tiempo ha de tenerse en cuenta el hecho de que el ejercicio de dichos derechos se produce dentro del ámbito de una relación de entidad privada que viene caracterizada, de forma sustancial, por la relación de dependencia que se da entre las partes.

Por ende, a través de la legislación han debido establecerse dos preceptos vitales. En primer lugar, debe subrayarse que los derechos de información poseen plena vigencia en la relación de carácter laboral, esto es, el contexto en el que se produce no es óbice para la inaplicación de los mismos.

Y en segundo lugar, la necesidad de fijar una serie de límites, garantías o acuerdo de mínimos para, al mismo tiempo, poder garantizar que se cumplen de manera plena los derechos y las obligaciones derivados de la relación laboral, y asegurar el correcto funcionamiento de la empresa.

Los derechos de información destinados a la difusión de las informaciones pertinentes respecto de los asuntos relativos a las relaciones colectivas se configuran especialmente a través de dos textos legales: el TRLET y la Ley Orgánica 11/1985 de 2 de agosto de Libertad Sindical¹³⁹.

Efectivamente, el artículo 81 del TRLET menciona que siempre que las propias características de la empresa lo permitan se deberá poner a disposición de los Delegados del Personal o del Comité de Empresa un local apto para que en él puedan llevarse a cabo las funciones que les son propias y, al mismo tiempo, para mantener una comunicación recuente o habitual con los trabajadores, uno o varios tablones de anuncios.

uso de correo electrónico e internet en la negociación colectiva. En *RL*, 2009, núms. 5-6, tomo 1, p. 249).

¹³⁹ BOE de 8 de agosto de 1985. núm. 189.

Al mismo tiempo, el artículo 8.2 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical establece que las secciones sindicales de los sindicatos más representativos y de los que tengan representación en los comités de empresa o cuenten con delegados de personal poseerán el derecho a utilizar un local que resulte adecuado para el desarrollo de sus actividades en aquellas empresas o centros de trabajo que cuenten con más de 250 trabajadores. Del mismo modo, la empresa proveerá de un tablón de anuncios para todas aquellas noticias y avisos que puedan ser del interés de los afiliados¹⁴⁰.

La cuestión radica en el hecho de que estos medios que se mencionan, a fin de transmitir la información conveniente, comportan una serie de gastos que corren a cargo del propio empresario.

La propia legislación no menciona nada a este respecto por lo que se entenderá que los medios empleados deberán ajustarse a las circunstancias concretas de cada empresa o centro de trabajo¹⁴¹.

Dada la revolución tecnológica producida en los últimos tiempos, que abarca todos los ámbitos de la sociedad, parece difícil hablar de transmisión de informaciones sin contar con los medios de información y comunicación que a día de hoy se encuentran presentes en cualquier tipo de relación.

Premisa esta desde la cual puede plantearse la conveniencia de incorporar las nuevas tecnologías a las relaciones colectivas.

La realidad empresarial ha cambiado de sobremanera y la incorporación de las nuevas tecnologías ha supuesto una nueva forma de entender el funcionamiento de los centros de trabajo, por lo que en principio, no

¹⁴⁰ Así queda mencionado en el artículo 8.2 de la propia normativa cuando se afirma 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, 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» (BOE de 8 de agosto de 1985. núm. 189).

¹⁴¹ A este respecto debe traerse a colación lo expresado por BAYLOS GRAU y VALDES DE LA VEGA que entienden que «se considera que el local ha de ser adecuado, que los tabloneros pueden ser uno o varios y su ubicación correcta, por poner algún ejemplo. Con esto se quiere indicar que el contenido concreto de la conducta positiva a que queda obligado el empresario puede variar dependiendo de la evolución empresarial y de qué se considere en cada momento adecuado, razonable o correcto a efectos de hacer factibles los derechos de información» (GRAU, A. y VALDES DE LA VEGA, B. *Op. Cit.* p.133).

parece que exista razón alguna para negar la entrada de las nuevas tecnologías al funcionamiento de las relaciones colectivas¹⁴².

Pero al mismo tiempo esto conlleva una serie de obligaciones y cargas que corresponderían al empresario y correrían a cargo de su patrimonio por lo que ha de analizarse si resulta lícita dicha petición.

Atendiendo a lo establecido por los artículos anteriormente citados, esto es, los artículos 81 del TRLET y el 8.2 c) de la Ley Orgánica de Libertad Sindical, correspondería poner a disposición de los representantes de los trabajadores un local que deberá ser adecuado.

Pero de las palabras mencionadas por dichos artículos no puede sino desprenderse que se habla de la puesta a disposición de un local que ha de ser adecuado, afirmación está que debe entenderse como una obligación de carácter genérico en el sentido de que no se hace especificación alguna más allá de lo propiamente mencionado. Por ello, será el propio empresario el que deberá determinar y dar contenido a esa obligación impuesta.

De todos modos esa «libertad» que se le concede al empresario no es total, ya que la determinación del local debe hacerse, siempre, en consonancia con la finalidad para la cual se concede el mismo. Conceptos todos ellos bastante generales, por lo que resulta fundamental realizar una aproximación bastante más profunda acerca de lo que significa «local adecuado».

Y es que resulta evidente que las funciones que acompañan a las relaciones colectivas son muchas y muy diversas, pero, sin duda alguna, se hace especial referencia a los derechos de información¹⁴³.

¹⁴² En este mismo sentido se pronuncia MANRIQUE LÓPEZ al afirmar que «no resulta sin embargo compatible con la efectividad del derecho fundamental una negativa a la puesta a disposición de los instrumentos de transmisión de información existentes en la empresa 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 y gravosas no impuestas al empresario, pues en esa hipótesis de acción meramente negativa a acto de resistencia únicamente daría como resultado la obstaculización del ejercicio fluido, eficiente y actualizado de las funciones representativas» (MANRIQUE LÓPEZ, F. *Op. Cit.* p. 4).

¹⁴³ En este punto merece la pena atender a lo establecido por BAYLOS GRAU y VALDES DE LA VEGA cuando mencionan que «dentro de las funciones representativas, y en lo que aquí

Por tanto, puede entenderse que la conjugación de ambos elementos supone que el empresario pone a disposición de la representación sindical una serie de medios o herramientas para llevar a cabo de forma efectiva las funciones representativas, y dentro de ello pueden tenerse en consideración los medios de información y comunicación.

Realmente, es esta una interpretación bastante amplia, ya que la Ley, en ningún momento menciona este hecho. Es por ello que parece bastante aventurado entender que al hablar de un «local adecuado» también se pueda estar haciendo referencia a que el mismo deba estar provisto de equipos informáticos y sistemas de comunicación.

Efectivamente, resulta una interpretación bastante más lógica entender que únicamente se hace referencia al espacio físico, y que cuando se trata de proporcionar los medios para que las informaciones puedan ser conocidas por los afiliados se habla de los tableros de anuncios.

En cualquier caso, existe margen para la reflexión y es dentro de este ámbito donde cabe hacer una referencia a la puesta a disposición, por parte del empresario, de una serie de medios materiales necesarios para el desarrollo de su función representativa, y entre ellos, los medios informáticos y los sistemas de comunicación¹⁴⁴.

interesa, el local deberá reunir las características necesarias para dar cumplimiento a los derechos de información: desarrollar las actividades representativas y comunicarse con los trabajadores constituyen los objetivos, entre otros, a los que debe servir dicho local. Esto implica capacidad para recibir información, trabajar con ella, realizar las funciones de información –preparar la publicación y distribución– y espacio para su almacenamiento» (GRAU, A. y VALDES DE LA VEGA, B. *Op. Cit.* p.136).

¹⁴⁴ En palabras de BAYLOS y GRAU «sin duda alguna la información puede ser transmitida por muy diversos medios, sean orales – teléfono, grabación, etc- o escritos– fax, carta, comunicado, etc–, pero hoy en día los medios informáticos se manifiestan como los más eficientes y adecuados para una inmediata transmisión de información. Además, por sus características suponen un ahorro de costes en material –papel, tinta por ejemplo– y tiempo – velocidad de transmisión y número de sujetos a los cuales se informa–. ¿Se podría concluir, entonces, señalando un elenco de condiciones y materiales tecnológicos que necesariamente han de concurrir en todo local cedido para el ejercicio de las funciones representativas? No necesariamente, porque la concreción de la adecuación del local cedido ha de corresponderse con las circunstancias empresariales. Una delimitación más concreta de los medios que han de proporcionarse con el local dependerá de cuál sea el nivel de introducción de las tecnologías de la información en el ámbito empresarial concreto» (*Ibidem*).

Resulta evidente que si en el seno de una empresa no se ha producido una plena incorporación de las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación o, la misma es inexistente, parece contradictorio exigir que el local destinado a fines de representación colectiva cuente con dichas herramientas, si bien no parece una idea totalmente descabellada si se trata de una empresa donde el uso de las nuevas tecnologías aplicadas a la actividad laboral se encuentra plenamente incorporada.

De forma habitual la doctrina judicial ha venido considerando que ese derecho que se concede al uso de un local adecuado, tal y como se contempla en el artículo 8.2 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical, en su contenido no incluye un derecho a la utilización de equipos informáticos y material de oficina, por lo que su alcance queda exclusivamente limitado al espacio físico¹⁴⁵.

Es decir, la empresa no se encontraría obligada, en ningún momento, a ofrecer dichos medios o herramientas. Cosa bien distinta es que por voluntad propia los ofrezca o que se muestre abierta a una negociación para poder ampliar los medios que se ponen a disposición de los representantes de los trabajadores.

Es evidente que entre los derechos reconocidos en ningún momento se hace alusión alguna a los medios de carácter informático, esto es, en ningún momento se hace alusión a que las informaciones tengan que ser transmitidas mediante el uso de las nuevas tecnologías¹⁴⁶.

¹⁴⁵ Por todas, STSJ del País Vasco de 4 de noviembre de 2003 (AS/3689) y de 4 de noviembre de 2003 (AS/64, 2004).

¹⁴⁶ A este respecto entiende MARTINEZ FONS que «se niega que nuestro ordenamiento jurídico reconozca derechos del estilo de los que ahora citan: el derecho de los representantes sindicales a acceder al libre uso de los llamados tablón y correo electrónico –programas de ordenador sobre información general y correo interno –a los fines de comunicarse con sus representados, el derecho del sindicato y de sus secciones a transmitir información sindical a sus afiliados por correo electrónico a través del servidor interno de la empresa, el derecho de los trabajadores afiliados a un sindicato a acceder a un tablón sindical informático contenido en el correo electrónico de la empresa; el derecho de las secciones sindicales a tener cuenta de correo electrónico y a utilizarla para difundir información sindical; o el derecho de un sindicato a disfrutar de una página de Intranet en la empresa. En efecto, el predominio del sector servicios en la economía, la creciente descentralización de las organizaciones productivas y la extensión de las telecomunicaciones, determinan la proliferación de auténticas “empresas virtuales” integradas por teleoperadores, que deberían llevar aparejadas una reconsideración de la representación colectiva de los trabajadores en general, y de la actividad sindical en particular»

Bien es cierto que no se trata de un tema cerrado ya que, aunque el legislador no se pronuncia al respecto, si puede hacerlo la negociación colectiva y a través de dicha vía puede encontrarse una alternativa satisfactoria para todas las partes implicadas con el fin de incorporar las nuevas tecnologías, y sus ventajas, al ámbito de los derechos colectivos.

La idea que se rechaza es la de que los sindicatos posean un derecho a usar las terminales informáticas de la empresa para transmitir las informaciones a sus afiliados, pero ello no significa que no pueda llegarse a un acuerdo al respecto ya sea a través de la propia negociación sindical o por consentimiento expreso o tácito del propio empresario.

De ser así, ambas partes deberán respetar los términos del acuerdo y el empresario deberá permitir que los comunicados se hagan mediante los medios informáticos de la empresa. En caso de no permitir proceder según lo establecido en el acuerdo se podría estar ante una lesión del derecho de libertad sindical¹⁴⁷.

Del mismo modo los representantes de los trabajadores deben atenerse a lo establecido, y mientras que no se obtenga algún tipo de acuerdo deben abstenerse del uso de los medios de la empresa, salvo que cuenten con el consentimiento tácito o expreso del empresario¹⁴⁸.

Resulta evidente que al tratarse de un acuerdo entre las partes se podrán establecer cuantas condiciones consideren necesarias, y dado que los

(MARTINEZ FONS, D. *El poder de control del empresario en la relación laboral*. Madrid: Consejo Económico y Social, 2002, p. 153).

¹⁴⁷Atendiendo a lo afirmado por MARIN ALONSO «si el sindicato o la sección sindical emiten sus comunicados a través de servidores externos y, con arreglo a la política empresarial –bien a través del consentimiento explícito o tácito de la empresa, bien a través de la negociación colectiva– se permite la utilización de los sistemas de comunicación de la empresa para asuntos personales de los trabajadores, estos podrán recibir aquellos comunicados a través de la cuenta de correo electrónico que les haya sido facilitada por la empresa. De otro modo, podría considerarse que se produce una lesión del derecho de libertad sindical de los mismos» (MARIN ALONSO, I. *El poder de control empresarial sobre el uso del correo electrónico en la empresa: su limitación en base al secreto de las comunicaciones*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2005, p. 247).

¹⁴⁸ Por todas, STS de 26 de noviembre de 2001 (RJ 3270, 2002).

medios de información y comunicación pertenecen al propio empresario, el mismo podrá establecer cuantas limitaciones considere oportunas para el buen funcionamiento habitual de la empresa y la conservación de los medios tecnológicos¹⁴⁹.

Al mismo tiempo, no puede perderse de vista otro elemento mencionado por la propia legislación como es el tablón de anuncios.

En efecto, para que de forma práctica pueda distribuirse la información ofrecida por los representantes de los trabajadores, el legislador ha incluido, en el artículo 8.2 a) de la anteriormente citada Ley Orgánica de Libertad Sindical, la habilitación de un tablón de anuncios a fin de comunicar a través del mismo las informaciones pertinentes, tablón que deberá situarse donde se garantice un adecuado acceso al mismo de los trabajadores.

En definitiva, son dos los elementos que deben resaltarse:

- a) En primer lugar que el tablón de anuncios se entiende como un medio para la difusión de la información.
- b) En segundo lugar se acentúa el hecho de que el mismo debe encontrarse en un lugar «accesible» para los trabajadores.

Pero la introducción de las nuevas tecnologías en el mundo empresarial ha hecho que cada vez con mayor fuerza se hable de la instauración de lo que se ha venido a denominar como: «tablón virtual».

En síntesis, la función a desempeñar por el mismo es exactamente igual que la que hasta ahora ha venido desempeñando el tablón habitual, por lo que vendría a cumplir con las mismas características, con la salvedad de que el

¹⁴⁹ Puede ocurrir que como fruto de una negociación colectiva, o por decisión personal del propio empresario, se autorice el uso de los sistemas electrónicos de comunicación con fines sindicales. De ser así, tanto los propios trabajadores como los representantes de los mismos deberán quedar sometidos a todas aquellas reglas que se impongan respecto de esta materia. En ese caso podrían establecerse condiciones tales como limitar las comunicaciones a aquellos temas que se consideren como de especial relevancia, o que el envío de los mensajes se realice en unas determinadas horas para que de ese modo no se altere el normal funcionamiento de la actividad laboral, limitar el tamaño de los mensajes enviados a fin de que no se produzcan problemas con el servidor etc.

mismo se adentra en el ámbito de las nuevas tecnologías, aprovechándose, de ese modo, de la eficacia de las mismas¹⁵⁰.

Ciertamente las ventajas que puede comportar instaurar este tipo de tablón pueden ser beneficiosas para el tránsito de la información, especialmente, dado que la velocidad a la que se mueven los datos es infinitamente mayor pero, al mismo tiempo, es necesario tener en cuenta de forma estricta lo establecido por la propia normativa.

Y es que la misma, como ya ha sido mencionado con anterioridad, habla de un tablón de anuncios sin dar más detalles acerca del mismo. Es por ello, que se deduce que no existe obligación alguna para el empresario de proveer a los representantes de los trabajadores de un medio tecnológico, sino únicamente de un tablón de anuncios que sea accesible, sea este físico o virtual.

Efectivamente, podría realizarse una interpretación menos restrictiva y atendiendo a las nuevas realidades tratar de introducir las nuevas tecnologías dentro de este ámbito también, especialmente atendiendo a que se ha convertido en una de las herramientas más útiles para la transmisión de las informaciones a todos los niveles¹⁵¹.

Sin embargo, esto no es más que una mera posibilidad, es decir, debería ser la propia empresa la que tomase la decisión de forma libre y resolver si instala un tablón de anuncios físico o si prefiere optar por la vía del

¹⁵⁰ Los autores BAYLOS GRAU y VALDES DE LA VEGA en referencia a esta cuestión entienden que «actualmente se puede hablar del «tablón virtual» como uno de los sitios dentro de Intranet que cumple exactamente las mismas funciones que el tablón físico, pero de manera mucho más eficaz dando cumplida garantía a los requisitos de difusión y acceso anteriormente mencionados. El tablón virtual es un espacio existente en la red interna de la empresa donde los representantes de los trabajadores pueden “colgar” la información de interés laboral, a la cual tienen acceso internamente y de forma inmediata (normalmente con el uso de una clave de usuario)» (GRAU, A. y VALDES DE LA VEGA, B. *Op. Cit.* p.138).

¹⁵¹ Ciertamente, atendiendo a la finalidad de la norma, esto es, facilitar la difusión de la información, quizás debería plantearse la aplicación del artículo 3.1 del Código Civil, ya que en dicho precepto se encuentran contemplados los elementos interpretativos de las normas jurídicas. Y en base a ello realizar una interpretación de las normas acorde a las nuevas necesidades surgidas y las nuevas herramientas propuestas para llevar a cabo la finalidad de la norma de una forma más rápida y eficaz.

tablón virtual, pero siendo esto último una mera posibilidad y nunca entendido como una obligación exigible al empresario.

Por ello, el uso de las nuevas tecnologías para tales fines queda en manos de la propia empresa, de modo que si no existe por parte de la misma un consentimiento expreso o tácito, no podrán ser destinadas a los fines propuestos.

Aspecto este último que no resulta impedimento para componer un acuerdo entre las partes y de esa forma dejar clara constancia de cuáles son los términos de uso de las herramientas tecnológicas para fines de representación colectiva.

Ante la falta de regulación normativa en referencia a la aplicación de las nuevas tecnologías de la información y comunicación en la empresa, y de forma especial respecto de las relaciones colectivas, otras formas de regulación han tomado protagonismo y de forma particularmente especial la negociación colectiva, que se erige como el mecanismo de negociación por excelencia en el ámbito de las relaciones laborales.

No cabe duda alguna de que la negociación colectiva es un mecanismo bastante flexible, ya que su capacidad de adaptación hace que las relaciones laborales puedan ajustarse a los continuos cambios que se presentan, acomodándose, al mismo tiempo, a las características propias de cada empresa, sector o ámbito concreto.

Por tanto, la negociación colectiva debe estimarse de forma muy positiva en cuanto a las posibles regulaciones que puedan hacerse en torno al uso de las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación¹⁵².

¹⁵² En referencia a esta cuestión y en palabras de la autora DE NIEVES NIETO «debe valorarse muy positivamente el papel de la negociación colectiva que está resultando crucial en un momento en el que los conflictos por la aplicación de las tecnologías de la información y la comunicación son cada vez más frecuentes. No obstante lo cual, no son tantos los convenios colectivos que recogen estos nuevos problemas y cuando lo hacen son pocos los que ofrecen regulaciones completas que contemplen todos los perfiles de la utilización en el trabajo de los medios informáticos. Debe también tenerse presente que este panorama favorece el protagonismo de la autonomía individual y de los códigos unilaterales de conducta como el método preferido por un gran número de empresas con relación a la regulación de las nuevas tecnologías» (DE NIEVES NIETO, N. *Op. Cit.* p. 2).

En todo caso, debe mencionarse que en la mayoría de los casos en los que a través de la negociación colectiva se tratan temas referentes a las nuevas tecnologías suele ser habitual que dicho tratamiento no haga exclusiva referencia a dichas herramientas, sino que sea un punto más a tratar dentro de temas más amplios. Y es que resulta bastante obvio el hecho de que las nuevas tecnologías afectan de forma directa a muy diversas materias de las relaciones laborales¹⁵³.

Efectivamente, los agentes sociales y empresariales han comenzado a prestar atención a los efectos producidos por las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación. En consecuencia, el resultado ha sido la elaboración de los Acuerdos Interconfederales para la Negociación Colectiva¹⁵⁴.

Ciertamente, es muy diverso el tratamiento que se hace en torno a las nuevas tecnologías en los diferentes convenios colectivos, ya que las concesiones que los mismos hacen y los límites que establecen difieren en unos y otros acuerdos.

Por consiguiente, resulta necesario acudir a la casuística y analizar los convenios colectivos de forma individualizada para posteriormente tratar de obtener un marco más genérico acerca de cuáles son las normas generales más habituales contempladas a través de las diferentes negociaciones.

Y es que atendiendo a la propia jurisprudencia el correo electrónico en la empresa se concibe de forma general como una mera herramienta de trabajo

¹⁵³ Continúa diciendo NIEVES NIETO que en cualquier caso «el papel de la negociación colectiva en la ordenación de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación se explica en tanto que muchas de las cuestiones a tratar son, en sí mismas, condiciones de trabajo relacionadas con: los tiempos de trabajo, la retribución, la clasificación profesional o la formación. Si bien en la mayoría de los convenios colectivos en los que se regulan estas cuestiones, dicho tratamiento se hace mediante la limitación del acceso de los trabajadores a los sistemas de comunicación telemática de las empresas; siendo lo más habitual encontrar tipificado como falta, en el régimen disciplinario, el uso indebido de la utilización de tales medios. Junto a lo anterior, la utilización del correo electrónico es reconocida, en algunos convenios, como un derecho de los representantes de los trabajadores para la realización de sus funciones de representación» (*Ibidem*).

¹⁵⁴ En referencia a esta cuestión sirva a modo de ejemplo la Resolución de 11 de febrero de 2010, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Acuerdo para el empleo y la negociación colectiva 2010, 2011 y 2012 BOE de 22 de febrero de 2010. núm. 46.

y en este mismo sentido se pronuncia por ejemplo la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de septiembre de 2007¹⁵⁵.

En los mismos términos se pronuncia el Convenio Colectivo de Aldeasa S.A. en su anexo número tres, que entre sus consideraciones trata de dejar claro a quién pertenece la propiedad de los medios informáticos pronunciándose en los siguientes términos: «los medios informáticos, incluido el correo electrónico..., son herramientas de trabajo propiedad de la empresa, tanto en relación con el *hardware* y con el *software* instalado como en relación con los contenidos, y como tales herramientas deberán ser considerados, estando destinados los mismos al uso estrictamente profesional en función de los cometidos laborales encomendados al trabajador»¹⁵⁶.

Pero sin duda alguna las referencias más numerosas se ubican en las disposiciones relativas al régimen disciplinario en el que se establecen las faltas y sanciones. Es en dichas disposiciones donde puede apreciarse la preocupación que presentan los empresarios por que el correo electrónico pueda convertirse en un instrumento para la satisfacción de las necesidades personales de los trabajadores. Y por ello, en numerosas ocasiones, el uso de las nuevas tecnologías para fines personales se tipifica como una falta leve o grave.

A este respecto pueden mencionarse algunos ejemplos.

En el Convenio para el personal técnico de mantenimiento de Swiftair S.A. el uso del correo electrónico para uso particular se califica como una falta grave¹⁵⁷.

Por su parte, en el Convenio de Decathlon España S.A. se menciona que la utilización del correo electrónico cuando se emplee para usos distintos para los que este habilitado constituirá una falta grave¹⁵⁸.

¹⁵⁵ Núm. de rec. 966.

¹⁵⁶ BOE de 5 de enero de 2008. núm. 5.

¹⁵⁷ BOE de 21 de junio de 2007. núm. 148.

¹⁵⁸ BOE de 6 de junio de 2006. núm. 134.

En cambio, en el Convenio de Grandes Almacenes dicha utilización se constituye como una falta leve¹⁵⁹.

Y en el otro extremo se sitúa el Convenio de Consum, Sociedad Cooperativa Valenciana, que califica el empleo de los medios tecnológicos para uso propio como una falta muy grave¹⁶⁰.

Del mismo modo, pueden citarse otra serie de Convenios que a modo de ejemplo manifiestan lo mismo que lo mencionado en las líneas precedentes: el Convenio General de la Industria Química¹⁶¹, el Convenio de Newco Airport Services S.A.¹⁶² o el Convenio del Grupo de Empresas Bureau Veritas¹⁶³.

La jurisprudencia también se ha pronunciado a este respecto, y lo ha hecho estableciendo una solución que puede llegar a satisfacer a ambas partes, ya que toma en cuenta las reivindicaciones de los sindicatos y los representantes de los trabajadores, para que puedan hacer un uso sindical de las nuevas tecnologías. Pero al mismo tiempo reconoce que no se trata de un derecho ilimitado, por lo que establece una serie de cautelas a favor del empresario y del buen funcionamiento de la actividad profesional.

No se trata este de un asunto novedoso para la jurisprudencia, pero los Tribunales en ningún momento recogían un reconocimiento expreso que amparase el derecho de los sindicatos y representantes de los trabajadores a utilizar los medios de información y comunicación de las empresas para hacer de ellos un uso sindical.

Sin embargo, en el año 2005, el Tribunal Constitucional se pronunció con una sentencia que supuso un respaldo, en parte, a la postura que habían venido defendiendo los sindicatos y representantes de los trabajadores. Ahora

¹⁵⁹ BOE de 27 de abril de 2006. núm. 100.

¹⁶⁰ BOE de 11 de marzo de 2008. núm. 61.

¹⁶¹ BOE de 29 de agosto de 2007. núm. 207.

¹⁶² BOE de 20 de febrero de 2006. núm.43.

¹⁶³ BOE de 12 de abril de 2007. núm. 88.

bien, debe decirse que se trató de una estimación en parte, porque se establecieron ciertos matices respecto de las reclamaciones de los representantes de los trabajadores.

Se trata de la Sentencia de 7 de noviembre de 2005¹⁶⁴.

Los hechos se remontan al día 2 de febrero de 1999, cuando el Sindicato Comisiones Obreras comienza a enviar, a través del servidor interno de la empresa, BBVA, informaciones de carácter sindical a los trabajadores, sin que conste que exista una oposición por parte de la propia empresa.

El día 13 de febrero del año siguiente, esto es el año 2000, la práctica del envío de informaciones vuelve a realizarse, pero en esta ocasión es rechazada por el servidor de la empresa, hecho este que se repitió en más ocasiones.

La empresa justificó su decisión de rechazar dicha práctica en base al envío masivo de correos electrónicos que se había producido por parte del Sindicato.

Los representantes de los trabajadores pretendían que se declarase el derecho, que ellos entienden les debe asistir, para transmitir noticias de interés sindical a los trabajadores, llevando a cabo tal acción a través de las nuevas tecnologías de la empresa.

Para llevar a cabo sus fines se planteó una demanda de conflicto colectivo, que la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional se encargó de resolver mediante sentencia de 6 de febrero de 2001.

Sentencia en la que efectivamente se declara el derecho del sindicato, y de sus secciones sindicales, a transmitir las noticias de interés sindical a los trabajadores a través del correo electrónico de la propia empresa. Si bien, todo ello, realizado con la prudencia debida.

La empresa, no conforme con dicha sentencia, decidió interponer un recurso de casación ante el Tribunal Supremo.

¹⁶⁴ STC de 7 de noviembre de 2005. núm. de rec. 281.

La Sala de lo Social del Tribunal Supremo, mediante una resolución de 26 de noviembre de 2002, estimó el recurso de casación presentado por la empresa BBVA.

Finalmente, la sentencia considera que no existe ninguna norma jurídica que conceda al sindicato la titularidad de un derecho a utilizar los medios informáticos de la empresa. Al mismo tiempo, recuerda que dicho uso puede ser objeto de negociación colectiva o cualquier otro tipo de pacto, pero mientras no exista un consenso en cuanto a ello resultará completamente imprescindible contar con el consentimiento de la propia empresa.

Ante el pronunciamiento del Tribunal Supremo el sindicato presentó un recurso ante el Tribunal Constitucional, alegando que se había vulnerado su derecho de libertad sindical en tanto que la empresa le impedía el uso de un instrumento de difusión de la información.

En el texto de la sentencia, el primer punto que se aborda es la doctrina mantenida por el propio Tribunal entorno a la cuestión del contenido del derecho de libertad sindical.

El Tribunal se manifiesta de la siguiente forma: «La enumeración de derechos efectuada en el artículo 28.1 de la Constitución no se realiza con el carácter de *numerus clausus*, sino que 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. 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. En particular, en coherencia con la vertiente funcional del derecho, la Ley Orgánica de Libertad Sindical (LOLS) establece que la libertad sindical comprende el derecho a la actividad sindical (artículo 2.1 d) y, de otra parte, que las organizaciones sindicales, en el ejercicio de su libertad sindical, tienen derecho a desarrollar actividades sindicales en la empresa o fuera de ella (artículo 2.2 d). Junto a los anteriores los sindicatos pueden ostentar derecho o facultades,

atribuidos por normas legales o por convenios colectivos, que se añaden a aquel núcleo mínimo e indisponible de la libertad sindical»¹⁶⁵.

Se entiende, por tanto, que las organizaciones sindicales gozan de autonomía para organizarse y ejercer sus prerrogativas a través de los medios que consideren más adecuados. Esto aun y cuando dicha premisa suponga la inherencia de una serie de obligaciones para el propio empresario, con el fin de dar completa efectividad a los derechos y las facultades que forman parte del contenido del derecho de libertad sindical.

Acto seguido el Tribunal Constitucional entra a conocer de la cuestión del derecho a la transmisión de la información de carácter sindical, definiéndola a través de las siguientes palabras: «Como expresión de la acción sindical, el derecho a informar a los representados, afiliados o no, forma parte del contenido esencial del derecho fundamental, puesto que la transmisión de noticias de interés sindical, el flujo de información entre el Sindicato y los trabajadores, es el fundamento de la participación, permite el ejercicio cabal de una acción sindical y propicia el desarrollo de la democracia y del pluralismo sindicales. En definitiva, constituye un elemento esencial del derecho fundamental a la libertad sindical, una expresión central, por tanto, de la acción sindical y, por ello, del contenido esencial del derecho fundamental (...), 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 hecho sindical informativo»¹⁶⁶.

¹⁶⁵ STC de 7 de noviembre de 2005. núm. de rec. 281.

¹⁶⁶ *Ibidem*.

Ahondando en la cuestión referente a la transmisión de la información de carácter sindical cabe traerse a colación la reflexión llevada a cabo por ARRIETA IDIAKEZ que tomando esta sentencia como punto de partida desarrolla una serie de pautas que deben ser puestas de manifiesto en torno a esta cuestión, son 4 «a) La información que se hace llegar a través de los medios de comunicación de la empresa tiene que ser en cualquier caso de carácter sindical o laboral. b) La información no puede bajo ningún concepto obstruir el normal funcionamiento de la empresa. c) Las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación se encuentran dirigidas al desarrollo de la actividad económica, razón por la cual dicho interés prevalecerá siempre frente a cualquier acción de carácter sindical. d) Las informaciones en ningún caso podrán suponer un carga adicional para el empresario, y menos aun una carga de carácter

Ciertamente, la sentencia dictada por el Tribunal Supremo, ahora recurrida, no pone en duda que la conducta llevada a cabo por el sindicato, esto es, el envío de información de carácter sindical, no se encuentre dentro del marco genérico del derecho de información, sino que hace referencia a que no existe por parte de la empresa ninguna obligación a facilitar los medios de carácter informático, si es que no media previamente un acuerdo que así lo haya establecido.

Por el contrario, la sentencia emitida por el Tribunal Constitucional entiende que la negativa, por parte de la empresa, a poner al alcance de los sindicatos y los representantes de los trabajadores los medios de información y comunicación para llevar a cabo las funciones que les son inherentes no resulta compatible con la efectividad del derecho fundamental.

Esto es, cuando la empresa sin que medie causa justificada alguna, niega la puesta a disposición de dichos medios únicamente está generando trabas al efectivo cumplimiento del derecho que asiste a los sindicatos y los representantes de los trabajadores. Y si ciertamente se entiende que se está coartando el efectivo cumplimiento, en ese caso, se estaría lesionando el núcleo esencial del derecho.

Es obligación del empresario mantener un disfrute pacífico de los instrumentos que sean necesarios para el efectivo cumplimiento del derecho, siempre que tales medios existan, que su utilización no perjudique la finalidad para la que fueron insertados en la empresa y que se respeten los límites y reglas de uso que hayan sido impuestas.

Por tanto, todos aquellos medios que se encuentren en el seno de la empresa pero que no gocen del amparo de una norma, pacto o acuerdo para poder ser utilizados con fines de carácter sindical, a pesar de resultar eficaces para tales menesteres a la luz de esta sentencia, no pueden ser negados, pero si sometidos a una serie de límites de utilización.

monetario» (ARRIETA IDIAKEZ, F.J. Lan-zuzenbidea eta gune ilun gisa kalifikatutako harreman juridikoak (II): Telelanaren inguruko zertzelada batzuk. En *Boletín de la Academia Vasca de Derecho JADO*, 2009, núm 17, p. 221).

En primer lugar, es necesario destacar el hecho de que se trata de una serie de medios, que pertenecen a la propia empresa y que únicamente se cede su uso para transmitir informaciones de carácter sindical que resulten relevantes, esto es, su uso por parte de los representantes de los trabajadores se limita a tales efectos.

Al mismo tiempo, cabe concluir que dichas comunicaciones no podrán, en ningún caso, perturbar el ritmo habitual de actividad de la empresa (tal y como ocurrió en el caso de la sentencia previamente comentada, que ante un envío masivo de correos electrónicos el servidor de la empresa fue colapsado).

En otro orden de cosas, los medios de información y comunicación que se ponen a disposición de los sindicatos y de los representantes de los trabajadores, de forma habitual, suelen ser también los medios de producción de la empresa, esto es, forman parte de las herramientas que el empresario pone a disposición de los trabajadores para que los mismos puedan llevar a cabo sus actividades.

Por ello, resulta absolutamente necesario equilibrar el uso dado a dichas herramientas sin que prevalezca el uso sindical sobre las mismas y siempre teniendo en consideración la consecución de los objetivos empresariales, ya que son los mismos los que hicieron posible la introducción y puesta en funcionamiento de las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación.

Ciertamente, se trata de una idea bastante lógica si se analiza desde el siguiente punto de vista: las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación se introducen en la empresa, con carácter general, como un medio para conseguir los objetivos empresariales de una forma más rápida y eficiente. Por ello, el uso que por parte del sindicato se dé a estas herramientas no puede obstaculizar el fin para el que fueron creadas o introducidas.

Otro aspecto que no puede dejar de obviarse es el hecho de que el empresario no se encuentra obligado a asumir más cargas que aquellas que se establecen mediante ley o que hayan sido pactadas de común acuerdo. Por

tanto, el uso para fines sindicales de dichas herramientas no deberá ocasionar cargas adicionales para el empresario.

En cualquier caso, y al margen de la estricta observancia que debe hacerse de la legislación vigente, no puede dejarse al margen uno de los principios básicos y fundamentales dentro de todos los ámbitos del Derecho, principio rector también dentro de las relaciones laborales, como es el principio de la buena fe.

Se trata de un principio que debe regir en las relaciones que se crean entre el empresario y los trabajadores, por lo que debe entenderse que también en lo que respecta al uso de los medios electrónicos en la empresa dicho precepto debe hallarse presente.

Por ello, a continuación se llevará a cabo una breve referencia al principio de la buena fe, y al mismo tiempo se esbozarán cuales son los derechos fundamentales que se entremezclan en este ámbito tan concreto y amplio al mismo tiempo.

3.3.- El deber de buena fe y los derechos fundamentales en el uso del correo electrónico en la empresa

3.3.1.- El deber de buena fe en el uso de las nuevas tecnologías de la información y comunicación

La institución de la buena fe no es nueva, ni mucho menos, dentro del ámbito de las relaciones laborales¹⁶⁷. Con carácter general, los trabajadores se

¹⁶⁷ En palabras del propio MONTOYA MELGAR «del mismo modo que la buena fe actúa con mayor intensidad en el contrato de trabajo que en otros, dentro de la relación laboral existen actividades, funciones y cometidos en cuya causa se inserta con particular peso la confianza *inter partes*» (MONTOYA MELGAR, A. *La buena fe en el Derecho del Trabajo*. Madrid: Editorial Tecnos, 2001, p. 25).

encuentran obligados a observar buena fe en el cumplimiento de sus actividades laborales.

A los mismos se les encomienda el deber de cumplir con todas aquellas obligaciones que correspondan a su puesto de trabajo siempre atendiendo a las reglas de la buena fe y diligencia, tal y como recoge el propio artículo 5 del TRLET.

Del mismo modo, tanto el propio trabajador como el empresario «se someterán en sus prestaciones recíprocas a las exigencias de la buena fe» al amparo de lo establecido por el artículo 20.2 del TRLET¹⁶⁸.

Efectivamente, la buena fe es la regla básica y fundamental a seguir por parte del trabajador cuando se trata del cumplimiento de sus funciones.

Pero no solo eso, sino que también deberá ser la norma que rijan el ejercicio de los derechos que como trabajador le corresponden¹⁶⁹.

Y es que el ejercicio de los derechos no solo debe realizarse en función de los límites que hayan sido impuestos legalmente, sino que también habrá de estarse al fin social para el cual dichos derechos han sido reconocidos y actuar en función de ello.

No cabe duda de que la celebración de un contrato de trabajo por parte de una persona no supone la privación de los derechos que a esa persona como ciudadano le corresponden. Ahora bien no resulta menos cierto que las relaciones que surgen a raíz de dicho contrato de trabajo hace que se generen un binomio de derechos y obligaciones recíprocas para el empresario y el trabajador, un conjunto de derechos y obligaciones que supone, en ocasiones,

¹⁶⁸ Entiende MONTOYA MELGAR que «por lo que respecta al empresario, el actuar de buena fe se impone en todo el amplio ámbito de decisión inherente a su condición de organizador de las prestaciones laborales y de la empresa en su dimensión laboral, tanto si se trata de decisiones causales como discrecionales» (MONTOYA MELGAR, A. *Op. Cit.* p. 79).

¹⁶⁹ A este respecto menciona MONTOYA MELGAR que «por lo que se refiere a los trabajadores, también ellos están obligados a ejercitar sus derechos (incluidos los fundamentales) de acuerdo con el principio de la buena fe, debiendo abstenerse de conductas contrarias a las exigencias de este principio, incluidos los comportamientos abusivos, fraudulentos o en contradicción con los propios actos» (MONTOYA MELGAR, A. *Op. Cit.* p. 86).

la modulación de los derechos fundamentales, dado que cualquier derecho debe ejercitarse conforme a los dictados de la buena fe.

Al trabajador se le exige un nivel de lealtad para con la empresa y la consecución de sus fines, por lo cual cuando los trabajadores hacen uso de los medios de información y comunicación de la empresa están obligados a hacerlo atendiendo al principio de la buena fe contractual.

3.3.2.- Los derechos fundamentales en el uso del correo electrónico de la empresa

Cuando el trabajador es contratado para llevar a cabo una concreta actividad dentro de un marco determinado, al mismo tiempo queda sujeto a los poderes del empresario que en cada caso concreto corresponda (dirección, control o sancionador-disciplinario).

Por ello, queda sometido a todas aquellas instrucciones que pueda recibir y a los controles que el empresario tenga a bien realizar para asegurarse de que se están cumpliendo, en la forma debida, las obligaciones que les corresponden. Y es esta facultad del empresario la que establece ciertos límites o modulaciones a los derechos fundamentales de los trabajadores.

Efectivamente, el uso del correo electrónico dentro de la empresa no hace sino enfatizar el complejo mundo de los derechos fundamentales que asisten ambas partes y que se entrelazan de forma continua suscitando de ese modo dudas en torno a su aplicabilidad. Y es que no son pocos los derechos que han de ser citados en referencia a esta cuestión.

Ante las nuevas necesidades y prácticas empresariales el correo electrónico se ha convertido en un instrumento con una doble vertiente: se trata de una herramienta de trabajo, pero al mismo tiempo supone un medio de comunicación con un extenso uso personal. Por ende, en numerosas empresas ha quedado establecida una política de cierta tolerancia a dicho uso personal.

El primer problema a solventar que se plantea es el siguiente: dentro del marco de las relaciones laborales resulta innegable el conflicto que se produce entre los derechos fundamentales que asisten al trabajador (derechos que de forma rotunda le siguen asistiendo a pesar de encontrarse dentro de la esfera organicista del empresario) y el poder de dirección y organización que le asiste al propio empresario, tal y como queda reconocido en el artículo 20 del TRLET.

Entonces ¿dónde se encuentra el equilibrio entre todos los derechos implicados?

El legislador en ningún momento ofrece una respuesta contundente a esta cuestión pero si se dan ciertas premisas que conviene ser puestas de manifiesto.

Como es sabido, los derechos fundamentales se encuentran regulados en la Sección Primera, Capítulo Segundo, del Título Primero de la Constitución, por lo que gozan de la protección que les otorga el artículo 53 del mismo texto constitucional.

Por su parte el poder de dirección empresarial se encuentra dentro del propio contenido de la libertad de empresa, contemplado en el artículo 38 (Sección Segunda del Capítulo Segundo del Título Primero, por lo que posee una menor protección que la otorgada para los derechos previamente mencionados.

La diversa ubicación de estos derechos hace que se planteen a su vez dos cuestiones: en caso de colisión entre ambos derechos y dada la supremacía de la protección de los derechos fundamentales frente a la libertad de empresa, ¿debe entenderse que prevalecen los primeros frente al segundo? ¿Pueden entenderse los derechos fundamentales como un claro límite al derecho a la libertad de empresa?

Parece claro que los derechos contemplados en la Sección Primera, Capítulo Segundo, del Título Primero de la Constitución gozan de una protección ciertamente especial, pero también es cierto que su eficacia entre

particulares no proporciona, de forma directa, a los derechos fundamentales una primacía en cualquier caso de colisión con otros derechos de carácter constitucional, ya que puede producirse una cesión, en ciertas circunstancias ante interés constitucionalmente relevantes.

Por tanto, no puede hablarse de un sistema de jerarquía total en el que ante cualquier circunstancia o situación los derechos fundamentales prevalezcan sobre cualquier otro derecho de carácter constitucional, sin atender a ninguna otra circunstancia.

Más bien se trata de un sistema que se basa en la garantía de la proporcionalidad y equilibrio entre todos los derechos que la Constitución reconoce (reconocidos a los individuos como tal y los que nacen de las propias relaciones laborales).

Cuando media un contrato de trabajo ciertas manifestaciones acerca de los derechos y deberes que asisten a ambas partes se contemplan de forma diversa, al entender que se está ante un ámbito singular.

La circunstancia de que el trabajador se inserte dentro de la esfera rectora y organicista del empresario no supone perder los derechos que le son inherentes como ciudadano, no resulta menos cierto que se produce una cierta limitación en los mismos¹⁷⁰.

En cualquier caso, esta premisa no puede servir para justificar acciones arbitrarias que supongan la sistemática negación de los derechos fundamentales en aras a defender otra serie de intereses.

¹⁷⁰ A este respecto conviene recordar la doctrina que ha ido elaborando el Tribunal Constitucional sobre la materia, resultando especialmente significativas algunas sentencias que se asientan sobre una idea básica y general como es el reconocimiento de «la plena efectividad de los derechos fundamentales del trabajador en el marco de la relación laboral, ya que ésta no puede implicar en modo alguno la privación de tales derechos para quienes prestan servicio en las organizaciones productivas, que no son ajenas a los principios y derechos constitucionales que informan el sistema de relaciones de trabajo» (STC de 29 de noviembre de 1984. núm. de rec. 114; STC de 11 de marzo de 1996. núm. de rec. 34; STC de 10 de abril de 2000. núm. de rec. 98 y STC de 10 de julio de 2000. núm. de rec 186).

Los derechos fundamentales del trabajador en la empresa solo podrán limitarse en la medida en que resulte totalmente imprescindible para el adecuado funcionamiento de la actividad productiva¹⁷¹.

Por tanto, habrá de estarse al fundamento de la proporcionalidad a través de tres premisas:

a) Idoneidad. Es decir si la medida restrictiva que se toma es susceptible de conseguir el resultado que ha sido propuesto.

b) Necesidad. Se trata de analizar si la medida es necesaria en el sentido de que no puede hallarse otra medida que sea más leve para llevar a cabo el objetivo propuesto.

c) Proporcionalidad en sentido estricto. Sí la medida en sí es equilibrada en el sentido de que de la misma se derivan más ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes en conflicto¹⁷².

Puede concluirse, por tanto, que el propio texto constitucional no otorga el mismo nivel de protección a los derechos fundamentales y al derecho de

¹⁷¹ En especial referencia a esta cuestión deben tomarse en cuenta las palabras de ALGAR JIMENEZ que entiende que «el ejercicio de las facultades organizativas y disciplinarias del empleador no puede servir en ningún caso a la producción de resultados inconstitucionales, lesivos de los derechos fundamentales del trabajador, ni a la sanción del ejercicio legítimo de tales derechos por parte de aquél. La sentencia TC 186/2000 reitera que la constitucionalidad de cualquier medida restrictiva de derechos fundamentales viene determinada por la estricta observancia del principio de proporcionalidad como sintetizan a su vez las sentencias del TC 66/1995, 55/1996, 207/1996 y 37/1998, para comprobar si una medida restrictiva de un derecho fundamental supera el juicio de proporcionalidad...» (ALGAR JIMENEZ, C. *El Derecho Laboral ante el reto de las nuevas tecnologías*. Madrid: Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, 2007. p. 44).

¹⁷² Es la propia jurisprudencia constitucional la que la ha venido a expresar que «en efecto, de conformidad con la doctrina de este Tribunal, la constitucionalidad de cualquier medida restrictiva de derechos fundamentales viene determinada por la estricta observancia del principio de proporcionalidad. Para comprobar si una medida restrictiva de un derecho fundamental supera el juicio de proporcionalidad, es necesario constatar si cumple los tres requisitos o condiciones siguientes: si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); si, además es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad) y, finalmente si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto)» (STC de 14 de septiembre de 2000. núm de rec. 2155).

libertad de empresa. Al mismo tiempo, se entiende que pueden establecerse límites en los primeros, siempre y cuando dichas medidas restrictivas superen el juicio de la proporcionalidad y no puedan ser consideradas como meras decisiones arbitrarias.

Se trata de un tema este ciertamente complicado en el sentido de que la mayor parte de las ocasiones las controversias no se generan por el uso de los mecanismos informáticos propiedad de la empresa, sino por la medida con la que se da uso a los mismos. En principio, una prohibición total puede suponer una cierta restricción a los derechos de comunicación que asisten a los trabajadores y sus representantes, pero una apertura total y sin límite alguno al uso de estas herramientas puede acarrear gastos y numerosas consecuencias para el propio empresario, no encontrándose el mismo obligado a asumir las mismas.

Efectivamente, han de establecerse ciertos límites en el uso de estos equipamientos que en principio, y como base fundamental, se hallan en la empresa para llevar a cabo las actividades profesionales, por lo que será necesario el establecimiento de una serie de controles para cerciorarse del buen uso de estas herramientas.

CAPITULO IV.- PODERES DEL EMPRESARIO EN LA EMPRESA Y NUEVAS FORMAS DE CONTROL DE LA ACTIVIDAD LABORAL

No cabe duda alguna de que las relaciones laborales se han visto revestidas de un nuevo enfoque, razón por la cual se están produciendo nuevos modelos de organización productiva¹⁷³.

Los procesos de descentralización han creado nuevas estructuras de carácter empresarial y nuevas formas de organización de la actividad laboral, lo que a su vez ha incidido en el ejercicio del poder de dirección y en su forma de ejercerlo, más aun si se tiene en cuenta la ya tan mencionada revolución tecnológica producida (*supra* capítulo I).

¹⁷³ Realizan un estudio sobre esta cuestión los autores ALBURQUERQUE y OXMAN y entre otras afirmaciones cabe destacar la opinión que manifiestan acerca de este nuevo enfoque cuando dicen que «los procesos que comprende la globalización incorporan una serie de transformaciones en las relaciones productivas, es decir, surge un nuevo sistema de producción que tiene un fuerte impacto en la organización del trabajo. La producción se caracteriza cada vez más por la existencia de redes y cadenas productivas que involucran nuevas formas de relación entre empresas y entre empleadores y trabajadores. La subcontratación y la contratación por tiempos y para realizar faenas determinadas aumentan. Al mismo tiempo, la tecnología genera otras posibilidades de relaciones laborales, como por ejemplo, a través del teletrabajo. Todas ellas repercuten en los trabajadores y sus organizaciones tradicionales. La contracción del tiempo y el espacio, fenómenos característicos de la globalización, hacen posible comparar tendencia de nivel mundial y dar cuenta de los cambios en el trabajo que se están produciendo en la mayoría de los países. Existen también similitudes en sus características. Estas conducen a considerar el trabajo no sólo al interior de las empresas, sino en el conjunto de las redes productivas tanto a nivel nacional como internacional. La tendencia es a una mayor competitividad y flexibilización de las relaciones laborales, al mismo tiempo que se reconoce un mejoramiento en las técnicas de gestión en busca del aumento de la productividad y la calidad, mediante una participación más activa por parte de los trabajadores en las empresas» (ALBURQUERQUE, M. y OXMAN, V. Nuevos enfoques en las Relaciones Laborales para el Desarrollo Productivo. En AA.VV. *Más allá del bosque. Transformar el modelo exportador*. Santiago de Chile: Editorial FLACSO-Chile, 2001, pp. 307-308).

Las NTIC han hecho que el poder de dirección, control y disciplina del empresario se haya visto alterado ya que la forma de ejercerlo varía debido al uso de las nuevas tecnologías.

Como se ha observado en el capítulo anterior, las innovaciones de carácter tecnológico han permitido enlazar, de forma prácticamente impecable, las herramientas de trabajo con las herramientas de control, provocando que el empresario tenga a su disposición una serie de nuevos instrumentos que le permiten de forma más fácil, eficaz e imperceptible llevar a cabo su poder de dirección.

Antes de entrar a conocer de esta cuestión de forma más profunda conviene dar unas pinceladas acerca de algunos de los conceptos que se mencionarán en este capítulo a través de las siguientes líneas: el poder de dirección, el poder de control y el poder disciplinario.

El poder de dirección es la facultad unilateral que se le otorga al empresario, o a la persona en la que este último decida delegar, para organizar la actividad empresarial y ordenar las prestaciones de las personas, esto es, trabajadores que se hallan prestando servicios.

Evidentemente es responsabilidad del empresario organizar la actividad laboral en el forma en que estime más conveniente y oportuna, concretar las actividades que va a llevar a cabo cada trabajador, determinar la forma en que se realizarán las diversas funciones etc. tal y como se desprende de los artículos 5.c) y 20.1) del TRLET.

Ciertamente, se concede a favor del empresario un amplio margen de discrecionalidad para establecer los criterios que considere necesarios y oportunos en cada caso, ordenes que el trabajador deberá cumplir a pesar de no estar de acuerdo con las mismas y, de no ser así, podría incluso considerarse una falta cuya consecuencia puede suponer el despido, tal y como se contempla en el artículo 54.2 b) del TRLET.

Se asume por el trabajador un deber de obediencia que, en cualquier caso, queda condicionado a las directrices dadas dentro del marco del ejercicio de la facultad otorgada a favor del empresario.

Puede hablarse, por tanto, de un margen de discrecionalidad a favor del empresario pero no de una libertad absoluta e ilimitada, puesto que deberán respetarse en cualquier caso los límites que se derivan del:

- 1.- Contrato de trabajo.
- 2.- Convenio Colectivo correspondiente.
- 3.- Ordenamiento jurídico.

En cualquier caso se trata de un ámbito bastante ambiguo, ya que la regulación que abarca el poder de dirección y disciplinario, a través del TRLET, no resulta demasiado claro en sus percepciones, y utiliza expresiones indeterminadas que dejan la puerta abierta a diversas interpretaciones.

La génesis del poder disciplinario en la empresa puede encontrarse en aquellas instituciones del ámbito del Derecho Civil relativas al modelo común de responsabilidades, y ello para poder hacer frente y responder a los eventuales incumplimientos producidos dentro del espacio de las relaciones laborales.

Esta premisa puede entenderse como la base del sistema actual pero no resulta correcto interpretarlo sin tener en consideración las diversas modificaciones que han ido produciéndose con la evolución del Derecho del Trabajo.

Se trata de un momento en el cual prima, de forma cada vez más evidente, la autonomía de los propios trabajadores.

Un concepto, que se ha ido desarrollando con el tiempo.

Si en un primer momento dicha autonomía se entendió como la posibilidad que se da a todo trabajador para que el mismo gestione de forma libre su propia carrera profesional, en la actualidad se ha sobrepasado esa concepción para subrayar que no solo se trata de lo anterior, sino que esa

autonomía se amplía hasta abarcar aspectos tales como las horas o días de trabajo. Esto es, el trabajador no solo cuenta, o debe contar, con libertad para decidir acerca del ejercicio y desarrollo de su carrera profesional, sino que además cuenta con esa misma libertad para tomar decisiones acerca de cómo organizar el trabajo, sus horarios...

Puede hablarse por tanto de una nueva forma de gestionar el potencial humano de la empresa. Es el empresario el que, con carácter general, decide como ha de ser la gestión del trabajo, pero las nuevas formas de gestión han supuesto que el empresario en un alto grado haya decidido dejar esta labor en manos de los trabajadores, otorgándoles una mayor responsabilidad, ya que los mismos no solo deben atenerse a las directrices establecidas por la política de la empresa para llevar a cabo las actividades que les sean encomendadas, sino que también deben cumplir con una serie de objetivos previstos, pero siempre con autonomía de decisión para obtener aquellos¹⁷⁴.

La duda que se plantea es cual resulta ser realmente el sentido de esta libertad o autonomía, ya que si tal característica se le otorga de forma tan amplia a los trabajadores ¿dónde queda el poder de dirección del empresario?

Propiamente el concepto de autonomía significa seguir las propias reglas, por tanto, debe entenderse entonces que si se siguen las propias reglas no se acatan las directrices dadas por terceras personas, por lo que, al menos en cierto sentido, el poder de dirección queda relegado.

Efectivamente, se trata de un fenómeno que puede entenderse como una pérdida de autoridad del empresario. Sin embargo, si se analiza con cierto

¹⁷⁴ A raíz de esto puede tenerse en cuenta lo mencionado por SUPLOT cuando menciona que «esta tendencia se ha confirmado a raíz de la tercerización del trabajo y debido a la imposibilidad de dar una respuesta firme a fenómeno. Esta evolución se ha traducido esencialmente en la gestión de las competencias de los trabajadores por parte de los empresarios, los cuales han priorizado de forma generalizada la autonomía y la responsabilidad de los trabajadores. El poder de dirección de los empresarios ha conocido profundas transformaciones: el desarrollo de cláusulas de resultados u objetivos, en el lugar y en el ámbito de ordenes repetidas y relativas a cada una de las labores a realizar... En todo caso, conviene decir que una brutal subordinación cedería un espacio a un concepto mucho más flexible, se pasaría de la dirección al ejercicio de una autoridad reforzada *gouvernanc*, como técnica de normalización de las competencias» (SUPLOT, A. Un faux dilemme: la loi ou le contrat? En *Droit Social*, 2003, p. 67).

detenimiento, esto no tiene por qué suceder así, y el concepto de autonomía puede quedar ligado al poder de dirección del empresario sin que este último se vea mermado.

Las ventajas que se pueden deducir de una mayor concesión de autonomía a los trabajadores parecen indudables: el trabajador gestiona sus actividades en la forma que considera más conveniente, por lo que se entiende que este aspecto ayudará a mejorar su motivación, ya que la gestión del tiempo de trabajo se ajustara en mayor medida las preferencias y necesidades del trabajador, que decide cuando y como ejecutar sus obligaciones, redundando en una mayor productividad.

En cualquier caso, y a pesar del conocimiento de dichas ventajas competitivas, el entendimiento de que la autonomía dada a los trabajadores puede acabar afectando de forma directa el poder de dirección del empresario ha supuesto que dicha autonomía no se haya realizado en numerosas ocasiones.

Necesariamente lo que debe tenerse en cuenta es que se tratan de dos conceptos, autonomía y poder de dirección, que no tienen porque entenderse como contradictorios, ya que ambos pueden complementarse de forma armoniosa sin necesidad de anularse mutuamente.

Evidentemente, resulta completamente necesario que sea el empresario el que fije un ámbito de actuación para la buena marcha de empresa y de las actividades que en ella se lleven a cabo, pero al mismo tiempo, y dentro de ese ámbito de actuación dado por el empresario, los trabajadores pueden contar con diversos grados de autonomía para que dentro de ese marco propuesto ellos puedan actuar como mejor consideren.

En cualquier caso, y a pesar de que dicha conjugación teóricamente resulta factible, la práctica ha demostrado que no es así de sencillo¹⁷⁵.

¹⁷⁵ A este respecto debe tomarse en consideración las palabras de PUJOLAR cuando dice que «a pesar de las suposiciones teóricas: numerosos elementos contradicen este discurso, fundamentalmente el hecho de que el empresario únicamente abandona su poder de dirección de forma aparente. De este modo, como se explica el aumento de los objetivos a alcanzar en numerosas empresas (es tal el tiempo dedicado a la consecución de dichos objetivos que los

El poder de dirección que ostenta el empresario frente a sus trabajadores se asienta en la relación de subordinación que se produce entre ambos, y lo mismo ocurre con el poder disciplinario, pues si los mismos se encontrasen en una situación de igualdad no encontraría razón.

Y es que, ciertamente, se erige en una de las notas más características de las relaciones de carácter laboral, esto es, la subordinación.

Por tanto, es absolutamente necesario hallarse ante una relación por cuenta ajena para que se dé la característica de la subordinación, ya que de estar ante una relación por cuenta propia o de trabajo autónomo en la misma no se dará característica.

Podría decirse, por tanto, que la fundamentación se encuentra en el vínculo que une a ambas partes, vinculo que no es otro que el propio contrato de trabajo.

Dicho contrato es el eje que une al empresario y al trabajador en una relación que implica la prestación de un servicio por cuenta ajena, lo que a su vez supone la existencia de la subordinación.

El poder de dirección encuentra su base jurídica en el propio contrato de trabajo pero ha sido necesaria la creación de una serie de normas que desde fuera del propio contrato vengán a establecer el fondo y los límites al ejercicio del poder de dirección, por lo que tanto el trabajador como el propio empresario encuentran ciertas limitaciones en este sentido.

trabajadores no pueden ser autónomos). Por ejemplo, la relación con un cliente puede llevarse a cabo por un solo trabajador, sin embargo, este tiene la obligación de obtener ciertos resultados, lo cual limita su margen de acción real o al menos lo reduce. Probablemente, la autonomía va a transcurrir de forma paralela a la fuerte presión que se ejerza sobre los trabajadores independientes. A menudo, las señas colectivas desaparecen. Algunos consideran que los trabajadores han deseado tener una gran capacidad de actuar sin referencia a su superior jerárquico... Sin embargo, y estando en total conformidad con quienes han esperado dicha consecuencia y con la manera en que debe producirse, más que autonomía no convendría hablar en realidad de iniciativas ligadas a las propias necesidades de la empresa. No se trata, pues, de una interiorización del poder de dirección del empresario por los trabajadores» (PUJOLAR, O. Poder de dirección del empresario y nuevas formas de organización y gestión del trabajo. En *RL*, 1995, núm. 19, tomo 2, p. 4).

En el caso del trabajador, al adherirse al contrato de trabajo debe aceptar que se inserta dentro de la esfera organicista y rectora del empresario, algo que resulta innegociable para él.

No obstante, el empresario tampoco cuenta con una libertad total, puesto que no es él mismo el que impone las condiciones y las limitaciones a su poder de dirección y disciplina, sino que dichas reglas le vienen impuestas desde la propia regulación del Derecho del Trabajo.

Puede tratarse de un planteamiento de doble filo, ya que, a priori, puede entenderse que no se deja ningún tipo de espacio a la autonomía de las partes, esto es, a la posibilidad de establecer una negociación entre el empresario y el trabajador para pactar las reglas o normas que estimen más convenientes en referencia al ejercicio del poder de dirección. Pero, al mismo tiempo, esto puede dar pie al establecimiento de cláusulas abusivas o la ausencia de ciertos límites produciéndose un interrogante: ¿sería lícito dejar en manos del empresario, o del empresario y el trabajador, las condiciones que deben regir el poder de dirección y disciplina? O ¿resulta lógico que dicha regulación quede en manos de la legislación únicamente?

Ciertamente, en los últimos años se está dando una tendencia inequívoca hacia la consecución de una mayor flexibilidad en el ámbito del Derecho del Trabajo, demandando de esa forma una mayor autonomía¹⁷⁶.

¹⁷⁶ En referencia a esta concreta cuestión se ha manifestado el autor RODRIGUEZ-PIÑERO y BRAVO -FERRER que ha querido subrayar como «el debate contemporáneo sobre flexibilidad ha permitido destacar los aspectos contradictorios de la autonomía privada en el contrato de trabajo. La demanda de mayor autonomía se formula para lograr un mayor espacio de ejercicio de los poderes empresariales y para eliminar lazos o nudos derivados de las reglas laborales reductoras de margen de disponibilidad empresarial, pero este espacio de disponibilidad es autonomía privada pero, al mismo tiempo, es sujeción del trabajador, tanto jurídica como socio-económica. El mayor espacio de autonomía privada por supresión de reglas de tutela del trabajo no se traduce necesariamente en un mayor margen real de autonomía contractual, sino sobre todo en un mayor margen de disponibilidad empresarial. En efecto, el poder de dirección se ha visto muy condicionado y muy influido por los cambios que se han producido en el papel y la ordenación de las fuentes de regulación del contrato de trabajo. El nuevo equilibrio entre tutela del trabajo e interés de la empresa ha llevado a la ampliación de espacios de disposición de la autonomía contractual, a disminuir o atenuar los límites a la libertad contractual, con el propósito, declarado o no, de ampliar el espacio de disponibilidad en el ejercicio de los poderes de gestión de la fuerza de trabajo del empresario, al eliminar lazos derivados de las reglas laborales que reducían el margen de disponibilidad empresarial» (RODRIGUEZ-PIÑERO y BRAVO -FERRER, M. *Op. Cit.* p. 5).

El poder de dirección del empresario representa un aspecto de la dependencia jurídica del trabajador, constituyendo un elemento característico y definidor de las relaciones laborales. Elemento que no se trata solo de una categoría jurídica sino de una realidad económica y social, ya que resulta evidente el hecho de que para poder llegar a producir bienes y servicios es necesario que se dé un cierto direccionamiento del trabajo.

A pesar de la existencia de otro tipo de relaciones, el trabajo por cuenta ajena ha supuesto el eje tradicional de los mercados productivos aunque últimamente, y de forma creciente se está dando una cierta tendencia a la reducción de la dependencia; de ese modo, los poderes del empresario están siendo limitados por los derechos, crecientes, de los trabajadores.

En palabras del propio MONTOYA MELGAR «el poder de dirección del empresario tiene una doble dimensión: general (como poder de organizar laboralmente la empresa) y singular (como poder de ordenar las concretas prestaciones de los trabajadores individuales)»¹⁷⁷.

De ese modo puede destacarse un ámbito más general en el que se insertan las decisiones más genéricas que afectan a la organización de la propia empresa, y un ámbito más restringido en el que se recogen las ordenes o directrices que el empresario da, de forma singular, a cada trabajador para el cumplimiento de su actividad laboral.

Al empresario se le atribuyen una serie de poderes que en mayor o menor medida poseen un carácter patrimonial, basado en el derecho de propiedad que le asiste, por lo que dichos poderes quedan inevitablemente unidos a la empresa entendida esta como ente jurídico.

Por tanto, este poder de dirección que se le atribuye al empresario puede entenderse como una prerrogativa reconocida en base a su interés particular por la propia organización empresarial.

¹⁷⁷ MONTOYA MELGAR, A. El poder de dirección del empresario en las estructuras empresariales complejas. En *RMTAS*, 2004, núm. 48, p. 135.

En síntesis, puede entenderse que el poder de dirección se fundamenta en dos premisas básicas: la relación laboral y la organización empresarial. Pero según algunos autores, entre los que cabe distinguir la opinión de MONTOYA MELGAR, esto no es suficiente y es necesario entrar a conocer de forma más profunda las diversas implicaciones de este poder para llegar a establecer una serie de categorías más amplias entorno a este concepto¹⁷⁸.

El fundamento del poder de dirección que ostenta el empresario se encuentra en la propia estructura jurídica, sociológica y económica de la relación laboral, estructura que de forma necesaria exige que una de las partes organice y dirija a la otra¹⁷⁹.

Simplificando, puede decirse que el poder de dirección encuentra su fundamento en la propia naturaleza de la relación laboral, pero este fundamento queda reforzado aun más si dicha relación laboral transcurre en el seno de una empresa, en el sentido de que esta última necesita de un poder organizador mucho más complejo que si de una relación individual se tratase.

El empresario ejercerá el poder directivo en cuanto que resulta ser la persona acreedora de trabajo, de ahí la base por la que anteriormente se ha indicado que el contrato de trabajo se erige como base del poder de dirección.

¹⁷⁸ Entiende a este respecto el autor MONTOYA MELGAR que «la relación laboral y la organización de la empresa, así como explican la naturaleza del poder directivo en la medida en que es un poder jurídico especial, son insuficientes para aclarar, no lo que ese poder tiene de laboral, sino lo que tiene de poder. Dicho en otras palabras, al encuadramiento del poder directivo en las categorías jurídicas próximas de relación laboral y empresa ha de preceder el intento de su encuadramiento en la categoría más amplia del poder que suministra la ciencia general del Derecho. Efectivamente, el concepto de poder de dirección no puede ser construido partiendo exclusivamente de principios jurídico-laborales y ello es así porque la noción de poder no es una categoría jurídica de valor general, cuyo entendimiento fatalmente se sustrae al exclusivo análisis de las ciencias jurídicas particulares. Siendo esto así, resulta que no es posible establecer pronunciamiento alguno sobre que sea el poder de dirección del empresario sin antes conocer, por sumario que pueda ser el conocimiento, qué debe entenderse, en términos jurídicos generales, por poder y si el llamado poder de dirección es poder en sentido técnico» (MONTOYA MELGAR, A. *El poder de dirección del empresario*. Madrid: Editorial Centro de Estudios Constitucionales. 1965, p. 6).

¹⁷⁹ Entiende MONTOYA MELGAR que «en líneas generales, por tanto, el fundamento del poder de dirección se encuentra en la propia naturaleza de la relación laboral, pudiendo estar reforzado si tal relación se desenvuelve en el seno de una empresa, en cuanto que la presencia de ésta determina la necesidad de un poder organizador, mucho más complejo que el propio de una simple relación individual de trabajo» (MONTOYA MELGAR, A. *Op. Cit.* p. 37).

Respecto de esta cuestión, y como ya ha sido mencionado en las líneas anteriores, resultaría excesivo entender que el contrato de trabajo sea la única condición, base o fundamento, pero bien es cierto que el contrato de trabajo es la «*conditio sine qua non*» del ejercicio del poder directivo, ya que sin el mismo no hay relación laboral por cuenta ajena, no habría subordinación y, por tanto, no cabría dicho poder¹⁸⁰.

Con ello, obviamente, no quiere decirse que el poder de dirección no vaya a darse en aquellos casos en los que no se dé la presencia de una corporación, solo pretende señalarse el hecho de su importancia respecto de la forma en que se ejerce dicho poder.

En síntesis algunas premisas quedan dilucidadas:

a) En primer lugar, el hecho de que, en las relaciones laborales que se desarrollan al margen de una organización empresarial, al empresario se le otorga dicho poder de dirección en base a su posición como acreedor de trabajo.

b) En segundo lugar, cuando las relaciones laborales se enmarcan dentro de una organización empresarial, el fundamento del poder de dirección se basa igualmente en la posición de acreedor de trabajo, pero en esta concreta situación añadiendo que además de acreedor de trabajo el empresario es el titular de la propia empresa.

Quizás también pueda llegar a apreciarse un cierto interés social en la labor que lleva a cabo el empresario y aunque sí que resulta cierta esta premisa la misma no puede entenderse por sí misma como un elemento configurador del poder de dirección, ya que si bien existe ese interés social, lo cierto es que el mismo no resulta el fundamento u objeto de la empresa.

¹⁸⁰ Atendiendo a las palabras del maestro MONTROYA MELGAR puede entenderse que «del hecho de que el empresario sea acreedor de trabajo deriva un importante motivo de la existencia de su poder directivo. Quien ostenta un título jurídico obligacional (crédito o disposición frente al trabajo) estando tanto a los beneficios como a las pérdidas de la explotación, es el empresario, y justo es que sea él, y no al trabajador, a quien corresponda la dirección de las prestaciones laborales» (MONTROYA MELGAR, A. *Op. Cit.* p. 39).

El empresario decide estructurar una organización y dotarla de todos los instrumentos y medios necesarios para la satisfacción de intereses propios, por lo que la finalidad propiamente es el rendimiento personal y no el ajeno¹⁸¹.

El empresario ostenta un triple poder:

- a) En primer lugar, el poder que posee para establecer las normas dentro del propio ámbito organizativo.
- b) En segundo lugar, el poder que tiene para dar instrucciones.
- c) En tercer y último lugar, el poder que le asiste para establecer sanciones en aquellos casos en los que se produzca el incumplimiento de las normas establecidas.

En síntesis, tratando de ofrecer una definición cerrada puede tomarse la introducida por el maestro MONTOYA MELGAR que entiende este poder de la siguiente manera: «El poder de dirección es el conjunto de facultades jurídicas a través de cuyo ejercicio el empresario dispone del trabajo realizado por su cuenta y a su riesgo, ordenando las singulares prestaciones laborales y organizando el trabajo en la empresa»¹⁸².

El poder de control se encuentra estrechamente vinculado al poder de dirección, pero ¿qué es exactamente? Es la facultad que se le concede al empresario para que adopte las medidas que estime oportunas en cuanto a la vigilancia y control para verificar que de forma efectiva se están llevando a cabo, por parte del trabajador, las obligaciones y deberes laborales correspondientes.

¹⁸¹ A este respecto se manifiesta MONTOYA MELGAR al señalar que «en realidad, el empresario actúa, a través del ejercicio de su poder de dirección, intereses inmediatamente suyos, si bien debe cuidar de que se adecuen a los de la empresa, y más genéricamente, a los de la sociedad. De aquí que pueda hablarse de la responsabilidad del empresario ante el Estado, en cuanto que el interés del empresario debe armonizarse con el interés general, y de aquí también las fuertes limitaciones administrativas que se oponen al ejercicio arbitrario de ese poder» (MONTOYA MELGAR, A. *Op. Cit.* p. 42).

¹⁸² MONTOYA MELGAR, A. *Op. Cit.* p. 44.

Esto es, en un primer estadio, el poder de dirección determinará una serie de instrucciones que deben ser cumplidas por los trabajadores, y, posteriormente, el empresario tomará las medidas que considere adecuadas para verificar que cumplen con lo establecido y, en la forma establecida.

Las medidas tomadas por parte del empresario pueden afectar a los derechos de los trabajadores, por lo que siempre deberá observarse una consideración adecuada respecto de la dignidad de los trabajadores.

La expresión máxima de esta facultad es la posibilidad que se concede para la realización de los registros personales, aunque no es la única, ni mucho menos ya que entre tantas opciones pueden mencionarse algunas como el uso de aparatos para controlar el tiempo de entradas y salidas, la imposición de reglas sobre el uso de los medios de la empresa, grabación de las llamadas realizadas desde el teléfono de la empresa y, por supuesto, la puesta a disposición de las nuevas tecnologías a tales efectos.

Obviamente se trata de un control no exento de limitaciones ya que:

- 1.- Debe ceñirse de forma exclusiva al lugar de trabajo.
- 2.- Debe hacerse con el máximo respeto a la dignidad y la intimidad del trabajador.

Por último, el poder disciplinario se erige como una especie de garantía para que puedan cumplirse los poderes previamente citados. La razón es que la ley le otorga al empresario un poder de punición de carácter privado, esto es, la facultad de imponer sanciones a aquellos trabajadores que no cumplan con los deberes y obligaciones que les hayan sido impuestos.

La función del poder disciplinario no es otra que la de tratar de mantener un orden dentro de la empresa para que se cumplan de forma positiva los objetivos propuestos. Pues bien, pueden tomarse dos perspectivas a este respecto:

- a) Puede entenderse el poder del empresario como una función de garantía, en el sentido de que queda establecido que

ante un incumplimiento por parte del trabajador se responderá con la imposición de una sanción.

b) Pero también se trata de una cuestión que puede ser reconducida a través de la responsabilidad contractual.

En este último caso la duda que se plantea es que si las infracciones cometidas por el trabajador pueden ser abarcadas dentro del ámbito de la responsabilidad contractual ¿por qué se genera la necesidad de instaurar un sistema al margen del anterior?

El objeto de la responsabilidad contractual es similar al del poder del empresario, con alguna salvedad. Los mecanismos de la responsabilidad contractual actúan cuando el trabajador incumple deberes estrechamente conectados con el contrato de trabajo, mientras que en el caso del poder disciplinario el mismo actuará cuando se produzca el incumplimiento de los deberes que le hayan sido impuestos al trabajador en relación con las exigencias de la organización, esto es, cuestiones de orden, disciplina...

Por tanto, puede decirse que a través de estos dos mecanismos se están abarcando cuestiones equivalentes que se mantienen bajo la esfera de la organización empresarial.

De hecho, en numerosas ocasiones las faltas que son recogidas en los diversos Códigos disciplinarios suelen suponer conductas que se hallan directamente relacionadas con el cumplimiento de la prestación debida, y por tanto estrechamente vinculadas al propio contrato de trabajo.

Además, suele resultar ciertamente habitual la utilización, con fines disciplinarios, de instituciones vinculadas al contrato de trabajo como pueden ser el despido o el traslado forzoso.

Siendo así, quizás pueda llegar a entenderse que se trata de una separación que teóricamente puede parecer perfectamente definida pero en la práctica no lo está tanto¹⁸³.

Para encontrar el fundamento de este precepto debe partirse, como no, del propio texto constitucional, texto que en principio, y de forma directa, no recoge de forma específica un derecho que faculte a la empresa para la imposición de sanciones. La formula por la que se ha optado es la de abarcar este área dentro del artículo 38, que reconoce el derecho a la libertad de empresa.

Derecho este ultimo que debe entenderse en base a lo establecido por la propia Constitución, esto es, se reconoce el derecho a la libertad de empresa dentro del marco de la economía de mercado y los poderes públicos serán los garantes y protectores del ejercicio de este derecho, defendiendo la productividad de acuerdo con las exigencias de la economía general.

Por tanto, se reconoce al empresario el derecho a constituir la coyuntura necesaria para la producción de bienes con el fin de ofrecerlos al mercado y de esa forma tratar de obtener una serie de beneficios.

Efectivamente, y para la consecución del fin previsto, el empresario necesitará de una infraestructura que no solo es necesario construir, sino que además debe gestionarse de forma eficaz, y por ello resulta sensato pensar en que debe atribuírsele ese poder de control y disciplinario para verificar la buena marcha de la empresa.

¹⁸³ En este mismo sentido se pronuncia FERNANDEZ LOPEZ ya que a través de sus propias palabras puede entenderse que «contra la aparente facilidad de la separación teórica, la realidad muestra la mezcla, la convivencia de instituciones de raíces muy diversas; entonces la doctrina de la tendencial separación entre ellas toma un camino diferente, y predominante: la responsabilidad contractual y el poder disciplinario constituyen técnicas diversas de reacción frente a la inobservancia de los deberes laborales del trabajador, y porque son distintas, y responden a exigencias diferentes, pueden acumularse. Un mismo hecho puede incidir en el correcto cumplimiento contractual, atentar contra el interés del empresario como contraparte del contrato de trabajo, y puede perturbar el buen funcionamiento de la empresa, atentando contra el interés del titular de la organización. Por una u otra vertiente de los actos del trabajador puede articularse un sistema de responsabilidad, acumulándose ambas» (FERNANDEZ LOPEZ, M.F. *El poder disciplinario en la empresa*. Madrid: Editorial Civitas, 1991, p. 48).

En cualquier caso, el fundamento por excelencia del poder disciplinario no es otro que el TRLET, que en su artículo 58 contempla la posibilidad del establecimiento de sanciones para aquellos supuestos en los que se produzcan incumplimientos de carácter laboral. Por tanto, no puede hacerse una separación tajante entre el poder de dirección que se le otorga al empresario para tomar las medidas que estime oportunas para el buen funcionamiento de la actividad a la que se dedique la empresa, y el poder de disciplina ya que el mismo puede entenderse como un instrumento más para la consecución del primero.

Resulta lógico este binomio, ya que si el poder de dirección del empresario no cuenta con un elemento que le faculte para hacer efectiva una sanción en los casos de incumplimiento, ese poder de dirección no se haría efectivo en su totalidad.

De nada serviría que se inculcasen una serie de normas o preceptos que ayudasen a la buena marcha de la empresa, si en caso de incumplimiento de los mismos el empresario se ve sin herramienta alguna para tratar de disuadir esas actuaciones.

En resumen, la razón de existencia del poder disciplinario consiste en ser un medio eficaz para garantizar el fin productivo de la empresa.

Todo ello en el sentido de que el poder disciplinario puede entenderse como un instrumento que complementa o apoya el poder de dirección. El empresario solo hará uso del mismo en aquellos casos en los que se haya producido un incumplimiento de las directrices dadas, al margen de que las medidas disciplinarias que se tomen deberán ser adecuadas y proporcionales respecto del grado de incumplimiento o gravedad.

De este modo, al mismo tiempo se dota al empresario de un sistema que garantiza su actuación ante los eventuales incumplimientos e infracciones laborales y se establecen las bases de la administración de dicho poder. Lo que significa una garantía frente a los trabajadores por los posibles abusos que pueden darse en el ejercicio de dichas prerrogativas.

El poder disciplinario se sitúa como un sistema de garantía para el ejercicio del resto de poderes que el contrato de trabajo atribuye al empresario entendiéndolo, en cierta forma, una relegación de este poder al poder directivo.

Resulta cierto que se trata de dos herramientas que actúan dentro de un mismo proceso pero en periodos diversos, esto es, el poder de dirección será el que entre en juego en un primer momento y, de no producirse el incumplimiento del mismo, no resultaría necesaria la intervención del poder disciplinario, ya que este último, de manera general, solo actúa una vez producida la consecuencia, esto es, cuando no se han acatado las premisas dictadas bajo ese poder de dirección.

Obviamente, son dos premisas que se complementan, las dos caras de una misma moneda que forman un binomio cuyo fin es el de la defensa del interés general de la actividad económica o profesional, pero en cualquier caso no pueden identificarse plenamente.

En cualquier caso, de lo que no cabe duda alguna es de que se trata de una relación con muchos matices.

4.1.- El origen de la normativa y los principios de legalidad y proporcionalidad

Como ya se ha mencionado en la introducción de este capítulo, en multitud de ocasiones, el poder de dirección que ostenta el empresario es una institución ciertamente característica, aspecto este que ha suscitado que ciertos autores entiendan que en sus inicios se trató de una figura constituida en cierto sentido al margen de la propia legislación¹⁸⁴.

¹⁸⁴ En este sentido se pronuncia FERNANDEZ LOPEZ cuando afirma que «en la doctrina está bastante generalizada la idea basada en la evidencia, de que el poder de disciplinario es una institución nacida al margen de la legislación. En la etapa de formación de la legislación laboral el avance técnico no tiene velocidad suficiente como para abarcar la multiplicidad de facetas implicadas en esta institución y, sin embargo, ésta era requerida con urgencia por la organización del trabajo en las fabricas, que en buena parte descansa en la necesidad de contar con un sistema de disciplina de trabajo, privando al trabajador del control de su trabajo y atribuyéndoselo al empresario» (FERNANDEZ LOPEZ, M.F. *Op. Cit.* p. 71).

En este sentido se pronuncian algunos autores, tales como TERRADILLOS ORMAETXEA, que atendiendo a lo establecido por otros autores como pueden ser DURAN LOPEZ o SAN MARTIN MAZZUCCONI, han entendido que el verdadero origen de este poder de dirección se encuentra en la ineficacia del propio Derecho Civil para responder ante los incumplimientos de aquellas personas que se encuentran prestando sus servicios por cuenta ajena¹⁸⁵.

Es necesario tener en cuenta la eventualidad de que a pesar de tratarse de una figura que se ha ido conformando en base a la práctica, resultaba absolutamente lógico que la legislación laboral perfilase este aspecto y entrase a regularlo de una manera formal, aunque a día de hoy sigan existiendo numerosas lagunas en torno a su concepto y aplicación.

En cualquier caso, la regulación formal en España no llegó hasta tiempos bastante cercanos a la actualidad ya que la primera vez que puede encontrarse esta figura en un texto de carácter legal, aunque sea de una forma breve, es en la Ley de Contrato de Trabajo del año 1931¹⁸⁶.

Y si bien, se trata de una pequeña mención a la figura del poder disciplinario, puede decirse que esta normativa supuso el inicio de un camino plagado de esfuerzos para poder configurar de forma estable esta figura en la normativa estatal.

Por ello, a lo largo del tiempo, se han ido fraguando diversos proyectos para poder dar encaje en el ordenamiento jurídico, y de forma específica en la legislación laboral, a esta figura tan característica y al mismo tiempo tan necesaria.

¹⁸⁵ La autora se pronuncia determinando que «en efecto, los orígenes del poder disciplinario hunden sus raíces en la notoria insuficiencia de los mecanismos arbitrados por el Derecho Civil para responder a los mencionados incumplimientos en los que puede incurrir quien se obliga a prestar su trabajo, aunque parece que no pueda verse en esta justificación el “detonante directo” de la aparición práctica del poder disciplinario. Con todo, se coincidirá en que nos encontramos ante un sistema de responsabilidad específica, que separa del sistema general de responsabilidad del deudor característico del Derecho Civil» (TERRADILLOS ORMAETXEA, E. *El poder disciplinario empresarial*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2004, p. 14).

¹⁸⁶ Gaceta de 22 de noviembre de 1931. núm. 326.

Pero no han sido pocos los problemas que han ido presentándose¹⁸⁷.

De forma posterior, y tras los hechos acontecidos tras la Guerra Civil, la Ley de Contrato de 1944¹⁸⁸ esbozo algunas menciones dignas de ser destacadas.

La que quizás pueda considerarse como base más destacada es la que se recogía en el artículo 3 de la Ley, puesto que en ese mismo artículo se hablaba de la titularidad pública de la facultad de sancionar las faltas cometidas en el trabajo, facultad esta que queda otorgada a favor de el Delegado de Trabajo, junto con la colaboración de la Central Nacional Sindicalista, y atendiendo al artículo 7 del mismo texto normativo, «cuando la naturaleza de la falta cometida lo exija o lo requiera la reincidencia o ejemplaridad del caso» también se tomará en cuenta a la Autoridad Gubernativa.

Igualmente, en la Ley de Relaciones Laborales del año 1976¹⁸⁹ se realizan ciertas referencias en consonancia con el sistema de faltas y sanciones. Como breves referencias a esta regulación pueden mencionarse las siguientes:

- a) Se admite el hecho de que los trabajadores puedan ser sancionados por parte de la Dirección de la empresa, pero

¹⁸⁷ Con FERNANDEZ LOPEZ debe hacerse hincapié en que «la lectura de los sucesivos proyectos de LCT muestra que existen auténticas dificultades para encajar la institución del poder disciplinario dentro de las categorías jurídicas imperantes en el momento en que se elaboraron. Por citar solo algunas de las dificultades más evidentes pueden mencionarse las siguientes: resulta problemático, por ejemplo, captar la trascendencia organizativa, colectiva, del poder disciplinario, y adaptarla sin traumas a una concepción del contrato de trabajo autonomista, en la que tiene mala cabida la organización y sus exigencias; también lo es perfilarlo y diferenciarlo de las instituciones conectadas con el sistema de responsabilidad civil común, con las que frecuentemente viene entremezclado y que le sirven a veces de cobertura teórica; resulta difícil también hallar un punto intermedio en el que, sin negar la existencia de mecanismos que aseguren el buen orden en la empresa, estos se ajusten con la defensa de ciertos derechos mínimos del trabajador sometido a ellos; por último, en este elenco de dificultades, no es la menor admitir sin más la existencia de un poder jurídicamente consagrado en el seno de un contrato – con la carga igualitaria que acompaña esta noción – y en un sistema que, eliminada la auto tutela, defiere al Estado la tutela coactiva de los intereses particulares» (FERNANDEZ LOPEZ, M.F. *Op. Cit.* pp. 72-73).

¹⁸⁸ Decreto de 26 de enero de 1944 en el que se aprueba el Texto Refundido del Libro I de la Ley de Contrato de trabajo. BOE de 24 de febrero de 1944. núm. 55.

¹⁸⁹ BOE de 21 de abril de 1976. núm. 96.

siempre atendiendo a la graduación de faltas y sanciones que hayan sido establecidas con carácter general en las disposiciones legales correspondientes.

b) La valoración que se haga de dichas faltas y de las correspondientes sanciones impuestas podrán ser, siempre, revisadas por la Magistratura de Trabajo. En caso de que se trate de una falta de carácter grave, para poder aplicar la sanción correspondiente es necesario hacer llegar al trabajador una comunicación escrita y motivada. Mientras que en el caso de las sanciones de carácter muy grave se exigirá la tramitación de un expediente o procedimiento en el que se dé la palabra al propio trabajador.

c) Al mismo tiempo se prohíbe la imposición de cualquier tipo de sanción que suponga la reducción del tiempo de descanso del trabajador, incluyendo los periodos vacacionales.

En cualquier caso, y a pesar del establecimiento de algunos cambios en los que a terminología se refiere, la Ley de Contratos de 1944 tampoco perfila, de forma clara, el régimen o sistema del poder disciplinario.

En lo que a la legislación actual se refiere, si lo que se pretende es buscar el fundamento a través de la normativa vigente, en primer lugar, es necesario acudir a la propia Constitución, ya que la misma se erige como el texto normativo por excelencia.

Si bien, como ya ha sido mencionado con carácter previo, y ante la convicción de que dicho texto sea esclarecedor o al menos sirva como base principal en cuanto a la naturaleza y aplicación del poder directivo, se produce el desconcierto de que en el mismo no se recoge de manera específica el derecho a imponer sanciones en el ámbito de la organización empresarial.

No obstante, y a pesar de que ningún artículo menciona tal extremo directamente, sí que puede establecerse una vinculación con la regulación

recogida en el artículo 38 del mismo texto constitucional, que reconoce el derecho a la libertad de empresa.

El derecho a la libertad de empresa puede entenderse como «aquella libertad que se reconoce a los ciudadanos para afectar o destinar bienes y servicios conforme a las pautas y modelos de organización típicas del mundo económico contemporáneo con vistas a la obtención de un beneficio o ganancia»¹⁹⁰.

De ahí que se entienda el siguiente hecho: para que el empresario constituya una organización de carácter empresarial con el fin u objetivo de obtener beneficios, no solo necesitará de un patrimonio económico, sino que además deberá forjar un sistema de organización para la puesta en funcionamiento y buena marcha de la actividad, porque lo que parece necesario, y lógico, el hecho de que su figura quede amparada mediante la concesión de ese poder de dirección además del propio poder disciplinario, que se entiende como imprescindible para el ejercicio del primero¹⁹¹.

En cualquier caso, y dado que ya ha sido comentado de forma breve al iniciar este apartado, no va a resultar necesario entrar a conocer de nuevo de la relación mantenida entre el poder de dirección y el poder disciplinario, así como la base del ejercicio de estos poderes: el contrato de trabajo y, a mayor abundamiento, la nota característica de la subordinación.

En otro orden de cosas, el precepto que si merece la pena ser destacado, e incluso ser objeto de un breve análisis, es el artículo 58 del TRLET.

¹⁹⁰ BASSOLS COMA, M. *Constitución y sistema económico*. Madrid: Editorial Tecnos, 1985, p. 137.

¹⁹¹ De la misma forma lo entiende el autor DURAN LOPEZ que recuerda como «la aparición de la fábrica donde se concentraban o, en muchas ocasiones, se agolpaban grandes masas de trabajadores, obligo a articular un tipo de responsabilidad desconocida por los parámetros civilistas, e idónea para el contrato de trabajo que se esbozaba ya como figura distinta de la del contrato civil» (DURAN LOPEZ, F. *Las garantías del cumplimiento de la prestación laboral*. En *RPS*, 1979, núm. 123, p. 9).

En el Capítulo IV del texto previamente citado, se inserta el artículo 58 que reza lo siguiente: «Los trabajadores podrán ser sancionados por la dirección de las empresas en virtud de incumplimientos laborales, de acuerdo con la graduación de faltas y sanciones que se establezcan en las disposiciones legales o en el convenio colectivo que sea aplicable».

Puede entenderse, por tanto, este artículo como la base del poder de disciplina dentro del marco del TRLET. Si bien, en este caso, y atendiendo a la literalidad de la norma, tampoco se reconoce a favor del empresario un derecho que le asista a imponer sanciones sobre sus trabajadores, esto es, no se le reconoce, al menos no de forma totalmente explícita, el poder de impartir disciplina.

El artículo habla de «dirección de empresas» término este en el que parece recaer el poder sancionador, lo que a su vez deja entrever el hecho de que la justificación de este poder directivo y sancionador no es otro que la existencia de un marco de organización de trabajo que se constituye dentro de la empresa.

4.1.1.- El principio de legalidad

Efectivamente, como se ha subrayado en el apartado anterior, el artículo 58 del TRLET resulta moderado en sus palabras por lo que a la hora de hablar del establecimiento de las sanciones no hace sino recordar que la sanción que corresponda dependerá de la graduación que de la misma se haya hecho en las disposiciones legales o en los convenios colectivos que correspondan en su caso.

Por tanto, y aunque habitualmente se venga hablando de principio de legalidad, parece que resulta suficiente con que el empresario elija la sanción que considere más adecuada dentro de las sanciones posibles que se hayan descrito en función de la gravedad de la falta cometida.

Ciertamente, el principio de legalidad no se aplica de la misma manera en ámbito de las relaciones laborales y en otras áreas del Derecho como puede ser por ejemplo el Derecho Penal o el Administrativo, ya que en el mundo de las relaciones laborales el principio de legalidad se entiende aplicado con la tipificación de las faltas y las sanciones correspondientes¹⁹².

En referencia a esta última cuestión, es de sobra conocido el hecho de que de forma general la clasificación de las faltas suele tratarse de una materia que se recoge en los diversos convenios colectivos, que suelen establecer una especie de prelación entre las faltas leves, graves y muy graves, instaurando una serie de sanciones dependiendo del grado del incumplimiento.

La premisa de la tipificación tanto de las faltas como de las sanciones, que ya había sido contemplada en la propia Ley de Contrato de Trabajo del año 1944, que incidía en la importancia no solo de la previa tipificación de las faltas, sino también de las sanciones, aunque realmente fue la Ley de Relaciones Laborales del año 1976 la que reivindicó la tipificación graduada.

Factor este último que parece a todas luces congruente ya que se trataría de poner en relación el tipo de falta o incumplimiento cometido con la sanción que se impondrá como pena, ello en función de la gravedad o nivel del incumplimiento.

Por ello, resulta sensato pensar en una tipificación, tanto de faltas como de sanciones, estableciendo entre ellas una relación de cierta jerarquía: imposición de las sanciones más leves a los incumplimientos menos severos e imposición de las sanciones más gravosas para los incumplimientos más severos.

¹⁹² Real Decreto Legislativo 5/2000 de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre las Infracciones y Sanciones en el Orden Social. BOE de 8 de agosto de 2000. núm. 189.

Como rasgos generales puede decirse que en dicha normativa, a través de su artículo primero, se proporciona la definición de lo que debe entenderse por infracción, para de forma posterior, en su artículo segundo, entrar a conocer de los sujetos responsables. Menciona dicha normativa una clasificación de las infracciones estableciendo como categorías las faltas leves, graves y muy graves. Finalmente en el capítulo VIII se hace referencia al proceso sancionador.

El principal problema que se plantea, de forma general, en torno a esta cuestión, no suele ser el establecimiento de diversos grados tanto de faltas como de sanciones, sino cuales han sido los criterios empleados para establecer dicha clasificación.

Esto es, ¿en base a qué valoración se establece que una falta es leve o grave? ¿Cuándo una falta deja de ser grave para ser muy grave?

Puede apreciarse el hecho de que como norma general suelen utilizarse nociones más bien genéricas, extremo este que en cualquier caso no resulta extraño, ya que se trata de una materia ciertamente compleja y que abarca mucha casuística¹⁹³.

La exigencia de una pormenorizada descripción de las infracciones y las sanciones es algo que habitualmente no se contempla con el mismo detalle en el ámbito de los convenios colectivos. Los mismos se limitan en la mayoría de los casos, a realizar una lista de cuáles son las infracciones, que tipificación se hace de las mismas y se incluyen las posibles sanciones a aplicar.

Esto es, la tónica general suele consistir en la descripción de una serie de faltas, acciones, comportamientos u omisiones, pero sin entrar a conocer excesivamente los detalles.

En cierto sentido, esta especie de «libertad», debido a lo anteriormente mencionado, puede interpretarse como una falta de seguridad respecto de los trabajadores desde el punto de vista de que en el momento de ponderar la

¹⁹³ En cuanto a este tema se ha querido pronunciar TERRADILLOS ORMAETXEA cuando menciona que «en el sentir de la doctrina, y por comenzar con el cuadro de faltas, aunque los convenios colectivos ocasionalmente intenten aclarar cuál ha sido el criterio clasificatorio por ellos utilizado, en realidad, suele tratarse de nociones necesariamente amplias, en ocasiones ambiguas e indeterminadas, cualidades propiciadas por la inevitable casuística que caracteriza a esta materia. A similar conclusión puede llegarse de observar las claves que los convenios colectivos aportan para que el empresario realice la adecuada subsunción, no sólo del hecho en la falta sino también en la sanción. Se constata así que el principio de legalidad materia o tipicidad, tal y cual es formulado por la doctrina penalista - “es necesario que los presupuestos de la sanción o pena estén perfectamente delimitados a través de una tipificación delimitada y precisa” - también es adaptado a la naturaleza del poder disciplinario y a las circunstancias que lo rodean, sin que podamos resistirnos a añadir que, asimismo, en el Código Penal los delitos se tipifican en vista del resultado producido» (TERRADILLOS ORMAETXEA, E. *Op. Cit.* p. 34).

infracción entra en juego la discrecionalidad del propio empresario, en el sentido de que será el mismo el que valorará la situación concreta.

Y si bien esta cuestión resulta cierta, ya que será el mismo el que valore los posibles atenuantes o agravantes que puedan darse en consonancia con la situación, no resulta menos cierto el hecho de que la ausencia de una muy específica descripción de las faltas no implica la total discrecionalidad del empresario.

No en vano, y como se ha mencionado en las líneas precedentes, se realiza una tipificación y graduación de las infracciones, y se establece una correlación respecto de las sanciones que deben aplicarse en función de la mayor o menor gravedad de los hechos, aspecto este al que debe quedar sujeto el empresario, garantizando un ámbito de seguridad para los trabajadores frente a posibles abusos.

4.1.2.- El principio de proporcionalidad

En las líneas precedentes se ha mencionado, de forma reiterada, la correlación entre el grado de la infracción cometida y el de la sanción impuesta. Pues bien, en las líneas posteriores lo que va a tratar de exponerse es cuales son los parámetros que deben cumplir dichas sanciones para que en verdad satisfagan el objetivo propuesto. Esto es, si se trata de medidas idóneas respecto del fin perseguido¹⁹⁴.

Respecto de la sanción disciplinaria, la misma se entiende como una forma o herramienta del empresario para mantener un orden dentro de la empresa, pero lo que habrá de analizarse es el impacto que esta sanción

¹⁹⁴ En referencia a la idoneidad, GONZALEZ-CUELLAR SERRANO entiende que dicho concepto «haría referencia a la causalidad de las medidas en relación con sus fines y exigiría que las injerencias faciliten la obtención del éxito perseguido en virtud de su adecuación cualitativa, cuantitativa y de su ámbito subjetivo de aplicación» (GONZALEZ-CUELLAR SERRANO, N. *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*. Madrid: Editorial Colex, 1990, p. 154).

supone respecto de la persona del trabajador y ver si esa repercusión resulta adecuada respecto de la infracción cometida.

En primer lugar, es necesario traer a colación la premisa de que de forma habitual suele ser en los propios convenios colectivos en los que se recogen las faltas y sanciones de forma graduada, por lo que habrá de estarse a ello¹⁹⁵.

No podrán establecerse las sanciones con discrecionalidad sino en proporción a lo establecido, para que de ese modo el poder del empresario se vea en cierto modo limitado y no se produzcan abusos como por ejemplo el establecimiento de una sanción desorbitada cuando se está ante una falta de carácter leve.

4.2.- Aproximación del conflicto derivado por el uso de las Nuevas Tecnologías de la Información y de la Comunicación como medio del poder de dirección y control empresarial

4.2.1.- Origen del conflicto

¹⁹⁵ En este sentido, y a modo de ejemplo, puede mencionarse el caso del III Convenio de Repsol YPF S.A. que en su artículo 47 recoge el régimen de infracciones y sanciones, estableciendo una clasificación entre las faltas de carácter leve, grave y muy grave, instaurando de forma clara que se entiende por cada uno de estos conceptos y que supuestos abarcan. (BOE de 12 de agosto de 2009. núm. 194).

De forma similar se pronuncia el II Convenio Colectivo de Iberdrola Inmobiliaria SAU que en su artículo 36 hace mención a las faltas cometidas, la gravedad de las mismas y el régimen de sanciones. En este caso concreto, además, se toman en consideración algunos criterios añadidos como por ejemplo el mayor o menor grado de responsabilidad que ostenta en la empresa la persona que ha cometido la infracción, el grupo profesional al que pertenece y la repercusión que dicha falta haya tenido tanto en la empresa como en los propios trabajadores. (BOE de 21 de marzo de 2011. núm. 68).

Sirva también como ejemplo lo establecido por el Convenio Colectivo Cableuropa, SAU y Tenaria S.A. (Grupo Ono) que a lo largo de 4 artículos va desgranando el sistema de faltas y sanciones. El artículo 93 establece el régimen de faltas, los artículos 94 y 95 concretan la calificación y graduación de las mismas y, por último, el artículo 96 establece el régimen de sanciones previsto. (BOE de 3 de abril de 2010. núm. 81).

Teniendo en consideración todo lo previamente mencionado, no parece que quepa duda alguna sobre las numerosas transformaciones que se han producido en torno al ejercicio del poder de dirección del empresario y de forma especial las que se han dado a consecuencia de la introducción de las nuevas tecnologías de la información y comunicación en la empresa, ya que este hecho ha supuesto al mismo tiempo una profunda revisión de la formas de gestión y organización de la empresa¹⁹⁶.

El poder de dirección que ostenta el empresario ha ido renovándose y las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación han supuesto que a pesar de una mayor descentralización y deslocalización, espacial y geográfica, el empresario pueda continuar supervisando las actividades laborales quizás incluso de forma más intensiva e imperceptible que antaño.

En un principio, podría parecer que el camino que están siguiendo las empresas es el de otorgar un mayor margen de autonomía a sus trabajadores, esto es, un grado de libertad para que puedan llevar a cabo las actividades laborales correspondientes en la forma, tiempo y lugar que consideren más oportunos.

El habitual uso de los ordenadores, teléfonos móviles y demás herramientas tecnológicas ha supuesto que el trabajador, en ciertos aspectos, cuente con una mayor libertad de movimiento, ya que al poder encontrarse permanentemente conectado con la empresa puede realizar funciones para la misma en cualquier momento y lugar.

¹⁹⁶ A este respecto recuerda GALA DURÁN que «uno de los temas que más se está debatiendo en los últimos tiempos en el ámbito laboral se centra en identificar los efectos que puede tener la incorporación y desarrollo- a un ritmo muy rápido- de las nuevas tecnologías de la información y comunicación en las empresas: surgiendo múltiples interrogantes- muchos de ellos con una dimensión constitucional-, ligados a temas como el posible uso privado o personal por parte de los trabajadores de elementos como internet o el correo electrónico, el uso que de tales medios pueden hacerse, en su caso, los representantes de los trabajadores (ya sean representantes unitarios o sindicales), el control que pueden ejercer las empresas sobre el uso que hacen los trabajadores o sus representantes de internet o del correo electrónico en la empresa, las vías de sanción a aplicar en el supuesto de que se dé un uso abusivo o ilícito, el coste empresarial que pueden suponer el uso de estas tecnologías, la posible vulneración de derechos fundamentales (derecho a la intimidad, secreto de las comunicaciones, libertad sindical), etc» (GALA DURÁN, C. La regulación del uso de las nuevas tecnologías en las empresas: situación actual y posibles recomendaciones. En AA.VV. *Derecho y Nuevas Tecnologías*, Bilbao: Universidad de Deusto, 2011. p.1).

Pero esa aparente libertad supone al mismo tiempo un camino de doble sentido, ya que esas mismas herramientas que otorgan esa evidente independencia son al mismo tiempo instrumentos útiles para el ejercicio del poder de dirección del empresario ya que a través de los mismos se puede conocer, e incluso almacenar, todos aquellos movimientos llevados a cabo por el trabajador con una precisión desconocida hasta el momento¹⁹⁷.

No cabe por tanto entender que la subordinación, una de las características por excelencia de las relaciones laborales por cuenta ajena, este diluyéndose a favor de una mayor autonomía, sino que simplemente está sufriendo una redefinición en base al uso de las nuevas tecnologías de la información y comunicación.

Resulta evidente que se ha producido un cambio cualitativo sustancial respecto del ejercicio del control a través de los medios tradicionales y el control realizado a través de las nuevas herramientas informáticas.

Instrumentos estos que en cierta medida han hecho que la separación entre la esfera privada y la esfera profesional del trabajador no encuentre límites claros, ya que ambos espacios se superponen de manera cada vez más habitual¹⁹⁸.

¹⁹⁷ En este contexto se sitúan las palabras de PUJOLAR que considera que «las nuevas formas de dirección y la introducción de las NTIC suponen inevitablemente un retroceso al taylorismo en el mundo del trabajo, un aumento creciente del carácter intelectual del trabajo, una desfiguración de la autonomía en el trabajo. A pesar de la aplicación de estos medios en la organización interna de la empresa o la introducción de las NTIC en la empresa, debemos constatar el mantenimiento del control y de la vigilancia de los trabajadores. Por otra parte, este mantenimiento ni sorprende ni puede ser criticado: ello demuestra la esencia misma del trabajo asalariado. Como mucho, se puede constatar que la obligación contractual de actividad que caracterizó el contrato de trabajo se ha transformado en una obligación de resultado, incorporándose, por ejemplo, cada vez con mayor frecuencia determinados sistemas de control del absentismo o de los retrasos en el trabajo» (PUJOLAR, O. *Op. Cit.* p. 6).

¹⁹⁸ En referencia a esta cuestión se pronuncia MARTINEZ FONS cuando explica que «tradicionalmente las innovaciones en el ejercicio del poder empresarial de control que derivan de la introducción de la informática en los procesos productivos se han identificado en la mayor extensión del mismo, tanto desde el punto de vista cualitativo como cuantitativo. El poder de control entra en abierto conflicto con aquellos que la doctrina italiana vino a llamar licencias de comportamiento y que podríamos identificar en una especie de intimidad productiva que pretende evitar el carácter odioso del control que conduce alienación del hombre por la sujeción a la máquina. A ello se añade la participación directa del trabajador en la actividad de control, participación que deriva de la integración del mismo en el propio contenido de la prestación de trabajo» (MARTINEZ FONS, D. *Op. Cit.* pp. 2-3).

Efectivamente, las herramientas informáticas cumplen una doble función: son instrumentos para llevar a cabo la prestación laboral, pero al mismo tiempo se convierten en los instrumentos idóneos para que el empresario ejerza su poder de control. Por lo que el poder de control no solo se transforma, al menos en la forma de ejercerlo, sino que se intensifica.

Y es que no son pocas las posibilidades de control que ofrecen las nuevas tecnologías de la información y comunicación. Diversas formas en función de cuál sea el objetivo perseguido por el empresario, esto es, ¿qué es lo que se pretende controlar: el tiempo de trabajo, el uso de los medios de la empresa para fines personales...?

Este hecho hace que se abra un amplísimo abanico de posibilidades para que el empresario ejerza su poder de control mediante técnicas en continua renovación, técnicas que son cada vez más precisas, motivo por el cual surge la duda del alcance de las mismas.

Claro está que el empresario puede tomar todas aquellas medidas que considere más oportunas para verificar que los trabajadores que se hallan prestando sus servicios a favor de la organización empresarial están cumpliendo con sus obligaciones en la forma debida. Pero ello no significa que cualquier medida que tome el empresario pueda considerarse lícita a tales efectos.

Y es que, se trata de una premisa de sobra conocida el hecho de que los trabajadores se inserten en la esfera rectora y organicista del empresario no supone la pérdida o disolución de los derechos que le asisten como persona¹⁹⁹.

Resulta visible que en cierto sentido estos derechos se ven modulados a favor de un contexto ciertamente particular como es el de la relación laboral,

¹⁹⁹ En este mismo sentido se expresa la jurisprudencia, ya que en referencia a esta cuestión viene manteniendo una doctrina que viene a señalar que «debe tenerse en cuenta que el poder de dirección del empresario, imprescindible para la buena marcha de la organización productiva y reconocido expresamente en el art. 20 LET atribuye al empresario, entre otras facultades, la de adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento del trabajador de sus obligaciones laborales (art. 20.3 LET) . Mas esa facultad ha de producirse en todo caso, como es lógico, dentro del debido respeto a la dignidad del trabajador, como expresamente nos lo recuerda la normativa laboral [arts. 4.º 2 e) y 20.3 LET]» Por todas, STC de 14 de septiembre de 2000. núm. de rec. 2155.

pero el hecho de que se den ciertas flexibilidades no quiere decir que esos derechos queden anulados²⁰⁰.

Por ello, el empresario siempre podrá establecer las medidas que estime oportunas para el ejercicio de su poder de control, pero siempre respetando los derechos que asisten a los trabajadores²⁰¹.

Siendo así, parece lógico realizar un breve paréntesis para hacer referencia a esta cuestión, esto es, el poder de control y los derechos de los trabajadores.

4.2.2.- Poder de control y derechos individuales

El ejercicio del poder de control puede orientarse de dos maneras:

a) Mediante la implantación de una serie de límites jurídicos de carácter genérico para de alguna forma restringir ciertos comportamientos por parte del empresario.

b) O bien, se pueden establecer una serie de instrucciones para fijar la forma en que debe ejercerse dicho poder.

²⁰⁰ En referencia a esta cuestión recuerdan algunos autores que « lo primero que cabe destacar es que el encaje entre los derechos ciudadanos fundamentales recogidos en la constitución y las facultades de control empresarial es siempre una cuestión complicada que genera infinidad de problemas en el ámbito de las relaciones laborales, hasta el punto en que no caben reglas fijas, habida cuenta de la parquedad normativa con que hemos de jugar en este ámbito. Por tanto, han de ser los órganos jurisdiccionales, caso por caso» (AA.VV. Nuevas Tecnologías, facultades de control empresarial y derechos ciudadanos. En AA.VV. *Derecho y Nuevas Tecnologías*, Bilbao: Universidad de Deusto, 2011. p. 1).

²⁰¹ En cuanto a esta cuestión deben tomarse en cuenta las consideraciones realizadas por la autora ROMAN, que entiende que «a la relación de trabajo llevan empresario y trabajador derechos que no provienen del contenido fijado por la legislación laboral para aquella, pero cuya virtualidad en dicha relación no ofrece duda alguna. Por tanto, es incuestionable que el criterio primero, que después habrá de proyectar sobre todos los problemas que se planteen, es el de que los derechos fundamentales del trabajador han de encontrar su ámbito de ejercicio y respeto en la relación de trabajo y, lo que es más importante por lo que a nuestro tema se refiere, esos derechos, integrados en el modelo laboral del que se parte, limitan el ejercicio de los poderes empresariales y la propia concepción intrínseca de éstos, al no poder ser concebidos de una forma absoluta, independientemente del juego de límites recíprocos que tendrán entre sí tales derechos» (ROMAN, M.D. *Poder de dirección y contrato de trabajo*. Valladolid: Editorial Grapheus, 1992, pp. 301-302).

En definitiva, lo que se pretende tomando cualquiera de las vías establecidas es modular el poder de control en base a los derechos individuales de las partes implicadas ofreciendo una serie de garantías frente a los trabajadores.

De todas formas, el optar por la vía de prohibir ciertas formas de control puede llegar a resultar contraproducente. No debe olvidarse la coyuntura que rodea las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación, ya que el significativo avance de las mismas pone en evidencia la imposibilidad de una respuesta jurídica en el mismo espacio de tiempo.

Son herramientas que han ido creciendo y desarrollándose de una forma especialmente dinámica por lo que ciertamente resulta extremadamente complicado que el ámbito jurídico pueda desenvolverse en la misma forma. Por ello, el hecho de prohibir una cierta forma de control puede suponer que en un breve espacio de tiempo surjan nuevas modalidades, por lo que la norma anterior quedaría en desuso rápidamente.

Además, es de sobra conocido que la limitación de ciertas formas de control no haría más que incentivar la creación de nuevas vías de escape, por lo que finalmente lo que podría suceder es que se produjese la situación contraria, esto es, que en lugar de establecer una cierta seguridad jurídica en base a la normativa sobre las formas del poder de control se crease un espacio de mayor desorden²⁰².

²⁰² A este respecto se pronuncia MARTINEZ FONS cuando menciona que «la interdicción o restricción de ciertas formas de control ofrece una garantía cierta de la posición del trabajador frente a los métodos de control que el legislador pueda en cada momento considerar excesivamente onerosos. Con todo, frente a la indudable ventaja que representa la integración del conflicto en casos concretos, la interdicción de determinados métodos o formas de control presenta también importantes inconvenientes. En primer lugar, la reglamentación del ejercicio del control basada en la prohibición de ciertos medios- al modo italiano- corre el riesgo de la rápida obsolescencia de la norma ante el proceso de continua renovación tecnológica y organizativa en las empresas. En segundo término, el uso de formulas más o menos genéricas de limitación del uso de determinadas formas de control, conduce, a medio y largo plazo, a vías de escape que terminase por cuestionar la eficacia de la propia norma. En definitiva, si bien el control inicialmente presentaría un perfil menos intrusivo, terminaría dando lugar a formulas de control, más genéricas y difusas, cuyos efectos no serían distintos a los que pudieran evitarse con aquellas limitación. Todo ello conduce a pensar que la intervención reguladora que discipline las facultades de control empresarial sobre la exclusión legal de ciertos modos de control no es la mejor de las soluciones posibles» (MARTINEZ FONS, D. El poder de control

En el caso de la legislación española se ha optado por el modelo de la restricción del poder empresarial a partir de limitaciones genéricas. Y es que no puede dejar de mencionarse el hecho de que el papel que cumplen los derechos fundamentales respecto del poder de dirección no solo abarca la aprobación de una u otra serie de medidas, sino que alcanza también el espacio de la aplicación de dichas medidas.

Sea como sea, el poder de control, y su ejercicio dentro del ámbito organizativo, parece erigirse como una de las herramientas más proclives para que, ya sea de forma consciente y deliberada o de modo inconsciente, se lesionen los derechos fundamentales cuando los mismos deben, al menos teóricamente, suponer un límite al poder de dirección y no al contrario²⁰³.

La cuestión debería fundamentarse en el encuentro de un equilibrio. Pero para tratar de llegar a una conclusión en torno a este problema es necesario dilucidar el punto de partida, esto es, si se trata de un problema que debe resolverse por la vía estrictamente contractual o se trata de una cuestión que va más allá.

En una primera aproximación puede entenderse que el trabajador con la aceptación del contrato de trabajo asume un conjunto de obligaciones y derechos, un todo, que permanece inamovible ante los posibles conflictos que pueden surgir respecto de los derechos fundamentales.

Si se toma como válida esta opción se admite lo siguiente: el trabajador asume ese todo, ese conjunto de derechos y obligaciones, por lo que el poder de dirección del empresario queda amparado doblemente: en primer lugar porque así se le reconoce en el propio contrato de trabajo, y al mismo tiempo se fundamenta en los propios deberes contractuales que ha asumido el trabajador.

empresarial ejercido a través de medios audiovisuales en la relación de trabajo. A propósito de las SSTC98/, de 10 de abril y 186/2000, de 10 de julio. En *RL*, 2002, núm. 4, tomo 1, p. 3).

²⁰³ Incide ROMAN en la cuestión de que «la normativa convencional tampoco se ha ocupado de consolidar este tipo de análisis. Centrada en la defensa de derechos de corte exclusivamente profesional, no puede decirse que haya hecho de los derechos fundamentales del trabajador el límite efectivo al poder de dirección empresarial ni a ningún otro poder, salvo repeticiones de la propia legislación, totalmente vacías de contenido concreto» (ROMAN, M.D. *Op. Cit.* p. 305).

Pero un segundo punto de vista puede entender que realmente el conflicto no se produce entre los derechos fundamentales y las obligaciones contractuales, sino que el problema de fondo se produce realmente, y de forma directa, entre los derechos fundamentales y el poder de dirección²⁰⁴.

En primer lugar es necesario destacar que más allá del propio vínculo contractual cuando el empresario y el trabajador deciden hacer efectivo el contrato de trabajo ambos ya son titulares de una serie de derechos y obligaciones que les son inherentes al margen de la propia relación laboral.

Se trata de una serie de derechos que no quedan al margen de la relación contractual, esto es, cuando la persona pasa a ostentar el cargo de empresario o trabajador no supone una renuncia a los derechos que le son inherentes, derechos a los que no cabe renunciar, ya sea de forma voluntaria u obligada.

El empresario «aporta» la titularidad del derecho que se le concede a través del artículo 38 del texto constitucional referente a la libertad de empresa. Derecho este que se manifiesta en el contrato de trabajo a través de una serie de diversas prerrogativas.

El trabajador también accede a la relación laboral siendo titular de una serie de derechos de reconocimiento constitucional, prerrogativas que no pierde pero que sin embargo, de forma general, no son recogidas en el propio contrato de trabajo, que acostumbra a centrarse en derechos de carácter más laboral.

²⁰⁴ En cuanto a este conflicto, entiende la autora ROMAN que «el primer punto a resolver para encontrar un equilibrio al juego de los derechos fundamentales como limite al poder directivo empresarial es la propia revisión de los términos en que el conflicto se plantea, es decir, si el problema ha de intentar resolverse desde la perspectiva contractual o va más allá de ella. Según la primera el ejercicio de los derechos fundamentales del trabajador tiene como cauce de expresión el conjunto de derechos y obligaciones asumidos por aquél en virtud de su contrato de trabajo y por tanto dicho conjunto se mantiene intacto ante cualquier posible conflicto que se provoque con un derecho fundamental. La posición empresarial por tanto queda salvaguardada por un doble camino: por el propio juego de los poderes empresariales reconocidos por el contrato y por el juego de los deberes contractuales asumidos por el trabajador, cuyo incumplimiento no se puede plantear ni siquiera bajo la invocación de un derecho fundamental. Esta es la postura asumida jurisprudencialmente, siendo frecuente la alusión a conceptos contractuales como la buena fe, las obligaciones derivadas de las condiciones de trabajo, las modificaciones de estas..., en relación a las cuales se analiza el papel que hayan de tener los derechos fundamentales» (ROMAN, M.D. *Op. Cit.* p. 319).

Es por ello que se producen dos inconvenientes respecto del ejercicio de los derechos fundamentales del trabajador:

a) En primer lugar, la ausencia de procedimientos adecuados para el desenvolvimiento de los derechos fundamentales dentro de los márgenes de las relaciones laborales.

b) En segundo lugar, el hecho de que los mencionados derechos deben ser ejercitados dentro de los márgenes de una organización empresarial que contiene una serie de características concretas, por lo que también habrá de estarse y atenerse a las mismas.

Y resulta lógico que de no darse la existencia de una serie de límites, y considerando lo anteriormente citado, sean numerosas las ocasiones en las que prevalece el parecer de las facultades empresariales.

Verdaderamente, se trata de un conflicto que va más allá del propio marco de las relaciones laborales²⁰⁵.

Efectivamente, que cabe preguntarse si estos derechos fundamentales poseen eficacia entre privados.

Cuestión sobre la que no cabe duda alguna, más aun si se tiene en cuenta el artículo 9.1 del texto constitucional. En dicho artículo se transmite el hecho de que tanto los poderes públicos como los particulares se encuentran obligados, de igual forma, a respetar los derechos fundamentales de aquellas personas con las que mantienen relaciones jurídicas, relaciones entre las cuales se incluyen las de carácter laboral.

²⁰⁵ Considera ROMAN al hablar de esta cuestión que «es evidente que el estudio de este tipo de problemas no puede abordarse desde el plano estrictamente contractual, insuficiente en principio para agotar el análisis de un conflicto que se produce en otro nivel. Un nivel en el que lo que verdaderamente colisiona es el derecho fundamental del trabajador con la libertad organizativa del empresario. Ante ello la óptica del contrato de trabajo, acumula sobre sí varios inconvenientes que avalan aquella insuficiencia, que a veces puede transformarse en clara distorsión del análisis» (ROMAN, M.D. *Op. Cit.* p. 321).

En síntesis, y sin ánimo de alargar innecesariamente esta cuestión, puede decirse que el conflicto dado entre los derechos fundamentales de los trabajadores y la libertad de empresa solo puede encauzarse realizando una equilibrada ponderación de ambos derechos teniendo en cuenta dos principios: la restrictiva interpretación que debe hacerse de las limitaciones de los derechos fundamentales y la modulación que de los mismos se produce al formar parte de una organización con unas características concretas.

Una modulación que si bien en el marco teórico puede resultar fácil de ser considerada y establecida no lo es tanto cuando se traslada a un marco más práctico.

Y es que son muchas las posibilidades que tiene el empresario para poder ejercer sus poderes de dirección y control, y muchas las herramientas e instrumentos que se hallan a su disposición. Medios estos que cada vez resultan más sofisticados e intrusivos, por lo que suele resultar difícil la consecución de un equilibrio.

Por ello, en las siguientes líneas se va a tratar el tema de las diversas formas de control mediante el uso de las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación.

4.3.- Nuevas formas de control mediante el uso de las Nuevas Tecnologías de la Comunicación e Información: El control de la actividad laboral mediante el uso de mecanismos audiovisuales

A lo largo de todos los anteriores capítulos se ha puesto de manifiesto la importante repercusión que han tenido las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación en todos los ámbitos, y de forma especial en el Derecho del Trabajo.

Las relaciones laborales se han visto alteradas por esta incursión de las nuevas tecnologías y, como no podía ser de otra manera, lo mismo ha

ocurrido en el caso del poder de control del empresario, que ha visto como se desarrollaban nuevas formas de ejercer dicha facultad haciendo uso de los nuevos alcances tecnológicos²⁰⁶.

Por esta razón, a continuación se entrará a conocer de dicha cuestión, abarcando las nuevas modalidades de control de la actividad laboral.

A pesar de que los medios audiovisuales no son el único modo para llevar a cabo el control de la actividad laboral, los mismos se han convertido en una figura clave dentro del uso de las nuevas tecnologías en las relaciones laborales²⁰⁷.

El alcance de estos medios y el grado de intromisión que supone para los derechos de los trabajadores ha supuesto que esta herramienta sea la parte más visible de un profundo conflicto entre aquellos que abogan por el uso de este tipo de instrumentos y sus detractores, esto es, aquellos que entienden que existen otras serie de herramientas para llevar a cabo el control de la actividad sin necesidad de llegar a abarcar todos los movimientos o acciones de los trabajadores²⁰⁸.

²⁰⁶ Entienden las autoras SORZANO VOLART Y NUÑEZ-CORTES CONTRERAS que «el impacto de las nuevas tecnologías no se ha traducido en una nueva legislación, específicamente laboral destinada a disciplinar las particularidades que el uso y control de herramientas laborales como los programas de gestión de correo electrónico, la revisión de los ordenadores o el uso de programas de navegación a través de internet. El ordenamiento jurídico laboral actualmente vigente no ha dado respuesta a los problemas» (SORZANO VOLART, M^a.C. y NUÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, P. Medios de control empresarial y vulneración de derechos fundamentales de los trabajadores. En AA.VV. *Derecho y Nuevas Tecnologías*, Bilbao: Universidad de Deusto, 2011. p. 8).

²⁰⁷ Menciona a este respecto DE LA IGLESIA CHAMARRO que «en las sociedades desarrolladas tecnológicamente el modelo de vigilancia es sutil y silencioso, y se ejerce, de ordinario, a través de mecanismos apenas perceptibles y carentes de elementos de coacción inmediatos. pero, al mismo tiempo, lo sutil convive con lo vasto e invasivo de los mecanismos de vigilancia, que se extienden a muchos ámbitos parciales, reduciendo cada vez más la vida exenta de control» (DE LA IGLESIA CHAMARRO, A. Las garantías de los derechos fundamentales frente a los dispositivos de videovigilancia utilizados por particulares. En AA.VV. *Derecho y Nuevas Tecnologías*, Bilbao: Universidad de Deusto, 2011. p. 2).

²⁰⁸ En referencia a esta cuestión entiende LOPEZ PARADA que «en el proceso de vigilancia a través de la captación de imágenes y/o sonidos es necesario distinguir tres elementos, cada uno de los cuales plantea su propia problemática específica. Estos vienen dados por la instalación en si misma de tales mecanismos, por la posibilidad de conservación y archivo de las imágenes y sonidos así obtenidos y, finalmente por la posibilidad de que los mismos sean transmitidos o difundidos a personas ajenas a la relación de trabajo» (LOPEZ PARADA, R. Análisis jurisprudencial acerca de la instalación por el empresario de sistemas de

Probablemente la implementación de los medios tecnológicos destinados a la captación de imágenes o sonido, como un medio de control de las actividades de los trabajadores, se ha erigido como la parte más visible de un amplio problema como es el del uso de las nuevas tecnologías como medio de control de la actividad laboral.

A pesar de la controversia creada en torno a esta concreta y específica figura, se trata de una herramienta que no ha dejado de emplearse en numerosas organizaciones empresariales, y no solo eso, sino que además ha obtenido una evolución ciertamente llamativa, ya que en un periodo de tiempo no demasiado dilatado se han producido numerosísimos avances que han permitido que tanto los instrumentos para la captación de sonido, como para la recepción de imágenes, se encuentren cada vez más perfeccionados y sofisticados.

La introducción de este tipo de sistemas en la vida diaria de las empresas se ha venido justificando por dos razones:

a) En primer lugar, un seguimiento del desarrollo de las actividades diarias permite la realización de una progresiva evaluación de los trabajadores, para de ese modo poder adaptar y mejorar la organización empresarial a las necesidades tanto de la empresa, como de los propios empresarios. Esto es lo que podría considerarse como una razón por cuestiones técnicas.

b) En segundo lugar, y siendo probablemente considerado como el argumento más ocupado para el uso de estos medios, es el de la seguridad. Al hablarse de motivos de seguridad se pretende hacer referencia a una doble cuestión: seguridad respecto de los bienes que se encuentran dentro de la empresa, y

videovigilancia en los lugares de trabajo. En *Información Laboral. Jurisprudencia*. 1999, núm. 9. p. 6).

Del mismo modo señala DE LA IGLESIA CHAMARRO que «cada vez son más las voces que alertan acerca del potencial restrictivo de los dispositivos de videovigilancia para los derechos fundamentales de los ciudadanos y, en consecuencia, de la necesidad de fijar garantías suficientes en el ordenamiento jurídico» (DE LA IGLESIA CHAMARRO, A. *Op. Cit.* p. 2).

seguridad respecto de las personas que se hallan dentro de la misma.

Efectivamente, en principio y atendiendo a los objetivos, puede entenderse como una forma eficaz de cumplir con las finalidades técnicas y de seguridad. El problema se plantea en el hecho de que se tratan de medios no selectivos en el momento de grabar los sonidos, o en el momento de la captación de imágenes, por lo que a través de los mismos pueden hacerse evidentes ciertos actos, conversaciones, gestos... que nada tienen que ver con la actividad laboral²⁰⁹.

Es por ello que el uso de los mecanismos audiovisuales puede acarrear la generación de diversos problemas respecto de los derechos que les asisten a los trabajadores, atendiendo a posibles vulneraciones de los mismos²¹⁰.

Además, hay que añadir el hecho de que la legislación actual no resulta en absoluto clara, al no existir una normativa legal que de forma específica

²⁰⁹ En referencia a este punto FERNANDEZ VILLAZON incide en el hecho de que «los sistemas de grabación de las imágenes y sonidos obtenidos permiten su visionado y/o audición en momentos posteriores, incluso muy alejados cronológicamente del momento de la grabación. De esta manera, el problema de la conciliación entre las legítimas facultades empresariales de control y los derechos fundamentales de los trabajadores se plantea aquí con mayor complejidad que en los casos de la vigilancia efectuada directamente por personas físicas» (FERNANDEZ VILLAZON, L.A. *Op. Cit.* p. 72).

²¹⁰ A este respecto se pronuncian, entre otros, THIBAUT ARANDA y FERNANDEZ VILLAZON cuando mencionan que «al margen de referencias o ficciones literarias, lo cierto es que la utilización de sistemas de grabación de imagen y/o sonido en la empresa plantea mayores problemas de conciliación con los derechos de los trabajadores que la vigilancia de tipo tradicional efectuada directamente por el empresario o las personas en que delega. De entrada, porque son más numerosos los derechos de los trabajadores que se ven afectados –a la intimidad, la propia imagen, la autodeterminación informativa e incluso la libertad sindical cuando la instalación se produce en los locales de los delegados de personal, del Comité de empresa o de las secciones sindicales o el derecho de huelga cuando se graba a los manifestantes–, pero además porque más allá de la instalación y la consiguiente captación de imágenes y/o sonidos, las grabaciones pueden conservarse y reproducirse tanto tiempo y tantas veces como se quiera e incluso transmitirse o difundirse a personas ajenas con la relación de trabajo. Y ello sin contar el clima de tensión y la sensación denigrante de control absoluto que la utilización de estos dispositivos pueden significar» (THIBAUT ARANDA, J. *Control multimedia de la actividad laboral*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2006. p. 18. A modo de consulta léase también FERNANDEZ VILLAZON, L.A. *Op. Cit.* p. 79).

regule la instalación y utilización de estos medios de captación de sonido e imágenes²¹¹.

Concretamente, la Ley Orgánica 4/1997, de 4 de agosto que regula la utilización de videocámaras por la Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en lugares públicos²¹².

Se trata de una normativa bastante completa que hace referencia, tal y como se hace constar en el propio artículo primero, a la instalación de dispositivos que permitan grabar imágenes y sonidos en lugares públicos, ya sean estos abiertos o cerrados.

No obstante, y como ya puede apreciarse a través de la propia denominación, dicha normativa se aplica de forma exclusiva a la utilización de los mencionados dispositivos por parte de las Fuerzas y los Cuerpos de Seguridad del Estado, o de las Comunidades Autónomas.

Por lo cual queda fuera del ámbito regulador de la misma las acciones de carácter meramente privado.

De todas formas, no es esta la única disposición que debe tenerse en consideración en relación con la cuestión que ocupa estas líneas, ya que es necesario traer a colación las disposiciones de la Ley de Seguridad Privada²¹³ y su reglamento, en las que se incluyen reglas que hacen referencia tanto a la instalación como al mantenimiento de sistema y dispositivos de seguridad.

Sin embargo, esta normativa no parece adecuarse demasiado al tema que aquí se está tratando, ya que no se hacen referencias a la cuestión del control de la actividad laboral, esto es, dicha normativa se centra en cuestiones de seguridad (robos, incendios...) pero no menciona el hecho de emplear

²¹¹ En palabras de FERNANDEZ VILLAZON «esa mayor complejidad y esos mayores riesgos han llevado a varios países de nuestro entorno a desarrollar una normativa específica sobre la materia con el fin de garantizar los derechos de los trabajadores» (FERNANDEZ VILLAZON, L.A. *Op. Cit.* p. 72).

²¹² BOE de 5 de agosto de 1997. núm. 186.

²¹³ BOE de 4 de agosto de 1992. núm. 186.

dichos medios para llevar a cabo un control de las obligaciones de los trabajadores, por lo que debe entenderse que no se trata de una normativa especialmente diseñada o aplicable al caso que concierne en este momento.

En cualquier caso, el hecho de que no se contemplen reglas específicas al respecto no quiere decir que se produzca un vacío normativo. A este respecto debe tenerse en cuenta el ya tantas veces mencionado artículo 20.3 del TRLET, precepto que alude al poder de control que asiste al empresario como mecanismo indispensable para el buen funcionamiento y el mantenimiento de un cierto orden dentro de la organización empresarial.

En el mismo se hace expresa referencia a que el empresario puede tomar todas aquellas medidas de vigilancia y control que estime oportunas para verificar que se da por parte del trabajador el cumplimiento de sus obligaciones, por tanto, puede entenderse que los medios audiovisuales caben dentro de ese abanico de posibilidades²¹⁴.

Se trata de un precepto este que deja abierta la puerta a la discreción del empresario, en el sentido de que le concede un amplísimo margen para tomar todas aquellas medidas que considere oportunas sin establecer ninguna prohibición expresa al respecto.

De todas formas, el hecho de que no exista en el ordenamiento jurídico español una prohibición expresa al uso de este tipo de medios y que se conceda un amplio margen de libertad al empresario para la elección de la forma de control no quiere decir que cualquier medida tomada al respecto vaya

²¹⁴ FERNANDEZ VILLAZON se manifiesta entendiendo que «el establecimiento de dispositivos de captación de imagen y sonido para el control de la actividad de los trabajadores no se encuentra regulada en nuestro país de forma específica y concreta. Debemos apresurarnos a decir que ello no significa, naturalmente, que pueda efectuarse dicha labor sin sujeción a límite alguno. Los principios generales de nuestra Constitución, la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (BOE 14 de mayo) y el artículo 20.3 del Estatuto de los Trabajadores permiten establecer, al menos, ciertos principios y reglas de carácter básico. El problema está en que el carácter genérico y ambiguo de tales normas permite diversas interpretaciones, a veces totalmente opuestas entre sí, como demuestran las discrepancias que han surgido en la doctrina en torno a su contenido concreto» (FERNANDEZ VILLAZON, L.A. *Op. Cit.* p. 75).

a ser considerada como válida, y tampoco va a justificarse la instalación de medios audiovisuales en cualquier lugar o con cualquier pretexto²¹⁵.

Probablemente, la cuestión no debe centrarse tanto en el «cómo» se realiza el control de la actividad laboral sino en el «por qué», y sobre todo determinar hasta donde puede ejercitarse esa vigilancia empresarial.

Efectivamente, existe una cuestión que resulta fundamental aclarar y determinar, se trata de la cuestión del equilibrio, de cómo lograr una efectiva ponderación entre los derechos de los trabajadores y la facultad del empresario para ejercer las prerrogativas que le corresponden. Es necesaria la consecución de una serie de límites claros: hasta dónde puede llegar la modulación de los derechos que asisten a los trabajadores, hasta donde puede llegar el poder de control del empresario, ¿Dónde se encuentra el límite de unos y otros?

Uno de los mayores problemas a los que es necesario enfrentarse es el hecho de que durante un periodo de tiempo más bien amplio se ha producido una cierta permisividad por parte de los Tribunales.

No han sido pocas las resoluciones que basándose en la conveniencia de la empresa han aceptado la implantación de cámaras o micrófonos²¹⁶.

²¹⁵ En cuanto a esta cuestión entiende THIBAUT ARANDA, siguiendo las palabras de VALDES DAL - RE, que «la mera utilidad o conveniencia para la empresa no legitima sin más la instalación de medios audiovisuales de control y vigilancia en el trabajo, y es que la intensidad, cuantitativa y cualitativa, de estos sistemas no puede equipararse a la que resultaría de los medios de control tradicional. El límite está una vez más en el respeto a la dignidad del trabajador y más específicamente a sus derechos fundamentales» (THIBAUT ARANDA, J. *Op. Cit.* p. 19).

El propio VALDES DAL - RE ha querido manifestar que: «el régimen de libertades, derechos y principios constitucionales lleva ineluctablemente asociado un sistema de límites a los poderes empresariales, de entre los cuales la primacía indiscutible la ocupan los derechos fundamentales. En un ordenamiento pluralista, al estilo del nuestro, los derechos fundamentales se erigen en límites infranqueables que al empresario no le es dable desconocer en el uso de su poder de dirección» (VALDES DAL-RE, F. *Poderes del empresario y derechos de la persona del trabajador*. En *Autoridad y democracia de la empresa*. Madrid: Editorial Trotta, 1992, p. 12).

²¹⁶ Por todas, STSJ de Asturias de 20 de julio de 2000. núm. de rec. 1613.

Se entiende que se realiza la instalación de cámaras únicamente para verificar si el trabajador está cumpliendo con sus obligaciones y si lo está haciendo en la forma debida. Por tanto, siendo este el objetivo se atiende al hecho de que no existe «nada de íntimo» en llevar a cabo la actividad laboral, por lo que no puede decirse que se está vulnerando el derecho a la intimidad del trabajador, ya que no se está dando una invasión en su esfera de vida privada.

Ha sido esta cierta tolerancia y el hecho de que no se entienda la instalación de una cámara o un audio como una intromisión a los derechos de los trabajadores lo que ha suscitado que las empresas hayan continuado haciendo uso de este tipo de dispositivos amparándose en el pretexto o disculpa que lo hacen por mero interés de la empresa, únicamente por motivos de seguridad, y que asimismo no tienen ningún interés en acceder a la esfera privada de sus trabajadores, sino que únicamente pretenden verificar el normal desarrollo de la actividad laboral.

Las sentencias que han ido dictándose en este sentido (y que serán mencionadas más adelante) en contra de lo que se pueda pensar no se limitan a aportar soluciones a los problemas concretos que se han ido fraguando a lo largo de estos últimos años, sino que van más allá y disponen de una verdadera doctrina de carácter genérico en relación a los derechos fundamentales que asisten al propio trabajador y el alcance que posee la facultad del empresario de vigilancia y control sobre la actividad laboral.

Efectivamente, y como se ha mencionado en las líneas precedentes, nadie pone en discusión el hecho de que el trabajador no pierde sus derechos fundamentales por la mera circunstancia de entrar a formar parte de una organización empresarial.

Por tanto, no puede entenderse el contrato de trabajo, ni tampoco el derecho a la libertad de empresa, como herramientas para la limitación de los derechos fundamentales.

Y así lo ha hecho constar en multitud de ocasiones el propio Tribunal Constitucional, incluso rebatiendo algunas de las tesis mencionadas por los Tribunales menores.

A este respecto y a modo ejemplificativo puede citarse lo ocurrido con la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 25 de enero de 1996²¹⁷.

El problema que se viene a plantear es el siguiente: se procedió a la instalación de una serie de micrófonos en el casino de La Toja, más concretamente en las secciones de caja y en la ruleta francesa. La empresa aduce que se produjo dicha instalación para poder solucionar cualquier problema o reclamación que pudiera darse por parte de los clientes.

Estos dispositivos venían a complementar un circuito de televisión existente previamente en el Casino y permitía la grabación de cualquier conversación no solo de los propios clientes, sino también de los trabajadores del local.

Los micrófonos habían sido instalados junto a las propias cámaras de televisión y si bien podía pasar inadvertidos no se encontraban ocultos, y tal y como se hace constar, los trabajadores habían advertido la presencia de los mismos desde el mismo momento de su instalación siendo informado previamente el propio Comité de Empresa, antes de la puesta en funcionamiento, de la existencia de tales dispositivos.

Con todo ello, el Comité de Empresa interpuso una demanda en contra de la colocación de los micrófonos, y la sentencia de instancia entendió que se había dado, por parte de la empresa, una vulneración de los derechos fundamentales de los trabajadores declarando por tanto la nulidad de la medida tomada por parte de la empresa.

Ulteriormente, el Tribunal Superior de Justicia de Galicia llega a una premisa contraria a la establecida por la sentencia de instancia.

²¹⁷ STSJ de Galicia de 25 de enero de 1996. (AS 12/1996).

Y es que entiende este Tribunal que el centro de trabajo no constituye, al menos no por definición, un lugar en el que se ejerza el derecho a la intimidad por parte de los trabajadores.

Por tanto, entiende el Tribunal que si se trata de un lugar en el que meramente se lleva a cabo una actividad profesional todas aquellas conversaciones que se mantengan entre los trabajadores y los clientes no se encuentran amparadas por el derecho a la intimidad, razón por la cual no existe inconveniente en que la propia empresa conozca los términos de dichas conversaciones.

Entiende este Tribunal que el derecho a la intimidad respecto de los trabajadores únicamente se ejerce en la esfera privada de aquéllos, y esta premisa trasladada a la esfera de la organización empresarial debe interpretarse como referida a los lugares de descanso, de esparcimiento, vestuarios, taquillas etc.

Al mismo tiempo, añade la sentencia que la instalación de los dispositivos de audio no se ha realizado de forma indiscriminada, esto es, los micrófonos únicamente han sido instalados en la caja y en la ruleta francesa, no ocupando otros lugares del local, ni mucho menos aquellos lugares en los que se entiende que los trabajadores tienen reconocido su derecho a la intimidad (lugares previamente mencionados, como son los vestuarios, lugares de descanso...).

Por tanto, y dada la disposición que se ha hecho de los micrófonos parece que queda avalada la tesis presentada por la empresa de que los dispositivos instalados no tienen otro objetivo que no sea el de evitar posibles conflictos o reclamaciones con los clientes.

Posteriormente, dicha sentencia fue recurrida ante el Tribunal Constitucional.

Dicho Tribunal comienza su alegato afirmando que la premisa fundamental en la que se basaba el Tribunal Superior de Justicia de Galicia no resulta en absoluto acertada ya que dicho Tribunal entendía reducido el

alcance del derecho a la intimidad de los trabajadores a una serie de lugares concretos, más precisamente, a aquellos en los que no se lleva a cabo ningún tipo de actividad profesional, y entendiendo por tanto, que si las grabaciones se producen en un lugar en el que corresponde cumplir con las obligaciones propias de la actividad laboral no cabe entender que se esté ejerciendo el derecho a la intimidad y por tanto, el mismo no puede ser vulnerado²¹⁸.

De cualquier forma, tampoco puede decirse que cualquier instalación de este tipo de dispositivos atenta contra los derechos de los trabajadores, ya que podrán darse casos en los que a pesar de que existan micrófonos que se encuentren grabando las conversaciones que se producen no se estaría atentando a los derechos de los trabajadores.

A este respecto entiende el Tribunal Constitucional que debe tenerse en cuenta, en un primer lugar, el emplazamiento en el que se sitúan los dispositivos, pero no solo eso, sino que además habrá de atenderse a otra serie de cuestiones tales como cuales son las motivaciones que llevan a la empresa a dicha instalación, si esos objetivos planteados se cumplen mediante los dispositivos, si existen otra serie de medios menos lesivos, si la instalación se ha producido en lugares concretos o, por el contrario, se ha hecho de forma indiscriminada...²¹⁹.

²¹⁸ Atendiendo a las palabras del propio Tribunal Constitucional «tal afirmación resulta rechazable, pues no puede descartarse que también en aquellos lugares de la empresa en los que se desarrolla a actividad puedan producirse intromisiones ilegítimas por parte del empresario en el derecho a la intimidad de los trabajadores, como podría serlo la grabación de conversaciones entre un trabajador y un cliente, o entre los propios trabajadores, en las que se aborden cuestiones ajenas a la relación laboral que se integran en lo que hemos denominado propia esfera de desenvolvimiento del individuo» (STC de 2 de diciembre de 1988. núm. de rec. 231 y STC de 17 de octubre de 1991. núm. de rec. 197).

²¹⁹ Menciona el Tribunal Constitucional que «habrá que atender no solo al lugar del centro de trabajo en que se instalan por la empresa los sistemas audiovisuales de control, sino también a otros elementos de juicio (si la instalación es visible o han sido instalados subrepticamente, la finalidad real perseguida con la instalación de tales sistemas, si existen razones de seguridad, por el tipo de actividad que se desarrolla en el centro de trabajo de que se trate, que justifique la implantación de tales medios de control, etc)» Y añade: «la instalación de tales medios en lugares de descanso o esparcimiento, vestuarios, aseos, comedores y análogos, resulta “a fortiori”, lesiva en todo caso del derecho a la intimidad de los trabajadores, sin más consideraciones, por razones obvias (amén de que puede lesionar otros derechos fundamentales, como la libertad sindical, si la instalación se produce en los locales de los delegados de personal, del Comité de empresa o de las secciones sindicales). Pero ello no significa que esa lesión no pueda producirse en aquellos lugares donde se realiza la actividad laboral, si concurre alguna de las circunstancias expuestas que permita calificar la actuación

De las anteriores reflexiones del Tribunal Constitucional debe concluirse que para determinar si la instalación de este tipo de dispositivos atenta contra los derechos de los trabajadores, y en especial contra el derecho a la intimidad, no solo es necesario atender a la localización de los mismos, sino que resulta necesaria la ponderación de otra serie de factores.

Efectivamente, son muchas las consideraciones que deben tenerse en cuenta, pero existe una institución que suele presentarse como especialmente dificultosa: el derecho a la intimidad respecto de los mecanismos audiovisuales.

Entendido que el derecho a la intimidad debe entenderse como una derivación de la dignidad de la persona, tal y como queda reconocido en el artículo 10 del texto Constitucional. Ello implica la existencia de un ámbito propio que se mantiene reservado del conocimiento de los demás, tratándose de una premisa que también abarca la propia empresa, que debe entenderse al margen de ese entorno meramente privado que solo corresponde a la persona²²⁰.

En cualquier caso, es necesario mencionar el hecho de que el derecho a la intimidad, de igual manera que ocurre con el resto de los derechos fundamentales, no es absoluto y debe tratar de conciliarse con otra serie de

empresarial como legítima intrusión en el derecho a la intimidad de los trabajadores» (STC de 10 de abril de 2000. núm. de rec. 098).

²²⁰ Ha de recordarse la reiterada doctrina del Tribunal Constitucional a este respecto que en numerosas sentencias ha manifestado que «el derecho a la intimidad, como este Tribunal ha tenido ya ocasión de advertir, en cuanto derivación de la dignidad de la persona que reconoce el artículo 10 Constitución Española implica la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de la vida humana».

Del mismo modo entiende el Tribunal Constitucional en referencia a la expresa cuestión de la dignidad que «sobre los límites impuestos por la dignidad humana al empleo de medidas de vigilancia y control, debe tenerse en cuenta, en cuanto a la cuestión que aquí interesa, que el art. 7.º de la Ley orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, en relación con el art. 2.º de la misma ley, considera intromisiones ilegítimas en el derecho a la intimidad, entre otras (sin perjuicio de los supuestos de consentimiento expreso del titular del derecho y de actuaciones autorizadas por una ley) "el emplazamiento en cualquier lugar de aparatos de escucha, de filmación, de dispositivos ópticos o de cualquier otro medio apto para grabar o reproducir la vida íntima de las personas" y "la utilización de aparatos de escucha, dispositivos ópticos, o de cualquier otro medio para el conocimiento de la vida íntima de las personas o de manifestaciones o cartas privadas no destinadas a quien haga uso de tales medios, así como su grabación, registro o reproducción» Por todas, STC de 14 de septiembre de 2000. núm. de rec. 2155.

derechos o intereses que puedan contraponerse o solaparse. Cuestión esta que ya ha sido tratada y mencionada en anteriores líneas²²¹.

Ha sido el Tribunal Constitucional el que ha tratado de resolver esta controversia y en lugar de proporcionar una primacía absoluta a los derechos fundamentales ha preferido basarse en el principio de equilibrio y de proporcionalidad, proporcionalidad esta que supone una de las claves en el uso de los medios audiovisuales²²².

En efecto, para considerar que cualquier medida de control, que suponga una restricción de derechos, es legítima ha de atenderse de forma estricta al principio de proporcionalidad.

La intimidad personal de los trabajadores no va a verse vulnerada por la mera decisión de instalar cámaras o micrófonos en los lugares de trabajo. La intimidad de los trabajadores se verá transgredida en función de las propias circunstancias de la instalación²²³.

²²¹ Igualmente es reiterada doctrina del Tribunal Constitucional que «el derecho a la intimidad no es absoluto, como no lo es ninguno de los derechos fundamentales, pudiendo ceder ante intereses constitucionalmente relevantes, siempre que el recorte que aquél haya de experimentar se revele como necesario para lograr el fin legítimo previsto, proporcionado para alcanzarlo y, en todo caso, sea respetuoso con el contenido esencial del derecho» Por todas, STC de 14 de septiembre de 2000. núm. de rec. 2155.

En este mismo sentido se pronuncian SORZANO VOLART Y NUÑEZ-CORTES CONTRERAS cuando mencionan que «es cierto que los derechos fundamentales no son absolutos y pueden verse limitados cuando entran en colisión con otros derechos fundamentales y bienes jurídicos constitucionalmente protegidos, pero también es cierto que la libertad de empresa que aduzca el empresario para justificar esa limitación, no goza de la misma protección constitucional que los derechos fundamentales» (SORZANO VOLART, M^a. C. Y NUÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, P. Medios de control empresarial y vulneración de derechos fundamentales de los trabajadores. En AA.VV. *Derecho y Nuevas Tecnologías*, Bilbao: Universidad de Deusto, 2011. p. 1).

²²² Así mismo lo entiende THIBAUT ARANDA cuando se pronuncia diciendo que «las modulaciones de ejercicio de los otros derechos fundamentales tienen que ser las indispensables y estrictamente necesarias para satisfacer el interés empresarial, mercedor de la tutela y protección, de manera que si existen otras posibilidades de satisfacer dicho interés menos agresivas y afectantes al derecho en cuestión, habrá de emplear estas últimas y no aquellas más dañinas, exigiendo en todo caso el respeto al contenido esencial del derecho fundamental» (THIBAUT ARANDA, J. Control multimedia de la actividad laboral. *Op. Cit.* p. 25).

²²³ Así, el propio Tribunal Constitucional ha entendido que en lo que a esta cuestión se refiere es necesario «atender no sólo al lugar del centro del trabajo en que se instalan por la empresa sistemas audiovisuales de control, sino también a otros elementos de juicio (si la instalación se hace o no indiscriminada y masivamente, si los sistemas son visibles o han sido instalados subrepticamente, la finalidad real perseguida con la instalación de tales sistemas, si existen

Ello significa que debe valorarse, en una primera instancia, cual es el interés que posee el empresario para la instalación de los dispositivos, esto es, si el interés que el mismo ostenta es suficiente y objetivo como para entender legítima la instalación de cámaras y/o micrófonos.

El empresario con la instalación de dichos instrumentos persigue un concreto interés pero no puede tratarse de un interés de carácter arbitrario, y por ello en aquellos casos en los que el control efectuado no alcance a todos los trabajadores o actividades, al mismo tiempo, será necesario justificar el por qué del control en esas personas o actividades específicas y no otras, o en su caso, instaurar una serie de criterios de aleatoriedad para que el control que se realiza no recaiga siempre en las idénticas personas, secciones, actividades...

En cualquier caso, el mero interés empresarial no bastará para justificar la decisión de controlar la actividad profesional mediante dispositivos audiovisuales ya que estos suponen un registro de movimientos especialmente exhaustivo, por lo que será necesario acreditar que tales medidas se han tomado para asegurar el patrimonio de la propia empresa o para verificar que los trabajadores están cumpliendo en la forma debida con las obligaciones contractuales adquiridas.

Por tanto, según cuales sean los argumentos esgrimidos por el empresario para la colocación de las cámaras y/o micrófonos habrá de determinarse si tales razones resultan suficientes o no y, por tanto, si resulta pertinente la instalación de los dispositivos.

razones de seguridad, por el tipo de actividad que se desarrolla en el centro de trabajo de que se trate, que justifique la implantación de tales medios de control, etc.) para dilucidar en cada caso concreto si esos medios de vigilancia y control respetan el derecho a la intimidad de los trabajadores.

Ciertamente, la instalación de tales medios en lugares de descanso o esparcimiento, vestuarios, aseos, comedores y análogos resulta, a fortiori, lesiva en todo caso del derecho a la intimidad de los trabajadores, sin más consideraciones, por razones obvias (amén de que puede lesionar otros derechos fundamentales, como la libertad sindical, si la instalación se produce en los locales de los delegados de personal, del comité de empresa o de las secciones sindicales). Pero ello no significa que esa lesión no pueda producirse en aquellos lugares donde se realiza la actividad laboral, si concurre alguna de las circunstancias expuestas que permita calificar la actuación empresarial como ilegítima intrusión en el derecho a la intimidad de los trabajadores. Habrá, pues, que atender a las circunstancias concurrentes en el supuesto concreto para determinar si existe o no vulneración del art. 18.1 Constitución Española STC de 14 de septiembre de 2000. núm. de rec. 2155.

Analizando la situación concreta si se llega a la conclusión que teniendo en cuenta cuales son los objetivos del empresario existe alguna otra medida que resulte menos invasiva, y a través de la cual se logre la misma finalidad, habrá de aplicar esta última, limitando, de ese modo, lo menos posible los derechos que asisten a los trabajadores²²⁴.

4.3.1.- El derecho a la intimidad del trabajador y el control audiovisual de la actividad laboral

La proyección del derecho a la intimidad, en el ámbito del Derecho del Trabajo, queda sujeta al artículo 4.2 del TRLET, en el que se contempla el derecho que asiste al trabajador en referencia al respeto de su intimidad y a la consideración debida de su dignidad en el marco de la relación laboral.

Lo que con ello pretende garantizarse es que el trabajador no vea expuesta su vida privada a intromisiones ilegítimas²²⁵.

Pero como resulta habitual en el mundo del Derecho, la interpretación de los conceptos va cambiando para adaptarse a las nuevas realidad, y así ha ocurrido también en el caso del derecho a la intimidad.

²²⁴ En las propias palabras del Tribunal Constitucional debe entenderse que «como no podía ser de otro modo, el ejercicio de las facultades organizativas y disciplinarias del empleador no puede servir en ningún caso a la producción de resultados inconstitucionales, lesivos de los derechos fundamentales del trabajador (así, entre otras, SSTC 94/1984, 108/1989, 171/1989, 123/1992, 134/1994 y 173/1994), ni a la sanción del ejercicio legítimo de tales derechos por parte de aquél (STC 11/1981, fundamento jurídico 22). Estas limitaciones o modulaciones tienen que ser las indispensables y estrictamente necesarias para satisfacer un interés empresarial merecedor de tutela y protección, de manera que si existen otras posibilidades de satisfacer dicho interés menos agresivas y afectantes del derecho en cuestión, habrá que emplear estas últimas y no aquellas otras más agresivas y afectantes. Se trata, en definitiva, de la aplicación del principio de proporcionalidad» (STC de 14 de septiembre de 2000. núm. de rec. 2155).

²²⁵ En este mismo sentido se pronuncia LOPEZ AHUMADA cuando expresa la idea de que «no son... admisibles las invasiones directas o indirectas en la intimidad del trabajador, al ser éste un ámbito individualizado y vedado a la acción de la empresa» (LOPEZ AHUMADA, J.E. La tutela del derecho a la intimidad del trabajador y el control audiovisual de su actividad laboral. En *RGDTSS*, 2007, núm. 14. p. 1).

Dicha figura ha evolucionado para poder hacer frente a la incursión de las nuevas tecnologías en la relación laboral, convirtiéndose en un límite directo respecto del uso de las mismas²²⁶.

Mucho se ha hablado en el capítulo precedente del poder de dirección del empresario, y ha quedado de manifiesto que dicho poder debe respetar las normas jurídicas que ordenan la relación jurídico-laboral y, como no, los propios límites derivados del contrato de trabajo.

Por esa misma razón, únicamente será posible indagar en la vida privada del trabajador solo si realmente existe un interés legítimo empresarial, esto es, un interés objetivo por parte de la empresa²²⁷.

Surge de nuevo la necesaria idea de la proporcionalidad. Es necesario buscar un equilibrio para ponderar de forma adecuada las obligaciones y los derechos recíprocos de las partes. Esto es, se trata de modular los derechos del empresario y el trabajador, pero solo de limitarlos cuando sean absolutamente imprescindibles y no exista más alternativa.

Dentro de ese poder de dirección se encuentra, entre otras facultades, la de vigilancia y control por parte del empresario, para verificar el cumplimiento por parte de los trabajadores de las obligaciones contractuales contraídas.

Puede mencionarse con rotundidad que en la legislación actual no existen normas que limiten la instalación de aparatos técnicos de control, es decir, no se establece ninguna prohibición, lo que no quiere decir que no existan limitaciones generales respecto de su empleo.

²²⁶ A este respecto pretende dejar claro LOPEZ AHUMADA que «en ningún caso, al trabajador se le puede negar su derecho a la intimidad por el mero hecho de ser parte de una relación laboral. El contrato de trabajo no es, pues... un título legitimador de recorte en el ejercicio de los derechos fundamentales que incumben al trabajador como ciudadano, que no pierde su condición de tal por insertarse en el ámbito de una organización privada, sino que las limitaciones empresariales al derecho a la intimidad sólo pueden derivar de la »propia naturaleza del trabajo contratado, que en sí mismo implique una restricción del derecho» (LOPEZ AHUMADA, J.E. *Op. Cit.* pp. 3-4).

²²⁷ Entiende LOPEZ AHUMADA, y así lo manifiesta, que «únicamente será posible la indagación empresarial en la vida privada del trabajador si existe realmente un interés legítimo empresarial que justifique esa búsqueda de información» (LOPEZ AHUMADA, J.E. *Op. Cit.* p. 6).

Principalmente, la primera de las pautas que caben reseñarse es aquella que entiende como el control audiovisual siempre debe estar orientado al trabajo llevado a cabo por los empleados. Premisa por la cual deben tomarse una serie de garantías para que el uso de dichos dispositivos sea el adecuado y cumpla sus funciones sin violentar los derechos de las personas implicadas.

A continuación, y teniendo presente lo manifestado en el capítulo precedente se analizarán de forma sucinta las conclusiones que pueden extraerse del uso de los medios audiovisuales en la empresa:

1.- En el caso del control a través de medios videográficos, el mismo únicamente será legítimo cuando sea usado dentro de la propia organización empresarial para controlar y vigilar la actividad laboral.

2.- La instalación de dichos medios no plantea controversias siempre y cuando se proceda a ella de forma discriminada, esto es, sin centrar la atención en lugares o personas concretas, para evitar la personalización del control.

3.- La instalación de los dispositivos audiovisuales debe quedar reducido a la empresa, y de forma especial, a los lugares de trabajo, dejando fuera de dicha vigilancia las zonas de descanso, aseos, vestuarios etc. En definitiva debe ceñirse, de forma exclusiva y salvo consideraciones extraordinarias, al lugar o lugares en los que se lleva a cabo la actividad profesional.

4.- El trabajador debe saber que se procederá a la instalación de las cámaras de videovigilancia. Este conocimiento no debe traducirse en un consentimiento, esto es, el empresario para proceder a la instalación de este tipo de medios no necesita contar con el consentimiento de los trabajadores o sus representantes, pero sí debe informales de ello. Es una simple condición para la instalación.

5.- En el supuesto de las grabaciones fonográficas y escuchas telefónicas (por medio de micrófonos, grabaciones de cámara con audio incorporado, mediante el control del teléfono proporcionado por la empresa etc) es necesario atender al hecho de que la grabación de las conversaciones de los empleados puede llegar a ser incluso más intrusivo, respecto de su intimidad, que las propias grabaciones de carácter visual.

A este respecto debe traerse a colación de nuevo la sentencia previamente mencionada relativa al caso del Casino de La Toja.

Aunque los hechos no van a ser mencionados ahora por haber sido expuestos con anterioridad, merece la pena destacar respecto del tema que ahora se está tratando las conclusiones a las que llega el Tribunal Constitucional.

Mientras que en la sentencia previa, admitía la posibilidad de instalar tanto aparatos de grabación como de audio, el Tribunal Constitucional consideró que se trataba de una intromisión ilegítima por parte de la empresa al derecho a la intimidad de los empleados.

A este respecto entiende el Tribunal Constitucional que mediante la previa existencia de un circuito de video que controla el lugar queda garantizada la seguridad, por lo que no es, en absoluto, necesaria la grabación de audio por motivos de seguridad.

Entiende el Tribunal que dicho dispositivo hace que se produzca una restricción del derecho a la intimidad innecesario, ya que se registran de forma permanente e indiscriminada todas las conversaciones tanto de los trabajadores como de los clientes del lugar, por lo que en dichas conversaciones pueden contenerse aspectos íntimos.

En expresa referencia a las conversaciones telefónicas menciona LÓPEZ AHUMADA, basándose también en reflexiones de DE VICENTE PACHÉS que «el recurso a los aparatos técnicos de registro de dichas conversaciones debe de estimarse de forma restrictiva, y, como ha indicado la doctrina, resulta

paradójico que su empleo venga motivado por razones de seguridad, ya que de hecho limitan considerablemente la propia libertad del trabajador y el ejercicio mismo de los derechos fundamentales... al igual que ocurría con el control videografico, es necesario que el trabajador conozca previamente que el empresario está registrando sus conversaciones, como requisito previo de legitimación del medio de vigilancia del comportamiento laboral. En caso contrario estaríamos ante escuchas clandestinas de las conversaciones de los trabajadores y, por tanto, ilícitas»²²⁸.

El teléfono, al igual que ocurre con el ordenador, es un instrumento de trabajo proporcionado por la empresa para llevar a cabo las actividades correspondientes. Resulta lógico por tanto, que exista un interés legítimo por parte de la empresa para conocer el uso que se hace del mismo, por lo que puede entenderse que el empresario tome las medidas adecuadas a tal fin.

En cualquier caso, y al igual que ocurre con los otros medios de control, también en este caso es necesario acudir al criterio de la proporcionalidad y sobre todo hacer referencia a la casuística, entendiendo que las circunstancias de cada caso serán las que determinen si realmente se está produciendo una invasión en la vida privada del trabajador o, si por el contrario, el empresario está en su legítimo derecho de controlar los medios de producción.

En suma, puede decirse que:

1.- La inexistencia de normas limitativas al respecto no debe interpretarse como una facultad ilimitada del empresario para controlar todas las actividades y conversaciones llevadas a cabo por el trabajador dentro del horario laboral.

La clave se encuentra en la búsqueda del equilibrio entre los poderes del empresario y los derechos de los trabajadores, premisa que tantas veces ha sido formulada.

²²⁸ LOPEZ AHUMADA, J.E. *Op. Cit.* p. 17 y para un mayor ahondamiento en dicha cuestión: DE VICENTE PACHÉS, F. *El derecho del trabajador al respeto de su intimidad*. Madrid: Consejo Económico y Social, 1998. pp. 329 y 331.

2.- Los límites referentes al el establecimiento y utilización de los dispositivos de videovigilancia vienen determinados por los principios de necesidad, idoneidad y proporcionalidad.

4.4.- Control del ordenador del trabajador

Teniendo en consideración que, de forma general y al igual que ocurre en otros aspectos relacionados con esta materia, la casuística forma parte esencial de la regulación del control empresarial del ordenador, en este caso, y para realizar un análisis concreto debe considerarse cual es la interpretación que hacen los Tribunales acerca de esta cuestión.

La inexistencia de unas reglas concretas hace que los Tribunales tengan que emplearse a fondo para poder ofrecer una respuesta adecuada a las circunstancias expuestas en cada caso.

En este sentido, resulta interesante entrar a conocer los criterios presentados por el Tribunal Supremo en su Sentencia de Unificación de Doctrina de 26 de septiembre de 2007, en el sentido de que establece una serie de pautas claras en relación con el tratamiento que debe hacerse en referencia al control empresarial del ordenador²²⁹.

A continuación se pondrá de manifiesto lo expresado por el Alto Tribunal.

Con fecha de 25 de enero de 2006 la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia dictó una sentencia atendiendo al recurso de suplicación que había sido interpuesto, con carácter previo, contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 3 de A Coruña. Dicha sentencia desestima el recurso de suplicación y confirma lo mencionado por la sentencia de instancia.

La sentencia de instancia había dado por probados los siguientes hechos:

²²⁹ STS de 26 de septiembre de 2007. núm. de rec 966.

a) El actor se encontraba prestando servicios para la empresa, ahora demandada, desde el mes de abril de 2004 en la categoría de Director General y con un contrato de Alta Dirección. Prestó sus servicios durante 5 años, percibiendo un salario por ello de 2.103, 5 euros más una retribución anual en función de los beneficios.

b) El trabajador prestaba sus servicios en un despacho que no contaba con llave. Hacía uso de un ordenador sin clave de acceso y que se hallaba conectado, a través de ADSL, a la red de la empresa. El ordenador contaba con un sistema de antivirus propio.

c) El día 11 de mayo la empresa requirió los servicios de un técnico informático para que realizase una serie de comprobaciones, relativas a ciertos fallos técnicos, en el ordenador del trabajador (según hizo señalar la empresa).

Efectivamente, al realizar dicho análisis, se encontraron diversos virus informáticos cuyo origen se encontraba en la navegación por internet de páginas no seguras. En presencia, únicamente, del Administrador de la empresa se accede a una carpeta de archivos temporales en la que se comprueba la existencia de accesos antiguos a páginas pornográficas, por lo que se almacena dicha información (imágenes y videos de carácter pornográfico) en un dispositivo USB y, al mismo tiempo se imprime en papel. El dispositivo USB es llevado ante un notario para dejarlo en custodia.

Todo este proceso es llevado a cabo sin la presencia del trabajador, alguno de sus compañeros o algún representante sindical de los mismos.

d) El ordenador fue llevado fuera de la empresa para realizar las correspondientes reparaciones y, una vez que fue devuelto a la empresa en óptimas condiciones se procedió a la misma

operación de registro pero en esta ocasión ante la presencia de dos delegados de personal y grabando la información contenida en el ordenador en un segundo USB, que también se deposita ante notario.

Ante la sentencia del Tribunal de Instancia, y la desestimación de la suplicación, por parte del Tribunal Superior de Galicia, la empresa demandada decide formular un recurso de casación para la unificación de doctrina.

Se presenta como sentencia contradictoria a tales efectos la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 13 de noviembre de 2001. Y se alega la infracción de los artículos 18, 20.3, 4.1. e), 5.a), 54.2.d) y 55.4 del TRLET, el artículo 90.1 de la Ley de Procedimiento Laboral y el artículo 18 de la Constitución Española.

La sentencia recurrida confirma el criterio presentado por la sentencia de Instancia que considera como no válida la prueba realizada en la empresa atendiendo al hecho de que la misma ha sido obtenida a través de un registro personal llevado a cabo sin cumplir con las exigencias establecidas por el artículo 18 del TRLET.

A efectos de contradicción se aporta la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 13 de noviembre de 2001. Dicha sentencia entra a conocer de un caso en el que un trabajador procedió a la descarga y visualización de una serie de ficheros de contenido pornográfico, hecho por el que fue despedido de la organización.

La sentencia viene a considerar dicho despido como procedente, y así lo hace atendiendo al grave incumplimiento producido como consecuencia de realizar dichos actos dentro del tiempo de trabajo y haciendo uso de un instrumento proporcionado por la empresa para llevar a cabo la actividad profesional.

Se valoran por tanto dos incidencias:

- a) La reducción que dichos actos suponen respecto del tiempo de trabajo.

b) La alteración o trastorno que puede darse en el equipo informático.

En cualquier caso, esta sentencia excluye la posibilidad de aplicar las garantías previstas en el artículo 18 del TRLET al registro llevado a cabo en el ordenador, ya que no entiende el mismo como un efecto personal del trabajador, sino como una mera herramienta de trabajo cuya propiedad pertenece a la empresa²³⁰.

En síntesis, y a la vista de los diversos hechos presentados, la cuestión jurídica a determinar se basa en el alcance y la forma en que debe llevarse a cabo el control empresarial sobre el ordenador.

En primer lugar va a entrar a conocerse la infracción que se alega respecto del artículo 18 del TRLET y el artículo 90.1 de la Ley de Procedimiento Laboral, así como el artículo 18 de la Constitución.

Entiende la sentencia ahora recurrida que en el momento de llevar a cabo el registro del ordenador no se tomaron en consideración las garantías contempladas en el artículo 18 del TRLET entendiendo que:

a) En ningún momento queda demostrado que resultase absolutamente necesario llevar a cabo el registro del ordenador en el preciso instante en el que se hizo o, al menos no queda probado que fuese necesario continuar con el proceso una vez

²³⁰ En este mismo sentido se pronuncian SORZANO VOLART Y NUÑEZ-CORTES CONTRERAS al afirmar que «el ordenador es un instrumento de producción y la legitimidad de su control por parte del empresario deriva de ese carácter. El empresario tiene que controlar el uso del ordenador, porque en él se cumple la prestación laboral y, por tanto, ha de comprobar si su uso se ajusta a las finalidades que los justifican, ya que en otro caso estaría retribuyendo como tiempo de trabajo el dedicado a actividades extralaborales. El trabajador carece de título jurídico originario que le permita un uso particular del ordenador; conforme al derecho patrimonial, el trabajador, no ostenta sobre el ordenador ni un derecho de propiedad, ni arrendamiento o cualquier otro título, ni siquiera un derecho de posesión que le permita gozar y disponer, o disfrutar para aprovechamiento personal del ordenador que le es facilitado como instrumento de trabajo por el empresario, por el contrario, es el empresario quien ostenta el título jurídico, que le legitima para que el ordenador del que es, normalmente dueño, se utilice por los trabajadores exclusivamente para satisfacer el interés empresarial» (SORZANO VOLART, M^a.C. y NUÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, P. Medios de control empresarial y vulneración de derechos fundamentales de los trabajadores. En AA.VV. *Derecho y Nuevas Tecnologías*, Bilbao: Universidad de Deusto, 2011. p. 8).

que fueron descubiertos los archivos temporales. Tampoco queda probada la necesidad de proceder sin estar presente el trabajador.

b) Del mismo modo, no queda probado que el registro se llevase a cabo, al menos no en su totalidad, en el lugar y tiempo de trabajo, puesto que después de proceder a la conservación de algunos archivos en un dispositivo USB el ordenador fue sacado de la empresa.

c) El control se llevo a cabo menoscabando la dignidad del trabajador, al no ser requerida su presencia antes de proceder al análisis de los archivos encontrados. Asimismo, tampoco fue requerida la presencia de ningún otro trabajador, ni de ningún representante de los trabajadores.

La cuestión que debe clarificarse es si resulta necesario aplicar las garantías, previstas por el artículo 18 del TRLET.

Entra a conocer el Tribunal del origen de dicho conflicto y determina que la razón principal radica en el hecho de que el ordenador, al igual que ocurre con el teléfono, la conexión a internet etc no posee un uso meramente laboral. El hecho de que no se establezca una prohibición total al uso privativo de ciertos medios de la empresa y la política de cierta tolerancia acontecida ha provocado que, en ciertas ocasiones, se olvide que el ordenador es un medio propiedad de la empresa.

Puede partirse de dos premisas distintas:

a) El ordenador es un instrumento que única y exclusivamente debe destinarse a la actividad profesional, motivo por el cual es facilitado al trabajador. Al ostentar el empresario su titularidad puede controlar el mismo en la medida y forma que considere necesario.

b) A pesar de que no se discute ni la finalidad ni la titularidad del ordenador, al entender que se hace un cierto uso privativo del mismo los registros deben presentar algunas restricciones.

En cualquier caso, la justificación del control del ordenador viene dada por cuatro premisas fundamentales:

- a) Comprobar que la prestación laboral se está realizando conforme a las instrucciones dadas por el empresario. Así como que se está realizando un uso del ordenador correcto.
- b) Comprobar que de forma general el uso del ordenador no afecta la buena marcha de la organización.
- c) Garantizar la protección del patrimonio de la empresa y el de los propios trabajadores.
- d) El empresario asume la responsabilidad civil por los actos cometidos por sus trabajadores en el ejercicio de sus funciones, razón por la cual también se justifican las medidas de vigilancia.

El artículo 18 del TRLET indica que «solo podrán realizarse registros sobre la persona del trabajador, en sus taquilla y efectos particulares, cuando sean necesarios para la protección del patrimonio empresarial y del de los demás trabajadores de la empresa, dentro del centro de trabajo y en horas de trabajo (...) se respetará al máximo la dignidad e intimidad del trabajador y se contará con la asistencia de un representante legal de los trabajadores o, en su ausencia del centro de trabajo, de otro trabajador de la empresa, siempre que ello fuera posible».

En referencia a las diversas cuestiones mencionadas en el artículo precedente pueden mencionarse una serie de consideraciones:

- a) Debe recordarse que la exigencia de respetar la dignidad humana al realizar el control no es una formalidad atribuible únicamente a los registros contemplados en el artículo 18, sino que se trata de una exigencia general para todas las formas de control empresarial. El hecho de que el trabajador no se encuentre presente en el momento de llevar a cabo el registro no provoca que de forma automática deba considerarse que se está

menoscabando su dignidad, aunque si se esté produciendo un incumplimiento respecto de la forma exigida.

b) Se menciona la necesidad de que el registro se lleve a cabo en el centro de trabajo y en las horas de trabajo. Obviamente esto se debe al carácter personalísimo que sustenta las facultades empresariales, puesto que dicho poder otorgado al empresario se justifica en un marco y circunstancias concretas y no puede ejercitarse fuera de la empresa (el empresario no posee facultad alguna para registrar a los trabajadores fuera del lugar de trabajo, por ejemplo).

Con ello se limita la facultad del empresario reduciéndola a los márgenes estrictamente empresariales.

Pero, al mismo tiempo solo se está haciendo referencia al control llevado a cabo sobre los objetos personales de los trabajadores, por lo que se entiende que no ocurre lo mismo con aquellos cuya titularidad corresponde el empresario.

c) La exigencia de la presencia de un trabajador de la empresa o un representante de los trabajadores debe tomarse como una garantía de objetividad de la prueba.

El supuesto que se contempla en el artículo 18 no da cabida a los supuestos de control del ordenador, basándose en la premisa de que son dos hipótesis diferentes. El artículo 18 habla directamente de efectos personales²³¹

²³¹ Ahondando en esta concreta cuestión es necesario traer a colación las pautas que establece el artículo 18 del TRLET en referencia a cuáles son los lugares en los cuales pueden llevarse a cabo los registros. Así, pueden mencionarse: a) Aquellos lugares propiedad del empresario que son cedidos a los trabajadores para su uso exclusivo con la finalidad de depositar los objetos de carácter personal, b) Los efectos personales del trabajador que se hallen en el centro de trabajo, que sean de su uso personal (sea cual sea la titularidad de los mismos) y corresponda a ámbitos sobre los cuales se proyecta la intimidad del trabajador. Se genera la controversia respecto del segundo de los párrafos mencionados puesto que deja abierta la puerta a la posible interpretación del ordenador como un efecto personal. Efectivamente, en la mayoría de los casos suele ocurrir que la propia empresa entrega al trabajador un ordenador para que lleve a cabo su actividad profesional sin embargo, ello no supone que el ordenador pase a considerarse un efecto personal del trabajador puesto que su inclusión dentro de la empresa se encuentra ligada de forma inexorable a la actividad laboral. Por todo ello no puede entenderse en ningún caso que pueda establecerse una analogía entre

y aun admitiendo un cierto uso privativo del ordenador, el mismo no puede considerarse como un efecto personal.

La controversia se genera al reconocer la existencia de un hábito de tolerancia respecto de un cierto uso personal de los medios de comunicación e información de la empresa. Se trata de una coyuntura que no puede desconocerse en el sentido de que la admisión de dicha práctica ha generado que, al mismo tiempo, se entienda que existe una cierta confidencialidad respecto del contenido de dicho uso.

Es necesario tomar en consideración este aspecto sin embargo, no puede suponer un impedimento para el control del empresario.

La sentencia que aquí se está analizando resulta interesante desde el punto de vista de que una vez tomados en cuenta todos los aspectos aquí mencionados llega a la conclusión de que la medida más adecuada es la de establecer previamente las reglas del juego. Esto es, entiende el Tribunal que a la vista de las controversias generadas y la constante búsqueda de la ponderación de los derechos implicados, lo más adecuado es acordar, de forma previa, cual va a ser la política de la empresa en referencia a esta cuestión²³².

Se trata de un aspecto ciertamente interesante, ya que insta, de forma especial, a las empresas a establecer una serie de políticas entorno a esta cuestión que dejen de manifiesto cuales son las condiciones que se aplican

las taquillas y el ordenador, puesto que aun manifestando algunas características semejantes, en ningún caso pueden asimilarse totalmente.

²³² Entiende el Tribunal que «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 a 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. De esta manera, si el medio se utiliza para usos privados en contra de estas prohibiciones y con conocimiento de los controles y medidas aplicables, no podrá entenderse que, al realizarse el control, se ha vulnerado «una expectativa razonable de intimidad» (STS de 26 de septiembre de 2007. núm de rec. 966).

respecto del uso del ordenador (y por extensión a todos los medios de comunicación e información).

De la misma manera, se deberán establecer una serie de pautas que señalen si se llevarán a cabo o no registros, como se procederá a los mismos... para de esa forma evitar posteriores reclamaciones basadas en la inexistencia de unos criterios claros y previamente fundamentados.

Del mismo modo, y en referencia a la cuestión del menoscabo de la intimidad del trabajador el Tribunal se pronuncia advirtiendo que el hecho de que tanto el ordenador carezca de una clave de acceso como que el propio despacho no cuente con una llave no debe suponer óbice para la protección de la intimidad del trabajador. Dichas circunstancias no deben interpretarse como un beneplácito por parte del trabajador al acceso de las informaciones que puedan contenerse en el equipo.

Considera el Tribunal que la medida tomada por la empresa y el registro llevado a cabo no se ajustan a derecho y suponen una lesión a la intimidad del trabajador²³³.

4.5.- Control del correo electrónico

²³³ A este respecto debe traerse a colación la impresión que mantiene el Tribunal al entender que «la empresa no podía recoger la información obrante en los archivos temporales y utilizarla con la finalidad que lo ha hecho. Esa actuación en el presente caso ha supuesto una vulneración de su derecho a la intimidad. En efecto, en el supuesto de que efectivamente los archivos mencionados registraran la actividad del actor, la medida adoptada por la empresa, sin previa advertencia sobre el uso y el control del ordenador, supone una lesión a su intimidad en los términos a que se ha hecho referencia en los anteriores fundamentos. Es cierto que la entrada inicial en el ordenador puede justificarse por la existencia de un virus, pero la actuación empresarial no se detiene en las tareas de detección y reparación, sino que, como dice con acierto la sentencia recurrida, en lugar de imitarse al control y eliminación del virus, se siguió con el examen del ordenador para entrar y apoderarse de un archivo cuyo examen o control no puede considerarse que fuera necesario para realizar la reparación interesada. De esta forma no cabe entender que estamos ante lo que en el ámbito penal se califica como un hallazgo casual (...) pues se ha ido más allá de lo que la entrada regular para la reparación justificaba» STS de 26 de septiembre de 2007. núm. de rec. 966.

Como ya se ha venido mencionando en los apartados precedentes aun hoy se sigue generando gran discusión en torno al uso del ordenador en el lugar de trabajo, o mejor dicho, del uso personal que se hace del mismo.

No cabe duda alguna de que a pesar de las practicas que puedan surgir en razón a la diferentes políticas de empresa o en base a la permisividad de los empresarios, fundamentalmente el ordenador es considerado como una herramienta de trabajo, y por ello que resulta lógico pensar que el empresario posee un legitimo interés en conocer y verificar que se hace un uso adecuado del mismo.

Se entiende que el empresario en base a la premisa anterior ostenta la suficiente legitimidad como para adoptar las medidas de control que estime oportunas en correspondencia con lo establecido por el artículo 20.3 del TREL.T.

Puede decirse por tanto que existen dos opciones fundamentalmente en cuanto al control del ordenador:

a) En un primer lugar, la realización de un control directo, esto es, registrar el ordenador de los trabajadores para ver los archivos que el mismo contiene, las paginas que se han visitado, el tiempo que ha sido empleado para la realización de diversas tareas... y un sinfín de informaciones que de forma muy precisa reseñan los movimientos llevados a cabo por el trabajador.

b) En segundo lugar, se plantea una alternativa que resulta menos invasiva que la anterior, o al menos, puede decirse más discreta, desde el punto de vista de que no se da un control directo y visible de los contenidos del equipo informático del trabajador, sino que se registran en el mismo diversos programas que a tiempo real recogen todas las acciones llevadas a cabo por el trabajador, para de ese modo conocer de forma precisa y prácticamente invisible todo lo que ha hecho el empleado.

El problema que puede presentar esta segunda alternativa es el hecho de que el ordenador al llevar incluido este mecanismo de control se convierte al mismo tiempo en una herramienta de trabajo pero también en un instrumento de control.

En cualquier caso, el hecho de que el empresario posea un interés legítimo para activar los mecanismos de control establecidos por el TRLET no significa que aquel pueda registrar las terminales de sus trabajadores sin límite alguno.

En efecto, puede entenderse, y resulta lógico, que el equipo informático con el que cuentan los trabajadores es un instrumento que se facilita con el fin de llevar a cabo la actividad profesional, por lo que, solo debería contener informaciones relacionadas con las actividades laborales, y siendo así no parece que exista problema alguno en que el empresario compruebe dichos contenidos.

Por tanto, si el equipo no puede ser usado con fines privativos no parece que un registro del mismo pueda atentar contra la intimidad o dignidad de los trabajadores²³⁴.

Pero es de sobra conocido el hecho de que en la mayoría de las políticas de empresa se reserva una especie de ámbito de confianza respecto de los trabajadores para que los mismos puedan realizar un uso privado de los equipos de la empresa, siempre y cuando con ello no se altere el normal funcionamiento de la propia empresa y de las obligaciones que le corresponden al propio trabajador.

En efecto, puede entenderse que las terminales informáticas propiedad de la empresa puedan contener ciertas informaciones de carácter reservado, por lo que el control que pueda darse sobre los mismos se encuentra limitado.

²³⁴ LUJAN ALCARAZ entiende, en referencia a esta cuestión, que «si la informática no puede ser un ámbito de desarrollo personal del individuo, no cabe plantearse que un registro del aparato implique atentado alguno a su dignidad» (LUJAN ALCARAZ, J. Uso y control en la empresa de los medios informáticos de comunicación. En *AS*, 2001, núm. 3, p.18).

Por ello, el registro que se efectúe sobre los equipos o terminales informáticas deberá ajustarse siempre a las condiciones y los límites que derivan del respeto a la dignidad de la persona que viene contemplado por el ya previamente mencionado artículo 20.3 del TRLET.

La cuestión que debe plantearse a continuación es la de si en el momento de efectuarse los registros será necesario tomar en consideración las garantías y cautelas establecidas por el artículo 18 del TRLET para aquellos casos en los que se produce el registro de las taquillas y efectos particulares del trabajador.

En síntesis, se está tratando de abordar la cuestión de si el registro de las terminales informáticas debe ser asimilado a los registros que se efectúan en relación con los efectos personales de los trabajadores.

A este respecto cabe mencionar que ni en la doctrina ni en la propia jurisprudencia parece que existan criterios claros sobre el discurrir de esta cuestión, pues en ninguno de los dos ámbitos existe cierta unanimidad al respecto.

En cualquier caso, analizando las posibles conexiones que pueden darse en cuanto a los dos tipos de registros que se vienen mencionando, es necesario tener en cuenta que pueden darse ciertos elementos comunes, ciertamente y *stricto sensu*, no se está hablando de la misma cuestión.

Las garantías que se establecen en cuanto al registro de los efectos personales y las taquillas están encaminadas a dar protección al ámbito privado de los trabajadores, ya que los mencionados lugares sí que contienen efectos que sin duda alguna quedan irremediabilmente asociados a la esfera privada de las personas.

En cambio, en el caso de las terminales informáticas, aunque como se ha mencionado previamente pueden contenerse ciertas informaciones relativas a cuestiones no profesionales, el ordenador no constituye, per se, un efecto privado por lo que equiparar ambas cuestiones resulta dificultoso.

Pero aun cuando no puede establecerse una total equiparación entre ambos preceptos, algunos autores defienden la aplicación del mismo, entendiendo que si bien no se trata de efectos personales, los mismos sí que pueden proyectar informaciones acerca de la vida privada de sus propietarios²³⁵.

Efectivamente, nadie duda de que los equipos informáticos puedan llegar a contener informaciones de carácter privado o al menos datos que pueden afectar la esfera privada de la persona, pero para poder determinar la aplicación del artículo 18 TRLET es necesario constatar, de forma objetiva, la existencia de una cierta privacidad respecto del uso que se hace del ordenador, para que, ciertamente, pueda entenderse que se trata de un espacio que debe mantener algunas garantías en cuanto a cuestiones de intimidad²³⁶.

Por consiguiente, no puede afirmarse, de forma contundente, que al proceder al registro de un ordenador, de forma categórica, deben aplicarse las condiciones, cautelas y garantías previstas en el artículo 18 del TRLET, ya que la aplicación de dicho precepto, fuera de los márgenes de lo estrictamente

²³⁵ MARTINEZ FONS indica que también pueden considerarse efectos personales «aquellos desde los cuales cabe proyectar elementos propios de la intimidad del sujeto al que pertenecen» (MARTINEZ FONS, D. Uso y control de las tecnologías de la información y comunicación en la empresa. En *RL*, 2002, núms. 23-24, p. 195).

²³⁶ Entiende a este respecto FERNANDEZ VILLAZON que en cualquier caso ha de mencionarse que «la aplicación del artículo 18 ET exige necesariamente que el trabajador tenga una expectativa razonable de intimidad sobre el uso del ordenador. Es decir, que las circunstancias en que se produzca el uso del terminal justifiquen la creencia de que éste constituye un ámbito con ciertas garantías de privacidad. Tales circunstancias vendrán dadas por el hecho de que el aparato se asigne con carácter exclusivo a cada concreto empleado y por la utilización de claves de acceso personales. No existirá esa expectativa razonable ni, por tanto, serán aplicables las garantías de los registros en la persona del trabajador, cuando exista un uso indistinto de los ordenadores de la empresa y éstos se encuentren abiertos de forma constante y a disposición de todo el personal. En todo caso, debe tenerse en cuenta que la expectativa razonable de privacidad no blindará de forma absoluta el ordenador frente al registro empresarial, solo impone que éste se haga en los supuestos y con las garantías formales exigidas por el Estatuto de los Trabajadores y, desde luego, no autoriza a bloquear la máquina para impedir su utilización cuando se está ausente del puesto de trabajo por vacaciones o traslado. Debe recordarse también, en sentido inverso, que la inexistencia de tales expectativas razonables de intimidad no implica que el control empresarial pueda en esos casos ser discrecional; sino que simplemente deberá cumplimentar las exigencias generales derivadas del artículo 20.3 ET y del principio de proporcionalidad» (FERNANDEZ VILLAZON, L.A. *Las Facultades Empresariales de Control de la Actividad Laboral*. Pamplona: Aranzadi, 2003, p. 113).

contemplado en el mismo (entiéndase, efectos personales, taquilla...) variará en función de las circunstancias concretas de cada caso.

En cualquier caso, y al margen de las discusiones que puedan surgir en torno a la cuestión precedente, que habrá de analizarse de forma estricta caso por caso, es necesario considerar cuales son las formas a través de las cuales puede ejercerse el control empresarial, respecto de los ordenadores que utilizan los empleados.

Pueden darse dos posibilidades principalmente.

a) La primera de ellas es la realización del control a través del propio mecanismo del ordenador, esto es, el propio ordenador al mismo tiempo en el que se está llevando a cabo la actividad laboral, está obteniendo la información necesaria para que de forma posterior el empresario pueda valorar el trabajo que ha sido realizado.

b) La segunda de las opciones consiste también en la utilización del ordenador como mecanismo de control, pero al contrario de lo que ocurría en el caso anterior, aquí, el equipo informático no se utiliza para llevar a cabo la prestación, de forma que solo actúa como medio de control.

El hecho de que sea el propio equipo el que obtenga la información de las actividades llevadas a cabo por el trabajador deja entrever la nueva situación a la que se enfrenta el marco jurídico laboral, ya que las nuevas tecnologías en cierto sentido pasan a ocupar el lugar que previamente quedaba conferido al propio empresario.

Y es que, a pesar de que el empresario sigue ostentando la titularidad de la facultad de control, en verdad son las nuevas tecnologías las que desarrollan en la práctica dicho control por lo que aunque el empresario se halle ausente o no se encuentre en el lugar de trabajo todo el tiempo, tiene la certeza de conocer todos los detalles de la actividad laboral llevada a cabo por sus empleados con total y absoluta precisión, tal y como ha podido observarse

al analizar la forma de organizar el trabajo a través del teletrabajo *on line* (supra apartado 2.1).

La principal preocupación que plantea el uso de este tipo de mecanismos es que el control al que someten al trabajador y la actividad por él llevada a cabo puede llegar a resultar demasiado exhaustiva, ya que la autoridad que se le concede al empresario viene encaminada a atestiguar que se está cumpliendo con las obligaciones contractuales que corresponden en la manera debida, pero para ello no es necesario conocer minuto a minuto todos los movimientos del trabajador.

En efecto, no cabe duda alguna de la legitimidad de la toma de medidas encaminadas a ejercer el control de la actividad, más bien, puede determinarse que el problema se centra en la proporcionalidad de las medidas tomadas.

Parece evidente la necesidad de un control limitado respecto de ciertos aspectos de la actividad laboral (tareas realizadas, tiempo de trabajo, ausencias...) pero del mismo modo que esto resulta completamente comprensible, no puede llegar a comprenderse el tratar de realizar una auténtica fiscalización de todas y cada una de las acciones llevadas a cabo por los trabajadores, puesto que este no es el objetivo que da legitimidad al poder de dirección y control del empresario.

En cualquier caso, y en referencia a las informaciones que pueden conocerse a través del control ejercido sobre las NTIC, es necesario tener muy presente el hecho de que las comunicaciones llevadas a cabo pueden quedar bajo el amparo del derecho al secreto de las comunicaciones, si así lo establece la propia legislación, por lo que no puede divulgarse de forma libre la información a la que se tenga acceso a través de este tipo de controles.

Para atender a esta cuestión, en el próximo apartado se hará referencia a lo que ocurre con el derecho al secreto de las comunicaciones en el ámbito del Derecho del Trabajo.

4.5.1.- El derecho al secreto de las telecomunicaciones en el ámbito de las relaciones laborales

Mediante el artículo 18.3 de la Constitución se configura el secreto de las comunicaciones como un derecho fundamental²³⁷.

La comunicación a la que se hace referencia es «cualquier proceso de transmisión de mensajes entre personas determinadas a través de cualquier medio técnico», «cualquiera que sea el sistema empleado para realizarlas» y «con independencia del carácter público o privado de la red de transmisión de las comunicación y del medio de transmisión...».

Por tanto, quedan comprendidos dentro del ámbito que describe el artículo 18.3 del texto constitucional, los teléfonos, teletipos, telefax o las propias terminales de los ordenadores, así como todas aquellas tecnologías comunicativas similares. En consecuencia, los correos electrónicos quedan protegidos al amparo de dicho precepto constitucional.

Los avances tecnológicos han hecho mella en todos los ámbitos de la sociedad, y los derechos fundamentales no han escapado de dicho impacto, tal y como lo han reconocido los propios Tribunales. El Tribunal Constitucional, en su sentencia de 3 de abril de 2002, diserta de la siguiente manera: «los avances tecnológicos que en los últimos tiempos se han producido en el ámbito de las telecomunicaciones, especialmente en conexión con el uso de la informática, hacen necesario un nuevo entendimiento del concepto de comunicación y del objeto de protección del derecho fundamental que extienda la protección a esos nuevos ámbitos como se deriva necesariamente del tenor literal del artículo 18.3»²³⁸.

²³⁷ Cabe añadir que la propia jurisprudencia ha señalado que el artículo 18 de la Constitución garantiza la impenetrabilidad de la comunicación para terceros «sea cual sea el ámbito objetivo del concepto de comunicación, la norma constitucional se dirige inequívocamente a garantizar su impenetrabilidad por terceros (públicos o privados: el derecho posee eficacia erga omnes) ajenos a la comunicación misma» Por todas, STC de 29 de noviembre de 1984, núm. de rec. 114.

²³⁸ STC de 3 de abril de 2002. núm. de rec. 070.

No cabe duda alguna de que los imparable avances que se han producido dentro del mundo de los nuevos sistemas de comunicación han hecho que tenga que darse un nuevo entendimiento del propio concepto de comunicación, así como del objeto de protección de dicho derecho fundamental, extendiendo su amparo a las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación.

Además, es necesario mencionar el hecho de que la protección constitucional se expande con independencia del contenido del mensaje que se esté transmitiendo, por lo que todos aquellos archivos adjuntos que se incluyan junto con el mensaje (textos, imágenes...) se entiende forman parte del mismo y se encuentran asimismo protegidos.

Sin embargo, no entraría a formar parte de este ámbito de protección otorgado aquellos casos en los que la actividad en sí constituya la navegación a través de internet. Este proceso no constituye una verdadera comunicación entre personas como si ocurre en el caso del correo electrónico, ya que en el mismo se hace partícipe del mensaje que se envía a otra persona, el receptor.

Extremo este que no se produce en el caso del acceso a internet, por lo que no encontraría tutela en el seno del artículo 18.3 de la Constitución.

El concepto de secreto abarca el mensaje con independencia del contenido o de otros factores, por lo que en el seno de la empresa no parece que tengan que hacerse distinciones de si se trata de una comunicación de carácter personal o de carácter profesional, puesto que ambas quedarían protegidas²³⁹.

²³⁹ Por tanto, puede entenderse que el derecho al secreto que se contempla en el artículo 18.3 de la Constitución se extiende, en ocasiones y bajo ciertas circunstancias, más allá de la propia comunicación y abarca el propio mensaje comunicado. En consecuencia, el secreto las comunicaciones que se llevan a cabo mediante el correo electrónico abarca también los mensajes recibidos e incluso los ya archivados, sea en el buzón de correo electrónico del propio trabajador o en el servidor de la empresa. En cualquier caso dichos mensajes deben presentar las evidencias suficientes para entender que son objeto de una comunicación secreta, que sea susceptible de quedar bajo tutela del artículo 18.3 de la Constitución. De no ser así se estaría ante un efecto personal del trabajador que no quedaría protegido mediante el secreto de las comunicaciones, sino que se hallaría bajo la esfera de protección del derecho a la intimidad contemplado en el artículo 18.1 del texto constitucional.

Si se considera este punto de vista, la empresa no podrá acceder a conocer, de forma absoluta, a todo lo que hace el trabajador, incluidos los asuntos relacionados con el envío y recepción de correos electrónicos de carácter personal, ya que el hecho de que el trabajador se halle inserto dentro de la esfera organicista del empresario no hace que se pierdan sus derechos fundamentales, entre los que se encuentra el mencionado derecho a la intimidad.

Parece inevitable la relación existente entre el derecho a la intimidad y el derecho al secreto de las comunicaciones, pudiéndose entender este último como un instrumento de protección del primero.

Efectivamente, el uso generalizado de las nuevas tecnologías de la información y comunicación en el lugar de trabajo puede suponer consecuencias relevantes para la intimidad de los trabajadores. Estas herramientas facilitan en mayor medida el tratamiento de los datos personales de los trabajadores y al mismo tiempo hacen que se intensifiquen los controles sobre los trabajadores, llegando incluso a formas mucho más invasivas que antaño.

En cuanto al tratamiento de los datos personales, se trata de un ámbito este en el que pueden darse diversas controversias, por la facilidad con la que pueden producirse incisiones en los derechos de los trabajadores.

Para hacer referencia a esta cuestión, a continuación se va a tratar de abordar este punto, dando unas pinceladas acerca del tratamiento automatizado de los datos de los trabajadores.

4.5.2.- Control y tratamiento de los datos personales en el lugar de trabajo

En primer lugar, y antes de abordar la cuestión de forma concreta, resulta necesario subrayar que el tratamiento de los datos de los trabajadores

resulta un instrumento ciertamente muy valioso dentro del mundo de las relaciones laborales.

Evidentemente, para una empresa resulta imprescindible conocer una serie de datos acerca de los candidatos a ocupar los puestos de trabajo que deban ser cubiertos.

La empresa pretende realizar una contratación con el fin de que una persona lleve a cabo una serie de actividades concretas, por lo que resulta lícito que trate de seleccionar aquella persona que considere más oportuna para llevar a cabo esas actividades profesionales, e incluso que fije su atención en aquella persona que considere mejor pueda adaptarse al funcionamiento habitual del centro de trabajo, el entorno y todas aquellas características propias de la propia empresa.

Así, son muchas las informaciones que se recaban acerca de los trabajadores y muchos los datos a través de los cuales pueden producirse injerencias en los derechos de aquellos, no solo durante el tiempo que se mantenga la relación laboral, sino también tras el cese de la propia relación, o incluso antes de que la misma exista, esto es, cuando la persona es un mero candidato al puesto de trabajo.

En ocasiones, el procesamiento de datos se produce de una forma obligatoria. El empresario se encuentra obligado a conservar una serie de datos como pueden ser las informaciones relativas a los pagos realizados a la Seguridad Social, temas que guarden relación con los aspectos fiscales correspondientes, etc.

Sin embargo, en otras ocasiones el empresario decide conservar ciertos datos para que en caso de que en el futuro puedan producirse problemas con alguno de sus trabajadores cuente con ciertas reseñas o informaciones que pueden suponer una prueba en su defensa, datos tales como faltas cometidas, las medidas disciplinarias que hayan sido tomadas...

Bien es cierto que el almacenamiento y tratamiento de datos no es una cuestión surgida en la actualidad, por lo que no se trata de un asunto

especialmente novedoso. Pero el uso generalizado de las nuevas tecnologías ha cambiado la naturaleza de ese fenómeno de forma sustancial.

En primer lugar, los ordenadores facilitan de sobremanera la recopilación y el control de los datos personales. Obviamente, antes de la universalización de las NTIC también se llevaba a cabo esta práctica, pero la misma suponía un trabajo mucho más costoso, por ello a través de las nuevas tecnologías se han conseguido realizar procesos mucho más ágiles y efectivos, haciendo que la búsqueda de la información sea más rápida y sencilla.

En segundo lugar, la naturaleza de los datos también ha variado a causa de las NTIC, ya que muchas de las barreras prácticas que previamente se sucedían ahora han desaparecido gracias a las aplicaciones de las nuevas tecnologías.

Previamente, la recogida, almacenamiento y posterior mantenimiento de todos aquellos datos que fuesen de interés para la empresa comportaba una serie de gastos para el empresario, así como la necesidad de un espacio concreto para conservarlos.

En cambio, ahora, dicho proceso puede mantenerse sin ocupar apenas espacio (debido a la cada vez mayor capacidad de almacenamiento de los dispositivos informáticos), y al mismo tiempo no supone grandes gastos que la información permanezca el tiempo que sea considerado como necesario dentro de las bases de datos.

En tercer lugar, el hecho de que todas las informaciones se hallen organizadas en un lugar determinado de fácil acceso supone que pueda darse un control detallado y continuo. Control que al mismo tiempo resulta cada vez menos imperceptible.

Anteriormente, el control de la actividad laboral siempre comportaba una serie de elementos físicos que de forma inmediata ponían en evidencia que el empresario estaba haciendo uso del derecho que le corresponde a verificar si sus trabajadores cumplen con las actividades que les corresponden y lo hacen en la forma correcta.

Ahora, por el contrario, y a través del uso de las nuevas tecnologías, el empresario puede controlar, incluso de forma más incisiva, todos los movimientos llevados a cabo por los trabajadores: el trabajo que realizan, cuándo lo realizan, los tiempos de descanso... de forma que ni los propios trabajadores sean conscientes de ello. El empresario puede conocer todos los contenidos, tanto profesionales como personales, del ordenador de sus trabajadores sin que los mismos se percaten de ello.

Aspecto este último que puede suscitar inseguridades y vulneración de derechos que se tratarán de forma más detallada en apartados posteriores.

En cuanto a la normativa aplicable respecto del tratamiento de los datos personales, debe tenerse en consideración la Ley Orgánica 15/1999 de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal²⁴⁰.

Se trata de una Ley que transpuso al Derecho estatal lo establecido por la Directiva europea 95/46/CE, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos²⁴¹.

A continuación se procederá, de forma breve y sucinta, a resaltar aquellos puntos de la normativa estatal más reseñables, pero con anterioridad a ello resulta necesario mencionar algunos de los aspectos más importantes de

²⁴⁰ BOE de 14 de diciembre de 1999. núm. 298.

²⁴¹ DOUE de 23 de noviembre de 1995, núm. L 281.

Al mismo tiempo, tal y como señalan algunos autores es necesario «tener en consideración que la adecuación a la normativa de protección de datos de carácter personal es una obligación para todas las empresas que mantengan o realicen cualquier tratamiento de ficheros con datos de carácter personal, sea informatizado o no, lo que equivale a decir que es una obligación para casi todas las empresas que, con carácter general, tiene su reflejo en el tratamiento de datos relativos a empleados, clientes y proveedores. La referida adecuación debe plantearse en las empresas no como un obstáculo a su funcionamiento, sino con el fin de lograr una ventaja competitiva en el mercado, más aun, atendiendo al uso generalizado de las TICs en el ámbito empresarial (correo electrónico, campañas de publicidad utilizando nuevos mecanismos como los SMS o MSM, procesos de facturación electrónica, operaciones bancarias a través de internet, etc)» (AA.VV. Implicaciones prácticas de la LOPD y su Reglamento de desarrollo. En AA.VV. *Derecho y Nuevas Tecnologías*, Bilbao: Universidad de Deusto, 2011. p. 1).

la Directiva comunitaria, ya que la normativa española se fundamenta en la misma.

Las diversas implicaciones que suponía el tratamiento automatizado de los datos hicieron que fuese necesario el establecimiento de una serie de preceptos para tratar de regular este espacio, por lo que, y dado que se trataba de una cuestión generalizada en el ámbito europeo, nació la Directiva 95/46/CE, de 24 de octubre de 1995.

Una normativa de carácter general que, sin embargo, ha revelado que la cuestión de la protección de los datos personales resulta particularmente sensible en el caso de las relaciones de carácter laboral, especialmente por la necesidad de garantizar un equilibrio entre las necesidades de ambas partes, así como el respeto a los derechos fundamentales dentro de la propia empresa.

En cualquier caso, se trata de una Directiva que ha sobrepasado los límites meramente económicos para adentrarse en la protección de los ciudadanos y sus derechos, encuadrándose dentro de los objetivos para la plena consecución de un mercado interior.

En este sentido, la propia Directiva, en su Exposición de Motivos, esgrime el argumento de que resulta totalmente necesario para la plena eficacia del mercado interior que el nivel de protección que se otorga respecto de los derechos y las libertades relativas al tratamiento automatizado de los datos sea igualitario en todos los países miembros.

Es necesario resaltar el hecho de que si bien la Directiva comunitaria adopta un punto de vista genérico en relación con la cuestión que se viene tratando, no entra a conocer de una regulación específica de forma concreta, esto es, en sectores concretos.

Ello no quiere decir que el ámbito laboral quede fuera del alcance de la misma, sino todo lo contrario, ya que a pesar de no estar orientada a un concreto campo, algunas de sus previsiones poseen plena vigencia y son perfectamente aplicables dentro del marco de las relaciones laborales.

La propia Directiva otorga un amplio espacio a los países miembros para que los mismos puedan tomar decisiones en torno a cuestiones más concretas.

En consecuencia, puede decirse que se trata de una normativa ciertamente genérica. Pero, al mismo tiempo, toma en consideración el hecho de que ciertos espacios de la vida económica poseen algunas particularidades que deben ser tomadas en consideración.

Efectivamente, se trata de una Directiva extensa que presenta siete capítulos diferentes, que vienen a desgranar diversos aspectos de la normativa. Algunos sin duda resultan esenciales y no pueden dejar de mencionarse, por lo que tratarán de exponerse a través de las siguientes líneas, de una forma breve y sucinta para de forma posterior, pasar a comentar la propia legislación estatal.

Como primer aspecto a tratar debe mencionarse el artículo 3 de la normativa, en el que se aborda la cuestión del ámbito de aplicación de las pautas recogidas en el texto.

Como aspecto primario puede destacarse el hecho de que se trata de un ámbito de aplicación bastante general en el que las excepciones son escasas. Por ello, puede decirse sin problema alguno que se trata de una Directiva perfectamente aplicable al estadio de las relaciones laborales.

Al mismo tiempo, cabe destacar el hecho de que se trata de una normativa que no solo se aplicaría al tratamiento automatizado de los datos, sino que abarca también el tratamiento de los datos no automatizados (esto es, manuales).

Cuestión esta que supone un problema respecto de la normativa de algunos países, entre los que se encuentra España, ya que han decidido limitar la normativa de carácter estatal al tratamiento de datos automatizado, dejando a un lado otras opciones.

Se trata de una opción ciertamente respetable siempre y cuando se proceda al establecimiento de una serie de reglas para la regulación del

tratamiento de datos manual, pero de no darse dicha regulación se entiende que este espacio queda desprotegido y a merced de posibles fraudes o abusos.

Por tanto, en el caso de las empresas pequeñas o medianas en las que la concentración de trabajadores no es excesivamente voluminosa, los datos que se contienen de los mismos no resultan muy difíciles de manejar, por lo que, en líneas generales, las empresas no optaran por el tratamiento automatizado de los datos, ya que dicho proceso resultara más costoso, y de ese modo puede suceder que gran parte de las empresas queden fuera del ámbito de aplicación de estas pautas. Por ello, se entiende que resulta necesaria la inclusión de una modificación en este sentido en la normativa española.

En efecto, debe destacarse de igual forma que la aplicación de la Directiva a los sistemas no automatizados en ningún caso resulta absoluta, ya que en el texto se hace expresa referencia a los tratamientos automatizados de datos contenidos o destinados a ser incluidos en un fichero.

Y a tenor de la definición que se da en el propio texto de lo que debe entenderse por fichero queda constancia de que solo se está haciendo referencia a los conjuntos de datos de carácter estructurado y a aquellos a los que pueda accederse con arreglo a criterios previamente establecidos. Por lo que en cualquier caso no se trata de una regla absoluta.

En otro orden de cosas, también es necesario subrayar el hecho de que se establecen algunas disposiciones especiales para con los tratamientos llevados a cabo por parte de los sindicatos.

En especial referencia a esta cuestión, la legislación nacional excluye de su ámbito los ficheros mantenidos por los partidos políticos, los sindicatos, iglesias, confesiones y comunidades religiosas en cuanto que los datos hagan referencia a los miembros, asociados o personas que hayan ostentado dicho estatus.

Puede realizarse una interpretación errónea al considerar que el tratamiento o cesión de dichas informaciones no se ajusta a ninguna regulación por lo que podrían ser manejados sin restricciones.

Extremo este que debe negarse con rotundidad, ya que si bien no vienen contemplados en el ámbito de aplicación que viene señalándose, ello no obsta para que tales datos queden sometidos a las previsiones legales relativas a la cesión de datos, o a las específicas garantías establecidas para los denominados como datos sensibles.

No puede decirse, por tanto, que este tipo de datos queden fuera de la regulación, sino que la vía por la que se opta para su garantía es diversa.

Un último aspecto que merece la pena ser destacado es la diversidad que se muestra respecto de los términos empleados en la Directiva y la legislación nacional, ya que mientras que en la primera se hace referencia a las asociaciones o cualquier otro organismo sin fin de lucro, cuya finalidad sea política o sindical, en la normativa española se hace una estricta mención a los sindicatos²⁴².

En el capítulo segundo de la Directiva se hace alusión a las condiciones para que el tratamiento de los datos sea lícito, esto es, se plantean los requisitos o pautas generales que deben regir todo tratamiento de datos.

En primera instancia se hace referencia a los principios de calidad y legitimación, que serán tratados en las siguientes líneas de forma más extensa.

En segundo lugar, se recogen aquellas premisas relativas a los considerados como datos de carácter sensible, para, de forma posterior, entrar a conocer de los derechos de información, acceso y oposición del interesado.

²⁴² En referencia a esta controvertida cuestión el autor FERNANDEZ VILLAZÓN ha manifestado que si bien pueden plantearse ciertas dudas de carácter interpretativo «se hace necesaria en este punto una exégesis de carácter finalista, pues las mismas razones que pueden avalar la existencia de reglas especiales para sindicatos, partidos políticos y confesiones religiosas –fundamentalmente la especial relación que mantienen con sus afiliados– sirven para defender también un trato especial para las asociaciones empresariales» (FERNANDEZ VILLAZÓN, L.A. Los derechos de los trabajadores frente al tratamiento de datos personales. Comentario a la Directiva 95/46/CE, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de esos datos. En *RL*, núm. 22, 1996. p. 5).

Asimismo, el capítulo finaliza con las expresas referencias que se hacen en torno a los deberes de seguridad, confidencialidad, notificación a la autoridad de control y la publicidad del tratamiento que en su caso corresponda.

En lo que a los principios de calidad y legitimidad se refiere, en un primer lugar, es necesario aclarar lo que se pretende decir a través de estos dos conceptos.

Pues bien, mientras que el principio de calidad hace alusión a los tipos de datos que pueden ser tratados, el principio de legitimación se refiere a las condiciones en las que puede efectuarse lícitamente el tratamiento.

Los principios incluidos en torno a la calidad de los datos pueden, a su vez, agruparse en otras tres premisas:

a.- Licitud: El tratamiento de los datos ha de realizarse de manera leal y lícita.

b.- Finalidad: El tratamiento de datos debe llevarse a cabo para un fin legítimo y concreto. Añadiendo en este punto que los datos que hayan sido recogidos y almacenados no podrán conservarse en un tiempo superior al necesario para el fin que haya sido previamente establecido.

c.- Pertinencia: Este principio supone básicamente que los datos tratados deben ser adecuados y no excesivos en función del tratamiento.

Todas ellas son algunas de las pautas fundamentales que han sido recogidas en la normativa comunitaria, y también se muestran en el texto de la normativa estatal. Principios que tal y como se menciona en la propia Directiva deben respetarse a lo largo de todo el proceso, esto es, tanto en el momento de procederse a la recogida de los datos como en todos los momentos posteriores.

Una consideración que debe tenerse ciertamente muy presente es la concesión que realiza el texto normativo comunitario en cuanto al posible cambio de finalidad respecto de los datos que ya hayan sido recogidos de forma precedente.

En su artículo 6.1 se admite la posibilidad de que una serie de datos que hayan sido recogidos para una concreta finalidad, de forma posterior, sean empleados con una finalidad distinta a la primera, siempre y cuando esta segunda finalidad no resulte incompatible con aquélla.

Por el contrario, la normativa española es más tajante, al menos en lo que a la redacción se refiere, en esta concreta cuestión.

El artículo 4.5 de la Ley de Protección de Datos entiende que todas aquellas informaciones que hayan sido recabadas deberán cancelarse en el momento en que dejen de ser necesarias para la finalidad que hubiesen sido requeridas. Parece por tanto que estas palabras deben reinterpretarse y entenderse bajo el prisma de la perspectiva dada por el texto comunitario.

En cuanto a los principios referentes a la legitimación del tratamiento de datos, los mismos exponen las condiciones en las que debe llevarse a cabo dicho tratamiento y todas las referencias en cuanto a la legitimación se articulan, de forma inicial, en el consentimiento del afectado.

La propuesta inicial era la de condicionar la licitud del tratamiento al consentimiento del afectado, de tal modo que si el mismo cedía el tratamiento se consideraría lícito y en caso de no concurrir dicho consentimiento se estaría ante el caso contrario. Pero a la vista del texto final la importancia que se le otorga al consentimiento si bien sigue siendo reseñable ha sido rebajada de forma ostensible²⁴³.

²⁴³ Y en este mismo sentido se manifiesta el autor FERNANDEZ VILLAZON que se muestra de acuerdo con que «el esquema seguido inicialmente consistía en declarar que el tratamiento sería lícito si existía dicho consentimiento o se daba alguna de las excepciones que se enumeraban. En el texto definitivo la relevancia del consentimiento como garantía del interesado ha descendido considerablemente. Este es tratado como un supuesto más de licitud al lado de los demás, considerados antes como excepciones al principio general. Este cambio de actitud responde a la idea de que, por un lado, el consentimiento significa un obstáculo a veces demasiado gravoso para determinados tratamientos. Por otra parte, el legislador

El tratamiento que se hace de este aspecto dentro de la normativa española es ciertamente diverso, ya que su artículo 6.2, de forma directa, excluye la necesidad de consentimiento en todos aquellos tratamientos que sean realizados en el marco de una relación laboral.

A la vista de lo expresado tanto por la normativa comunitaria como por la estatal se entiende que el consentimiento queda relegado a un espacio secundario, lo que en ningún caso debe interpretarse como una vía de escape, puesto que los datos personales de los trabajadores bajo ningún concepto podrán ser tratados de cualquier forma y sin límite alguno²⁴⁴.

Y de forma especial deben ser tratados los considerados como datos sensibles, datos que hacen referencia a la ideología, religión, creencia política o condición sexual de la persona, entre otros ejemplos.

Efectivamente, este tipo de datos en numerosas ocasiones suelen traerse a colación dentro de las relaciones de carácter laboral.

Prácticamente, tanto la legislación comunitaria como la estatal vienen a coincidir en la enumeración de lo que debe considerarse por datos sensibles, pero el tratamiento que se les otorga a estos datos no viene a ser el mismo dependiendo del carácter de la información en sí.

comunitario se ha dado cuenta de que esta exigencia no es la garantía absoluta que cabría imaginar en un principio. En determinados ámbitos, además, puede resultar vacía de contenido si, como sucede en el campo del Derecho del Trabajo, el interesado se encuentra en una situación de subordinación y dependencia respecto del responsable del tratamiento» (FERNANDEZ VILLAZON, L.A. Los derechos de los trabajadores frente al tratamiento de datos personales. Comentario a la Directiva 95/46/CE, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de esos datos. *Op. Cit.* p. 6).

²⁴⁴ Razona FERNANDEZ VILLAZÓN en este mismo sentido, ya que aunque reconoce el papel secundario del consentimiento en el ámbito laboral «ello no quiere decir, por supuesto, que los datos personales de los trabajadores puedan tratarse sin ningún límite o control. Son plenamente aplicables aquí los principios de finalidad y pertinencia sin los cuales no es lícito ningún tratamiento. De hecho, el principio de finalidad adopta una importancia reforzada en la medida en que sirve para excluir la aplicación del requisito que comentamos. Es decir, los datos han de ser tratados para fines concretos y legítimos, pero, además, si se trata de unos determinados fines, en nuestro caso la ejecución de un contrato laboral o la selección de los candidatos a ocupar un puesto de trabajo, no será necesario el consentimiento del afectado para ello. Finalmente, ha de señalarse la existencia de categorías especiales de datos que gozan de una garantía reforzada. Se encuentran reguladas en la Sección tercera del Capítulo II de la Directiva, especialmente en el art.8. LORTAD se refiere a ellas con el nombre de datos especialmente protegidos y las regula en el art.7» (FERNANDEZ VILLAZON, L.A. *Op. Cit.* p. 7).

Mientras que la Directiva comunitaria establece el mismo tratamiento para los datos que hagan referencia a la ideología, religión, creencias, origen racial, salud y vida sexual, la normativa española ofrece un régimen distinto a los aspectos ideológicos, religiosos y credenciales frente al resto.

De cualquier forma, llegados a este punto, es necesario recordar que, tal y como ya se ha citado en las líneas precedentes, en el tratamiento de los datos deben ser tenidos en consideración dos principios fundamentales, como son el de finalidad y pertinencia. Los datos han de ser necesarios para el fin último del tratamiento, que en el caso del ámbito laboral puede entenderse como la selección previa de los candidatos a un puesto de trabajo o la ejecución de dicho contrato. Pero si se toma en consideración la naturaleza de este tipo de datos, se deduce que los mismos no resultan pertinentes, esto es, son informaciones que no resultan relevantes respecto de la relación laboral, por lo que el empresario no se encuentra facultado para realizar el tratamiento de este tipo de datos.

Afirmación que en ningún caso puede entenderse como absoluta, ya que si bien resulta completamente cierto el hecho de que los llamados datos sensibles no resultan relevantes para la relación laboral, no resulta menos cierto que algunas de esas informaciones, y respecto de fines muy concretos, no resulten de importancia para el empresario.

Así, una de las excepciones más comunes suele ser la relacionada con la salud de los trabajadores, ya que es obligación del empresario velar por la salud y la seguridad de los mismos. Para el cumplimiento de dicha obligación es necesario recoger ciertas informaciones. Informaciones que sirven para tomar todas aquellas medidas que sean necesarias con el único fin de proteger y salvaguardar a los trabajadores.

La normativa española no parece que haya tenido en cuenta de forma expresa esta cuestión. Sin embargo, puede decirse que la Directiva europea deja un margen a la interpretación ciertamente mayor, ya que en su artículo 8.2 b) proporciona anclaje a este tipo de datos, entendiendo que son necesarios

para respetar los derechos y las obligaciones de la persona responsable de llevar a cabo el tratamiento en materia laboral.

Idea esta última que no resulta en absoluto descabellada, pues la realización de periódicos reconocimientos a los trabajadores para verificar su estado de salud es imprescindible para evaluar los efectos que pueden tener las condiciones del trabajo y para descartar que el estado de salud del trabajador pueda suponer un riesgo para sí mismo o para las personas que llevan a cabo a la actividad junto a él.

En las siguientes líneas se abordarán las obligaciones y derechos de las partes implicadas.

No cabe duda alguna de que resulta lógico el hecho de que la recogida y tratamiento de datos acerca de una persona debería llevar aparejada una serie de pautas para poder informar en la forma debida acerca del proceso que se está siguiendo.

En primer lugar, en aquellos casos en los que sea necesario el consentimiento del afectado para el tratamiento de los datos, se entiende que en el momento de realizar dicho requerimiento se informará del propio proceso en sí y por supuesto de todas las consecuencias que el mismo supone.

En aquellos casos en los que no sea necesario el consentimiento del afectado de igual forma deberá recibir la correspondiente información, ya que el mismo debe tener conocimiento de que sus datos están siendo tratados.

Todo ello al margen de que las personas afectadas deben conocer este proceso para protegerse y hacer frente a posibles abusos si llegado el caso se produjesen usos ilegítimos.

De ahí que la propia Directiva en sus artículos 10 y 11 incluya la obligación de informar a las personas interesadas.

En cuanto a los derechos que asisten a los afectados, los mismos, pueden resumirse en tres categorías:

- 1.- Derecho de acceso.

A través del derecho de acceso la persona interesada puede realizar averiguaciones para determinar si existe algún proceso de tratamiento de datos en el cual se incluyan informaciones acerca de su persona. Efectivamente, cuando se inicia un proceso de estas características, como se ha puesto de manifiesto previamente los artículos 10 y 11 de la Directiva imponen la obligación de informar a las personas afectadas, pero dicha premisa puede incumplirse y por tanto se estaría haciendo uso de una serie de datos sin que la persona afectada supiese nada.

Por lo que a través de este derecho la persona en cuestión puede conocer cuáles son los datos exactos que están siendo tomados así como la procedencia de los mismos.

2.- Derecho de oposición.

Se le otorga al interesado la posibilidad de oponerse al proceso, pero siempre y cuando el mismo ejercite su derecho a la oposición por razones legítimas a su situación particular.

En este punto es necesario subrayar el hecho de que la circunstancia de que no sea necesaria la exigencia del consentimiento no supone de forma automática la existencia del derecho de oposición²⁴⁵.

3.- Derecho a no someterse a decisiones individuales automatizadas.

²⁴⁵ Entiende FERNANDEZ VILLAZÓN que respecto de la cuestión que aquí se subraya: «no necesariamente todos los supuestos de licitud de un tratamiento distintos del consentimiento van a implicar en contrapartida la existencia del derecho de oposición. La Directiva establece que esa facultad deberá ser prevista al menos en los casos contemplados en las letras e) y f) del art. 7. Ello deja expresamente fuera la letra b) donde se autoriza el tratamiento de datos sin consentimiento en las relaciones contractuales, incluida la laboral. Quiere decirse con ello que los Estados miembros no están obligados a extender el radio de acción del derecho de oposición a dichos supuestos, si bien pueden hacerlo. En nuestra opinión, la normativa española de transposición de la Directiva debería aprovechar esa oportunidad, permitiendo su utilización en el marco de una relación de trabajo» (FERNANDEZ VILLAZON, L.A. *Op. Cit.* p. 16).

En el caso de la normativa estatal se ha incluido bajo la rúbrica de: impugnación de decisiones basadas exclusivamente en datos automatizados.

Se trata de una pauta tomada en consideración el fin de que las personas afectadas por el tratamiento de datos no entiendan dicho proceso como un mero mecanismo mecánico²⁴⁶.

Del mismo modo, y en consonancia con las pretensiones de la Directiva comunitaria de establecer un régimen de garantía respecto de las personas afectadas por el tratamiento de los datos, se incluye un apartado en el texto comunitario que viene a contemplar otra serie de derechos al margen de los previamente citados.

Una serie de derechos y obligaciones que al mismo tiempo pueden ser entendidos como límites a los posibles abusos que puedan darse en este ámbito, asegurando de ese modo que el proceso llevado a cabo cumple con las pautas establecidas por la normativa comunitaria.

Así, y a modo ejemplificativo, pueden citarse:

- 1.- El deber de confidencialidad de las personas que, bajo autoridad del responsable, pueden tener acceso a los datos.
- 2.- El deber de garantizar la seguridad del tratamiento.
- 3.- El deber de notificación a la autoridad de control y de publicidad del tratamiento.
- 4.- Deber de confidencialidad y seguridad.

²⁴⁶ Muy ilustrativas a este respecto son las palabras de FERNANDEZ VILLAZON que considera que «la finalidad que se persigue con esta garantía, de origen francés, es la de impedir que las personas puedan verse sujetas al dictamen frío e inhumano de una máquina al basarse únicamente en él la decisión que les afecta. Se considera tal posibilidad como lesiva de la dignidad de la persona. En el campo de las relaciones laborales, los trabajadores verían como su aptitud profesional o su rendimiento son valorados por un mecanismo electrónico, objetivo sin duda, pero sin garantías de fiabilidad, incapaz de moverse más allá de los límites con que ha sido programado y que no les ha dado la posibilidad de defenderse» (*Ibidem*).

5.- Obligación de notificación y registro. En este caso la normativa comunitaria ha preferido optar por una normativa de mínimos dejando en manos de los estados miembros un amplísimo campo para la regulación.

Por último, resulta relevante hacer mención al hecho de que la inclusión de las nuevas tecnologías ha supuesto que a través de las mismas no resulte en absoluto difícil el flujo de los datos más allá de las fronteras de cada Estado, razón por la cual puede temerse que todas las garantías de seguridad previstas sean sobrepasadas.

Razón por la cual los Estados miembros han decidido tomar medidas en consecuencia, para evitar que los cauces informáticos puedan volverse ilimitados en torno a esta cuestión.

Las medidas adoptadas se fundamentan en la mayor parte de los casos en la base de elaboración de la propia Directiva comunitaria, ya que las pautas establecidas en la misma buscan un doble objetivo: evitar que se eludan los preceptos de protección dados respecto del tratamiento de los datos, pero al mismo tiempo garantizar que los datos, dentro de las consideraciones debidas, puedan fluir de forma libre entre los propios Estados miembros.

Entiende el texto comunitario que debe existir libertad en el flujo de los datos entre los Estados miembros, los cuales deberían garantizar un nivel de protección similar, y frente a países terceros la Unión deberá actuar de manera coordinada para permitir o limitar el flujo de dichos datos.

Se entiende que solo se realizarán transferencias de datos con países terceros cuando los mismos demuestren un nivel de protección adecuado. En este punto algunos autores, entre los que figura PLA RODRIGUEZ, pretenden subrayar lo significativo de la redacción en la normativa comunitaria, ya que la misma habla de un nivel de protección «adecuado», pero no introduce el sentido aportado por términos de equiparable o semejante²⁴⁷.

²⁴⁷ Pone en evidencia este autor que «se habla de nivel adecuado y no de nivel equivalente o equiparable como hacen el Convenio de Estrasburgo ya citado y, siguiendo a éste, nuestra LORTAD (art. 32). La Directiva establece criterios para determinar el grado de adecuación y

En síntesis, se trata de una normativa ciertamente razonable que abarca los puntos necesarios para garantizar un tratamiento de los datos adecuados, así como un equilibrio y respeto entre los derechos y obligaciones de las partes implicadas²⁴⁸.

Esta Ley abarca el ámbito del tratamiento de los datos personales de los trabajadores pero, al mismo tiempo, también hace referencia al control de aquellos ya que las definiciones que pueden encontrarse en el texto legislativo son ciertamente genéricas, amplias.

A modo de ejemplo valga la definición que se ofrece en el artículo 3 de la Ley de Protección de Datos, en la que se consideraran datos de carácter personal «cualquier información concerniente a personas físicas identificadas o identificables», o la explicación que se contiene en relación con el tratamiento de datos, entendido como aquellas «operaciones o procedimientos técnicos de carácter automatizado o no, que permitan la recogida, grabación, conversación, elaboración, modificación, bloqueo y cancelación, así como las cesiones de datos que resulten de comunicaciones, consultas, interconexiones y transferencias».

diseña también un sistema por el que la Comisión puede concretar aquellos países que, se considere, no garanticen dicho nivel. En el caso concreto de España, siempre con el punto de mira en el Derecho del trabajo, considero que los mayores problemas pueden producirse con los países de Hispanoamérica. Constituyen estos el más claro ejemplo de países terceros que, por razones de afinidad cultural, presentan un especial atractivo para el trabajador español que viaja fuera de la Comunidad. Además, la mayor parte de estos países son susceptibles de ser considerados como no garantizadores de una protección adecuada, como recientes informes sobre el particular han puesto de relieve» (PLA RODRIGUEZ, A. La Protección de la intimidad del trabajador. En *RIT*, núm. 3, vol.114, 1995).

²⁴⁸ FERNANDEZ VILLAZON subraya que «en general, la Directiva puede valorarse positivamente, en la medida en que ha sabido compaginar con acierto la necesidad de ofrecer un alto nivel de protección a los ciudadanos de los Estados miembros con el objetivo económico de garantizar la libre circulación de datos personales entre los mismos. Por ello, la norma ofrece una regulación bastante completa, clara y detallada a la vez que permite una amplia flexibilidad con la finalidad de no cargar a las empresas con exigencias y garantías excesivas. Por otra parte, el texto comunitario se ha enfrentado con bastante éxito al problema de elaborar una normativa de protección común para un grupo de Estados con características culturales y sociales muy diferentes. No se plantean los mismos peligros en todos los países miembros y, sobre todo, la conciencia de los que es una violación de los derechos de la persona y de lo que es una limitación aceptable no coinciden en todos ellos. Ello explica en gran medida el amplio campo que se deja abierto a la concreción que pueden realizar las distintas legislaciones internas» (FERNANDEZ VILLAZON, L.A. *Op. Cit.* p. 22).

La Ley establece una serie de principios que se hallan comprendidos entre los artículos 4 y 12. Una serie de fundamentos que abarcan cuestiones tales como la calidad de los datos, cuales son los datos especialmente protegidos, el acceso a los datos por parte de terceros...

Uno de los aspectos en los que de forma habitual suele hacerse especial hincapié es en el hecho del consentimiento del afectado, esto es, el tratamiento automatizado de datos requerirá, salvo que la Ley disponga otra cosa, del consentimiento de la persona afectada.

Además, es necesario tener en consideración el hecho de que si los datos son recogidos de forma unilateral por parte de la empresa, resultará necesario informar de este hecho al trabajador.

En cualquier caso, todas las informaciones que se recojan son para una concreta finalidad. Por ello, habrá de estarse a la misma y no a otras, porque en aquellos casos en los que los trabajadores dan su consentimiento, el empresario deberá informar del objetivo del acopio de datos y el trabajador dará su consentimiento a ese tratamiento determinado, a ese uso concreto que va a darse a los datos y no a otro.

Del mismo modo, las personas que sean responsables de los ficheros, o aquellas que intervengan en el tratamiento de los datos, se encuentran en la obligación de guardar secreto profesional frente a todos aquellos datos que hayan podido conocer, tratando, de ese modo, de garantizar a los trabajadores que todas aquellas personas que se hallen en contacto con los datos recabados no difundan dichas informaciones.

En referencia al tema de la seguridad de los datos, la Ley hace una alusión expresa a través de su artículo 9, mencionando que se tomaran todas aquellas medidas que sean necesarias para preservar los datos de carácter personal.

No obstante, y a pesar de la reiteración acerca de la seguridad que acompaña al tratamiento automatizado de los datos, podría entenderse esta práctica como una sofisticada medida de control, pues a través de los datos

recogidos el empresario no solo puede acceder a numerosos aspectos relacionados con el empleado, sino que al mismo tiempo puede seguir la evolución del mismo.

Y es que junto al avance de las nuevas tecnologías, o quizás debería mejor decirse gracias al mismo, las formas de control empleadas por el empresario han ido adquiriendo formas de actuación más complejas.

4.6.- Control de la actividad laboral mediante el uso de las etiquetas de identificación por radiofrecuencia

Antes de comenzar con el análisis de este apartado y, como paso previo imprescindible, corresponde aclarar que significa el término de: etiqueta Radio Frequency Identification (RFID).

Son etiquetas de identificación por radiofrecuencia, y de forma cada vez más habitual vienen a sustituir los códigos de barras. La diferencia que presentan respecto de estas últimas es que pueden realizar una identificación individualizada y, además, permiten la posibilidad de transmitir la información a distancia²⁴⁹.

Se trata de un nuevo mecanismo que sin duda alguna puede resultar muy beneficioso en diferentes ámbitos y, en particular, como no, en el mundo del comercio, pero la experiencia práctica ha dejado en evidencia el hecho de

²⁴⁹ Así lo explican GALA DURÁN y ROIG BATALLA cuando mencionan que «en efecto, las etiquetas RFID asocian información a un concreto producto como puede ser, por ejemplo, el lavavajillas o la lavadora de la marca X que se encuentra en la tercera fila de electrodomésticos de una tienda Cabe tener en cuenta que esta etiqueta puede contener datos aparentemente anodinos pero también puede incorporar datos de carácter personal, que su capacidad de almacenaje de información es muy grande, y que la lectura de esos datos puede realizarse a distancia, y sin que nadie se dé cuenta, por medio de un lector previsto al efecto. Información que, a su vez, puede almacenarse en bases de datos y explotarse con muy diversas finalidades» (GALA DURÁN, C. y ROIG BATALLA, A. El uso de las etiquetas de identificación y radiofrecuencia en las empresas ¿un nuevo riesgo para los derechos de los trabajadores? En AL, 2010, núm. 8. p. 1).

que a pesar de las ventajas de carácter económico que pueden otorgar dichas etiquetas su ámbito de uso no se reduce únicamente al comercial²⁵⁰.

De este modo, se ha planteado la posibilidad de ligar el uso de las mismas no solo a ciertos objetos sino también a las personas, esto es, se entiende la posibilidad de incorporar las etiquetas RFID como una nueva forma de control respecto de las personas. Un uso que ya se ha hecho patente de diversas formas²⁵¹.

Efectivamente, desde la aparición de estas etiquetas se ha tratado de visualizar como podrían incorporarse las mismas al ámbito de la empresa, y en especial centrándose en dos puntos de vista concretos, o dos espacios, por así decirlo, que son las preocupaciones más acusadas para los propios empresarios: el uso de este tipo de instrumentos para llevar a cabo el control de acceso de los trabajadores a la empresa y, en segundo lugar, el uso de esta herramienta para llevar a cabo el control de la actividad realizada por los trabajadores.

El uso de este tipo de etiquetas se basa en la tecnología de radiofrecuencia, una opción que resulta de gran utilidad para el empresario en la búsqueda de nuevas formas para mantener el control de sus trabajadores.

Este tipo de funcionamiento hace que no solo pueda llevarse a cabo un registro de las entradas y salidas de los trabajadores, sino que además cabe la

²⁵⁰ A modo de ejemplo añaden GALA DURÁN y ROIG BATALLA que «este tipo de tecnología ya se está utilizando actualmente en ámbitos diversos como, por ejemplo, la logística, el pago del peaje en las autopistas, el pago del transporte en bus o metro, las tiendas de artículos de lujo, el comercio al por menor, los documentos de viaje o la localización de las maletas en los aeropuertos; aun cuando su uso comercial más habitual consiste en la gestión de stocks de empresas mayoristas» (GALA DURÁN, C. y ROIG BATALLA, A. *Op. Cit.* p. 2).

²⁵¹ Ponen de manifiesto GALA DURÁN y ROIG BATALLA que «por ejemplo, se utilizan en algunos países para controlar los movimientos de las personas mayores en las residencias de la tercera edad, para localizar a los médicos y los pacientes en los hospitales, para tener controlados a los niños en las escuelas o en las guarderías y hasta resultan útiles en las carreras de maratón o en las empresas petroquímicas Y, lógicamente, ese uso también puede plantearse y darse en el marco de las empresas (especialmente grandes empresas, empresas dedicadas a la fabricación de productos sensibles o de elevado riesgo, que pertenezcan a sectores punteros...), especialmente cuando el uso de esas etiquetas sea cada vez más barato» (*Ibidem*).

posibilidad de almacenamiento de ciertas informaciones que de forma posterior podrán incorporarse a diversas bases de datos

Extremo este por el que se entiende que el uso de las etiquetas RFID permite un margen de actuación ciertamente amplio dentro del mundo de la empresa²⁵².

En cualquier caso, y como se ha señalado en las líneas precedentes, el uso de las etiquetas RFID no solo se liga al control de la entrada y salida de los trabajadores del centro de actividad, sino que también al control de la propia actividad que estén llevando a cabo, esto es, se puede saber en todo momento los movimientos llevados a cabo por los trabajadores: que hacen, en qué momento lo hacen, la duración de la actividad llevada a cabo...²⁵³.

Ciertamente, queda en absoluta evidencia el hecho de que la incorporación de las etiquetas RFID al mundo de la empresa amplia, de forma bastante considerable, el control ejercido por parte del empresario con métodos más intrusivos incluso de la propia videovigilancia, ya que a través de este mecanismo de actuación resulta extremadamente fácil conocer absolutamente todos y cada uno de los movimientos de los trabajadores, sin dejar ningún espacio fuera del conocimiento del empresario.

²⁵² Tal y como afirman GALA DURAN Y ROIG BATALLA «la tecnología de radiofrecuencia da al empresario nuevas posibilidades de control de la actividad laboral, y de manera especial en el control de entrada. Las tarjetas de entrada a la empresa, por ejemplo, podrán incorporar la radiofrecuencia, pudiendo desconocer el trabajador que la tarjeta o la etiqueta que le identifica y le autoriza a entrar en la empresa sirve también para muchos otros usos, y permite almacenar información en bases de datos, a las que puede darse fines muy variados. Asimismo, surgirán nuevas posibilidades de control de las salidas que realiza un trabajador durante su jornada laboral (ya sea durante la conocida como pausa del bocadillo como en las salidas destinadas a hacer gestiones vinculadas con la actividad laboral) o al final de la misma» (*Ibidem*).

²⁵³ A este respecto entienden GALA DURAN Y ROIG BATALLA que «con carácter todavía más incisivo, también podría usarse la radiofrecuencia para llevar a cabo el seguimiento de la actividad laboral realizada por los trabajadores. De este modo, el empresario podría asociar la etiqueta RFID a un objeto, producto o documento y medir el tiempo de producción, manipulación y desplazamiento del mismo en la empresa. Y si se relaciona con una base de datos, entonces el empresario podría obtener el perfil de productividad de un trabajador concreto en un lugar de trabajo específico, con todas las consecuencias que ello podría comportar (tanto beneficiosas-premios, incentivos- como perjudiciales-sanciones por descenso de productividad)» (GALA DURÁN, C. y ROIG BATALLA, A. *Op. Cit.* p. 3).

Extremo este que suscita no pocas dudas en torno al hecho de cuál es la relación que puede darse entre el uso de las etiquetas RFID y los derechos fundamentales que asisten a todos los trabajadores, en la medida en que el tipo de control que ejercen las mencionadas etiquetas resulta, como ya se ha mencionado en las líneas precedentes, ciertamente invasivo y, por tanto, pueden verse vulnerados los derechos fundamentales.

En primer lugar, y como suele ocurrir con los nuevos medios de dirección y control, y de forma aun más específica con aquellos que incorporan las nuevas tecnologías, el riesgo que presenta el uso de este dispositivo es el de vulnerar el derecho a la intimidad de los trabajadores.

Las etiquetas RFID permiten mantener un control absoluto sobre todos y cada uno de los movimientos que lleva a cabo el trabajador, aun cuando el mismo por motivos propios de la actividad que desempeña se vea obligado a realizar desplazamientos.

La cuestión radica en el hecho de que este control se hace extensible a todos aquellos momentos de la jornada laboral, por lo que puede conocerse en todo momento cuál es la localización del trabajador, la actividad que está realizando, el tiempo que invierte en ella... pudiendo vulnerar de ese modo el derecho que asiste al trabajador a la intimidad.

Y es que el derecho que asiste al empresario es el de tomar todas aquellas medidas que estime oportunas (dentro de los márgenes de legalidad lógicos) para verificar que se está llevando a cabo la actividad profesional y que se está haciendo en la forma debida, no significa que posea el derecho a conocer de forma absoluta y continua, minuto a minuto, todo aquello que hace el trabajador, incluidos los momentos de asueto que le son permitidos.

Por tanto, el uso de este mecanismo de control habrá de adecuarse de forma que pueda permitir conjugar el derecho del empresario con la intimidad de los trabajadores. Creándose de este modo la necesidad de establecer una serie de pautas que fijen las condiciones en las que van a ser utilizadas estas etiquetas RFID, garantizando de ese modo la intimidad de los trabajadores.

En este mismo sentido se pronuncia la Comisión Europea, que atendiendo a las especiales particularidades de esta nueva aplicación dada a las etiquetas RIFD entiende que deben fijarse una serie de reglas o preceptos para el respeto mutuo de todos los derechos implicados y para el buen funcionamiento de dicho instrumento²⁵⁴.

El problema que se viene a plantear es el hecho de cuáles son las limitaciones que deben imponerse. Esto es, se habla de una serie de principios que deben establecerse a fin de que mantenga un equilibrio y un respeto por los derechos tanto del empresario como de los trabajadores, pero debe encontrarse cuál en la forma más adecuada de hacerlo.

En este sentido la propia Comisión, a través de la recomendación previamente mencionada, no despeja demasiadas dudas ya que, básicamente, se limita a implicar a los diversos Estados miembros a fin de que los mismos, de forma primaria, realicen un despliegue de medios para dar a conocer el contenido y los principios de la recomendación a todas las partes implicadas, mientras que al mismo tiempo el propio Estado debe involucrarse en la introducción de dichos principios, razón por la cual debe entenderse que la Comisión toma a los Estados miembros no solo como instrumentos para llegar a las partes implicadas en este proceso, sino como una parte activa más del mismo.

Efectivamente, quizás, la solución más proporcionada y la que menos problemas podría comportar sería la de incorporar algún tipo de dispositivo en las propias etiquetas que permitiese que su uso no resultase tan invasivo²⁵⁵.

²⁵⁴ En las propias palabras de la Comisión puede señalarse que «dado que la RIFD puede resultar ubicua y prácticamente invisible, es preciso prestar particular atención en su despliegue a los problemas de protección de datos e intimidad...la RIFD solo podrá entregar los numerosos beneficios económicos y sociales que promete si se imponen medidas eficaces para salvaguardar la protección de los datos personales, la intimidad y los principios éticos asociados, factores esenciales en el debate sobre la aceptación pública de la RIFD» (DOCE L 122, de 16 de mayo de 2009).

²⁵⁵ En especial referencia a esta cuestión deben mencionarse los autores ROUSSOS y KOSTAKOS que presentan la posibilidad de ciertas incorporaciones técnicas a fin de que el uso de las etiquetas RIFD no sean considerado tan invasivo, medidas tales como: «etiquetas removibles o que puedan desactivarse, etiquetas con pseudónimos para evitar lectores no autorizados, temporizadores que ralenticen la lectura hasta hacerla solo viable por lectores fijos y autorizados y la reducción del alcance de la antena para limitar el radio de control por parte de

Se trata de una opción esta nada desdeñable y propia de ser tomada en cuenta, ya que de este modo se evitan los ulteriores problemas que se presentan con el uso de dichas herramientas, puesto que desde la confección de las mismas se incorporan los mecanismos que resultan imprescindibles para no producirse una posible vulneración de los derechos fundamentales, por lo que el uso de dichas etiquetas, en general y en particular dentro de la propia empresa, no ocasionaría inconvenientes de este tipo²⁵⁶.

Y en especial resulta una opción ciertamente viable ya que como señalan ROIG BATALLA y GALAN DURAN se trata de la opción menos costosa que existe. Y es que, a pesar de que se subraya la conveniencia de establecer una regulación normativa (sea a través de una normativa general, sea a través de normativas específicas empresariales, sectoriales... o incluso por vía de los Convenios Colectivos) la consecución de la misma resulta ciertamente costosa.

Efectivamente si no se alcanza un acuerdo, de carácter general, para el establecimiento de una normativa aplicable a nivel estatal se corre el riesgo de que no todos los ámbitos, los sectores o las empresas queden sometidos a dicha regulación, por lo que mientras que en algunos ámbitos se aseguraría una correcta utilización de este tipo de dispositivos otros, en cambio, quedarían desprotegidos²⁵⁷.

los lectores» (ROUSSOS, G. y KOSTAKOS, V. *RFID in pervasive computing: State-of-the art and outlook*», *Pervasive and Mobile Computing*, 2009, pp. 121-122).

²⁵⁶ En este mismo sentido se pronuncian ROIG BATALLA y GALAN DURAN cuando entienden que «en efecto, resultaría mucho más fácil, rápido e incluso menos costoso, que la propia etiqueta RFID se diseñase y fabricase incorporando mecanismos- que son técnicamente posibles- que eviten que su uso- empresarial o en cualquier otro ámbito- suponga una vulneración de derechos fundamentales. Es decir, que los derechos a la intimidad y a la protección de datos se garanticen ya con el propio diseño de la etiqueta, evitándose así que su uso pueda vulnerar esos derechos» (ROIG BATALLA, A. y GALAN DURAN, C. *Op. Cit.* p. 5).

²⁵⁷ Entienden ROIG BATALLA y GALAN DURAN que el establecimiento de limitaciones en el propio diseño de las etiquetas es la opción más adecuada: «por tres motivos: 1.º) como veremos, una regulación del uso de estas etiquetas es posible y muy recomendable- ya sea a nivel legal, convencional o unilateral- pero requerirá un tiempo- más o menos largo- y siempre será *a posteriori* de su uso; 2.º esa regulación no alcanzaría, salvo que sea de tipo legal, a todas las empresas ni sectores, por lo que siempre existirían resquicios en los que se daría el riesgo de vulneración de derechos fundamentales; y, 3.º) que la necesidad de garantizar los derechos se contemple en la fase de diseño evitaría el coste económico que supondría, una vez iniciado el uso de las etiquetas RFID, pretender evitar un uso inadecuado, lo que requeriría el pago de los gastos necesarios- que podrían llegar a ser elevados- para modificar y adecuar dicha

La cuestión que ahora sin duda ocupa la atención es el hecho de que mientras no se incorporen cambios en las etiquetas RFID, y las mismas sean adaptadas para que su uso no vulnere los derechos fundamentales o se establezca una normativa en torno a esta cuestión ¿Qué ocurre con aquellas empresas que desean hacer uso de este mecanismo?

Atendiendo a lo contemplado en la Recomendación de la Comisión, mencionada en las líneas precedentes puede entenderse que las empresas deben seguir una serie de pautas y cumplir algunos pasos.

En primer lugar, y como punto de partida imprescindible, debe tenerse en cuenta cuales pueden ser las consecuencias derivadas de la implementación de las etiquetas RFID para los derechos de intimidad y protección de datos de los trabajadores.

Por tanto, una vez evaluados los riesgos que pueden comportar, y en base a ellos, deberá decidirse como va a producirse el uso de las etiquetas, y sobre todo el nivel de pormenorización de la actividad profesional que deberá ser lo menos intrusivo posible respecto del objetivo que se pretende.

Al mismo tiempo y para evitar posibles vulneraciones de los derechos fundamentales la Recomendación propone que se tomen todas aquellas medidas que sean consideradas necesarias para garantizar el respeto a dichos derechos. Y para acometer el seguimiento y buena marcha de dichas medidas se procederá a la designación de una, o una serie de personas, que velen por la eficacia de las mismas.

En cualquier caso, este proceso de evaluación deberá presentarse ante la autoridad competente que corresponda, para que la misma pueda estimar si tanto el procedimiento como las medidas tomadas han sido las correctas y adecuadas a la situación²⁵⁸.

tecnologías. Ese coste económico, aun existiendo predisposición empresarial favorable al cambio, puede postergar o desincentivar dicho cambio» (*Ibidem*).

²⁵⁸ Por tanto, tal y como señalan ROIG BATALLA y GALAN DURAN «ello supone, en definitiva, que la empresa que decidirá recurrir a las etiquetas ID debería, previamente a su implantación, evaluar(a través de personal interno, profesionales externos...) los riesgos que las mismas

No cabe duda alguna de la validez, y necesidad, de esta recomendación para el seguimiento de un proceso que permita garantizar la justa aplicación de las etiquetas RFID y el mantenimiento y respeto de los derechos fundamentales, pero en cualquier caso, también es necesario subrayar el hecho de que dicha recomendación no es más que un conjunto de sugerencias realizadas a los Estados, sugerencias que en ningún caso poseen la fuerza vinculante de una obligación, por lo que eficacia real de estas pautas queda completamente en manos de las actuaciones de los Estados miembros.

En suma, el inconveniente que viene a plantearse de nuevo es que a pesar de los avances que se están produciendo se trata de un ámbito este que sigue sin contar con una reglas o una normativa general vinculante, por lo que habrá de estarse a las normativas correspondientes a la protección de datos y la intimidad para fijar las normas correspondientes.

Al igual que ha ocurrido en el caso del uso de internet en general, y del correo electrónico en particular, podría tratarse de un ámbito en el que si bien no existen reglas vinculantes con carácter general, en las diversas empresas o sectores se han creado una serie de códigos de conducta a seguir, adaptando de ese modo las recomendaciones dadas por las diversas instituciones a la realidad y la política empresarial de la empresa.

Por ello, una alternativa que no debe dejar de obviarse es la creación de protocolos concretos adaptados a las específicas necesidades y usos de cada empresa o sector. De ese modo se realizaría una primera evaluación de la situación que acontece dentro de la propia organización, para ver cuál puede ser el impacto de la introducción de las etiquetas como medio de control y cuáles son los peligros a los que pueden quedar enfrentados en relación a la

podrían suponer para la protección de los datos personales y la intimidad de los trabajadores. Y una vez evaluados esos riesgos debería adoptar las medidas técnicas y organizativas necesarias para garantizar dicha protección, designando a una persona o grupo de personas para que se responsabilicen de la revisión periódica de las evaluaciones y medidas técnicas implantadas. Asimismo, la evaluación debería ponerse a disposición de la autoridad competente para la protección de datos con una antelación mínima de 6 semanas. Y en todo ese proceso y, sobre todo, en su aplicación debería garantizarse siempre la seguridad de la información. BATALLA, A. y GALAN DURAN, C. El uso de las etiquetas de identificación por radiofrecuencia en las empresas: ¿un nuevo riesgo para los derechos de los trabajadores? (ROIG BATALLA y GALAN DURAN. *Op. Cit.* p. 6).

posible vulneración de los derechos fundamentales que asisten a los trabajadores.

Una vez realizado dicho proceso, se optaría por la elaboración de una serie de normas o conductas, vinculantes para todas las partes. Proceso al que se sumarían los representantes de los trabajadores, para de ese modo lograr un equilibrio entre las partes. De ese modo las reglas que queden pactadas mediante este proceso podrían incorporarse al Convenio Colectivo que corresponda en cada caso, tal y como ya ha ocurrido con otra serie de elementos y pautas que a lo largo del tiempo han ido regularizándose y añadiéndose a los diversos Convenios.

4.7.- El control de la actividad laboral mediante el uso del Dispositivo de Posicionamiento Global

A lo largo de todos los capítulos precedentes ha venido haciéndose referencia a la enorme repercusión producida por los avances tecnológicos y, de forma muy especial el impacto producido en las relaciones laborales.

En la medida en que ha sido posible, todas las novedades tecnológicas han sido puestas al servicio del Derecho del Trabajo para estimular e impulsar la actividad, así como para facilitar los medios de control.

En este mismo contexto se sitúa uno de los dispositivos tecnológicos que más repercusión ha tenido en los últimos tiempos: el Dispositivo de Posicionamiento Global (o como es conocido comúnmente por sus siglas en inglés: GPS).

¿Qué es el GPS?

Se trata de un sistema de localización que ha sido diseñado por el Departamento de Defensa de los Estados Unidos con objetivos militares²⁵⁹.

²⁵⁹ El funcionamiento de este dispositivo, tal y como lo menciona EL- RABBANY, y posteriormente lo explica también PEREZ DEL PRADO se basa en un sistema que «consists of three segments: the space segment, the control segment, and a the user segment. The space

Permite conocer, en tiempo real, la posición de un objetivo concreto, ver los movimientos que el mismo realiza, la distancia... y si bien en un primer momento fue creado para fines exclusivamente militares con el tiempo este dispositivo ha encontrado su lugar en el ámbito civil²⁶⁰.

Como no podía suceder de otra manera, el uso del GPS también ha sido incorporado a las relaciones laborales, entendiéndose que resulta un sistema muy efectivo para determinadas actividades, como puede ser, por ejemplo, el transporte de mercancías.

La capacidad de localización permite organizar con una mayor eficacia las rutas, entregas, y en general el control del trabajo y del uso que se ha hecho del vehículo de la empresa fuera del centro de trabajo.

segment consists of the 24-satellite constellation introduced in the previous section. Each GPS satellite transmits a signal, which has a number of components: two sine waves (also known as carrier frequencies), two digital codes, and a navigation message. The codes and the navigation message are added to the carriers as binary biphase modulations. The carriers and the codes are used mainly to determine the distance from the user's receiver to the GPS satellites. The navigation message contains, along with other information, the coordinates (the location) of the satellites as a function of time. The transmitted signal are controlled by highly accurate atomic clocks onboard the satellites».

«Se compone de tres segmentos básicos, los dos primeros de responsabilidad militar: el llamado "segmento espacio", formado por 24 satélites; el «segmento control», que consta de cinco estaciones monitoras encargadas de mantener en órbita los satélites y supervisar su correcto funcionamiento, tres antenas terrestres que envían a los satélites las señales que deben transmitir y una estación experta de supervisión de todas las operaciones, y el «segmento usuario», formado por las antenas y los receptores pasivos situados en tierra. Los receptores, a partir de los mensajes que provienen de cada satélite visible, calculan distancias y proporcionan una estimación de posición y tiempo» (EL-RABBANY, A. *Introduction to GPS: the Global Positioning System*, Artech House, 2006, pp. 2-3 y PEREZ DEL PRADO, D. ¿Puede el empresario controlar a sus trabajadores mediante dispositivos GPS? Algunas notas sobre el cómo, el donde y el porqué. En *Información Laboral. Jurisprudencia*, 2009, núm. 10. p. 3).

²⁶⁰ Continua apoyándose PEREZ DEL PRADO en las palabras de EL - RABBANY cuando menciona como «la actividad de estos satélites y receptores permite, como es de sobra conocido, calcular no sólo la posición de cualquier objeto en la tierra, sino observar su movimiento o calcular las distancias que recorre o pretende recorrer. Así, su aplicación práctica en el ámbito civil ha alcanzado en los últimos años un amplísimo desarrollo: navegación aérea, terrestre y marítima; aplicaciones agrarias e industriales; investigaciones geológicas y geodésicas, etc» (PEREZ DEL PRADO, D. *Op. Cit.* p. 3)

«The user segment includes all military and civilian users. With a GPS receiver connected to a GPS antenna, a user can receive the GPS signals, which can be used to determine his or her position anywhere in the world» (EL RABBANY, A. *Op.cit.* p. 3).

Debe recordarse que cuando la prestación del servicio del trabajador se realiza fuera del centro de trabajo las facultades de control del empresario siguen siendo legítimas, en virtud a lo establecido en el artículo 20.3 del TRLET. Ello siempre y cuando dicha vigilancia sea orientada exclusivamente a las obligaciones y derechos laborales.

Pero al margen de las ventajas que puedan darse no puede dejar de recordarse que se producen ciertas controversias respecto del uso del mismo, puesto que se trata de un dispositivo que permite conocer donde se encuentra el trabajador en todo momento a tiempo real, sus desplazamientos, la distancia a la que se encuentra etc²⁶¹.

Tal y como menciona PÉREZ DEL PRADO, el antecedente de esta nueva forma de control no es otro que la videovigilancia. La base de ambos sistemas es similar: controlar en todo momento la actividad de los trabajadores, con la salvedad de que en el caso del GPS dicho control es más sofisticado, puesto que incluso fuera del ámbito de la empresa puede conocer en cualquier momento todos los movimientos y desplazamientos de los trabajadores²⁶².

Efectivamente, se está hablando de dos figuras afines que al mismo tiempo mantienen una tensa relación con el derecho a la intimidad, circunstancia esta que obliga a mencionar de nuevo la ya tan repetida idea de

²⁶¹ En lo que a este análisis se refiere lo que aquí interesa es conocer el impacto provocado entorno a las relaciones laborales, pero también es necesario traer a colación el hecho de que los inconvenientes van más allá, porque tal y como explica PÉREZ DEL PRADO a pesar de que «nos vamos a referir a un concreto ámbito de la incidencia de la utilización de los dispositivos GPS en las relaciones laborales, existen muchas otras, algunas de carácter negativo. Así, en el ámbito de los mencionados riesgos psicosociales, por citar un ejemplo, se ha impuesto la intervención del Derecho para hacer frente al estrés en el trabajo causado por el seguimiento electrónico constante de la ubicación de los trabajadores en el desempeño de sus funciones o, incluso, durante sus horas de descanso» (PEREZ DEL PRADO, D. *Op. Cit.* p. 4).

²⁶² Entiende por tanto PÉREZ DEL PRADO que «quizá el antecedente más claro al caso que vamos a tratar en el presente estudio se encuentre en la videovigilancia. En efecto, se trata de una técnica de control de los empleados que se desarrolla normalmente en el seno de la empresa y que permite, no solamente controlar en cada momento dónde están, como es el caso del GPS, sino además, saber que están haciendo. Cuando la actividad a que se refiere la empresa traspasa sus muros, esto es, cuando la naturaleza de la actividad laboral exige su desempeño fuera de un habitáculo cerrado, como es el caso de los transportistas, conductores de ambulancias, transporte de viajeros, etc., se impone la necesidad, no tanto de saber qué hace en ese pequeño habitáculo, sino de controlar a dónde se dirige con él y los fines con que se utiliza el patrimonio empresarial» (*Ibidem*).

la búsqueda de un equilibrio en la ponderación entre el poder de dirección del empresario y el derecho a la intimidad de los trabajadores. Ponderación que se llevará a cabo a través del triple juicio de idoneidad, que no volverá a repetirse aquí a la vista de que ya ha sido mencionado en las líneas precedentes.

No obstante, existen algunas voces que discrepan respecto de la utilización de este criterio, al entender que resulta insuficiente.

Así puede mencionarse la opinión disconforme de GOÑI SEIN que entiende que al margen de resultar un juicio insuficiente no atiende a los verdaderos problemas que se generan²⁶³.

En cualquier caso, de no atender al triple juicio de proporcionalidad propuesto la situación a la que se enfrenta es la siguiente: al no existe una normativa que desarrolle el uso del GPS, condiciones, límites etc, deberá acudir al Convenio Colectivo correspondiente y ver si el mismo trata la cuestión de alguna forma, de no ser así, entonces la resolución de la cuestión queda en manos de los Tribunales, que como es sabido aplicará el principio de proporcionalidad ante la ausencia de normativa específica a este respecto.

En suma, aun partiendo de distintas vías y diversas consideraciones, la conclusión a la que debe llegarse es la de la aplicación del principio de la proporcionalidad que busca un equilibrio entre los derechos implicados, cuestión que puede entenderse como el eje de toda la problemática referente

²⁶³ La razón de que GOÑI SEIN califique el juicio de la proporcionalidad como insuficiente nace de la apreciación que el mismo autor hace de su interpretación en los Tribunales, considerando que existe «un cierto deterioro en su aplicación judicial, que lleva a que este siendo aplicado por los jueces y tribunales ordinarios pero con resultados no siempre satisfactorios, porque lo que se está poniendo de manifiesto es que no en pocas ocasiones la aplicación es un tanto superflua y, a la postre, más formal real» (GOÑI SEIN, J.L. Controles empresariales: geolocalización, correo electrónico, Internet, videovigilancia y controles biométricos. En *Justicia Laboral. Revista de Derecho del trabajo y de la Seguridad Social*, 2009, núm 39, p. 15).

Ahondando más en esta cuestión advierte el autor que al margen de que le resulte insuficiente esta premisa, tampoco entiende los problemas que se derivan de la vulneración del derecho que asiste al trabajador sobre sus datos personales, puesto que «este principio se detiene en una simple consideración de los límites a la actividad de indagación del empresario; no atiende más allá de los peligros provenientes de la intrusión sobre la conducta de la persona del trabajador. Y no comporta directriz alguna sobre los límites a la posibilidad del empresario de tratamiento de las informaciones recabadas en las actividades de control ni sobre los derechos del trabajador frente a los riesgos de manipulación y utilización de esas informaciones» (GOÑI SEIN, J.L. *Op. Cit.* p. 19).

PODERES DEL EMPRESARIO EN LA EMPRESA Y NUEVAS FORMAS DE CONTROL DE LA
ACTIVIDAD LABORAL

al uso de las nuevas tecnologías de la información y comunicación en las relaciones laborales.

CONCLUSIONES

Primera.- Resulta fundamental la incidencia producida por las nuevas tecnologías, no sólo en el ámbito económico, sino también dentro del mundo del Derecho del Trabajo, lo que a su vez implica la transformación de las estructuras previamente existentes, así como la evolución de los derechos y las obligaciones de todas las partes implicadas en la relación laboral.

Las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación han tenido un desarrollo internacional sin precedentes y han logrado abarcar todos los ámbitos de la sociedad.

La sociedad de la información es una nueva forma de organización de la economía y de la sociedad que se fundamenta en dos premisas esenciales, que a su vez se encuentran totalmente interrelacionadas, la globalización y el uso intensivo de las nuevas tecnologías de la información y comunicación.

La presencia de las nuevas tecnologías ha supuesto un cambio en los procesos productivos debido a las numerosas innovaciones que ha aportado al mundo laboral, pero de forma especial ha supuesto un cambio respecto de las formas de organización y control de las actividades profesionales.

Segunda.- Ante las nuevas necesidades, el teletrabajo surge como una nueva forma de organización de la actividad laboral, lo que obliga a la revisión de los modelos tradicionales de las relaciones laborales.

La existencia de diferentes modalidades de teletrabajo, cada cual con sus características y particularidades concretas, hace que no pueda establecerse la aplicación de una normativa uniforme a todos los supuestos de teletrabajo. Dependiendo del tipo de conexión que se presente habrá de establecerse una calificación u otra.

CONCLUSIONES

En cualquier caso debe afirmarse que se está ante una relación de carácter laboral.

Respecto de las condiciones de trabajo de los teletrabajadores, la característica más singular es la flexibilidad. Se trata de una idea ligada a la autonomía del trabajador, dándose así una mayor libertad en cuanto a la organización del tiempo de trabajo, según las necesidades de cada momento, lo que a su vez se traduce en una mejor y más eficaz organización que redundará en una mayor productividad.

Por lo demás, no existe razón alguna para pensar que deban fijarse condiciones diferentes de las del resto de los trabajadores.

Tercera.- El creciente uso de los medios tecnológicos en todos los ámbitos de la sociedad ha provocado que dentro del seno de la empresa se generen conflictos respecto del uso personal de estos instrumentos. La inexistencia de normativas concretas al respecto genera incertidumbre acerca de cuáles son las pautas y los comportamientos a seguir.

Cuarta.- Atendiendo a las circunstancias sociales y a las pasadas políticas de permisividad respecto del uso de los medios tecnológicos en la empresa resulta contraproducente el establecimiento de una prohibición total respecto de dicho uso.

Pero tampoco resulta beneficioso para la productividad y el buen funcionamiento de la empresa el establecimiento de una política de libertad total, puesto que ello redundará en una disminución del rendimiento, de la productividad y, por ende, altera el normal funcionamiento de la empresa y el cumplimiento de las obligaciones.

Resulta primordial el establecimiento de una serie de pautas al respecto que sean claras y concisas para evitar posteriores equívocos. La empresa debe establecer las directrices por las cuales va a regirse el uso de estos medios, de ahí la enorme importancia de las normativas de carácter interno y, de forma especial, los Convenios Colectivos.

Quinta.- De la misma forma que el uso de los medios tecnológicos en la empresa genera ciertas controversias, lo mismo ocurre cuando dicho uso se orienta al control de la actividad laboral.

Gracias a los numerosos avances producidos en esta materia se han desarrollado nuevas formas de ejercer el poder de control por parte del empresario. Técnicas que resultan imperceptibles, más depuradas y sofisticadas.

Se trata de un ámbito en constante evolución, por lo que el Derecho debe realizar, de forma continua, un gran esfuerzo para poder atender y regular las nuevas problemáticas que se suscitan.

El hecho de que no exista una normativa concreta a este respecto supone que se generen problemas, de forma especial, en referencia a las posibles vulneraciones de los derechos fundamentales de los trabajadores.

En la actualidad no existe prohibición alguna respecto del uso de los medios de información y comunicación para llevar a cabo el control de la actividad laboral, lo que se traduce, en la práctica, en una continua discrepancia entre los derechos del empresario y los derechos que asisten a los trabajadores.

El poder de control del empresario debe centrarse, de forma indiscutible y exclusiva, en el lugar de trabajo y en las acciones correspondientes al cumplimiento de las obligaciones contractuales.

En ningún caso, y de ninguna manera, debe desviarse dicho objetivo hacia intereses de carácter personal, puesto que el único interés que ostenta el empresario para ejercitar dicho control es el interés de carácter laboral.

Sexta.- El empresario ostenta el poder, y así debe seguir siendo, de poner a su disposición los medios necesarios para el control de la actividad, medios entre los cuales pueden incluirse sin lugar a dudas los tecnológicos, lo cual no se traduce en una ilimitación de los mismos.

CONCLUSIONES

La cuestión no debe centrarse en si se realiza o no un uso de los medios tecnológicos, la verdadera relevancia se centra en el cómo, esto es, en la forma en que se les da uso.

Debe valorarse el interés que ostenta el empresario para proceder al uso o instalación de los medios tecnológicos, y en función del mismo aplicar las medidas que resulten menos restrictivas respecto de la dignidad y los derechos de los trabajadores, con especial atención al derecho a la intimidad.

Cuando se producen vulneraciones en los derechos de algunas de las partes no existen criterios claros para resolver este tipo de cuestiones, por lo que debe estarse a lo establecido por los Tribunales de Justicia, que si bien vienen manteniendo una serie de directrices comunes, siguen atendiendo a las concretas particularidades que se presentan en cada ocasión, razón por la cual aun pudiendo extraer ciertas conclusiones, no puede de ello deducirse una solución única.

Séptima.- Deben establecerse una serie de criterios normativos comunes y generales que regulen de forma genérica esta materia, pero la constante evolución de las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación, y su cada vez mayor impacto dentro de las relaciones laborales, hace que el Derecho del Trabajo no pueda dar una respuesta eficaz con la misma velocidad.

La respuesta más adecuada que puede ofrecerse en torno a esta cuestión es la de la regulación a través de los Convenios Colectivos. Será cada empresa o sector la que consensuará y decidirá cuales deben ser las pautas que regirán dentro del ámbito laboral, para que de ese modo la normativa aplicable sea aquella que mejor se adapta a la empresa. Podrá conjugarse el uso de los medios tecnológicos con un buen funcionamiento de la empresa y el mantenimiento de unos niveles de productividad óptimos.

BIBLIOGRAFIA

MONOGRAFIAS

ALBURQUERQUE, M. y OXMAN, V. Nuevos enfoques en las Relaciones Laborales para el Desarrollo Productivo. En AA.VV. *Más allá del bosque. Transformar el modelo exportador*. Santiago de Chile: Editorial FLACSO-Chile, 2001.

ALGAR JIMENEZ, C. *El Derecho Laboral ante el reto de las nuevas tecnologías*. Madrid: Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, 2007.

ALMANSA PASTOR, JM. *Derecho de la Seguridad Social*, 7ª Edición. Madrid, 1991.

ALONSO OLEA, M. Consideración general sobre las clasificaciones del salario. En AA.VV. *Dieciséis lecciones sobre salarios y sus clases*. Madrid: Universidad de Madrid, Facultad de Derecho, 1971.

ALONSO OLEA, M. y CASAS BAAMONDE, ME. *Derecho del Trabajo*. Madrid: Editorial Civitas, 2001.

ARRIETA IDIAKEZ, F.J. El teletrabajo como situación subsumible en el ordenamiento jurídico laboral. En AA.VV. *Derecho y Nuevas Tecnologías*, Bilbao: Universidad de Deusto, 2011.

AA.VV. *Curso de Derecho del Trabajo*. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch. 2000.

BIBLIOGRAFIA

AA.VV. *Las relaciones y la innovación tecnológica en España*. Madrid: Editorial Catarata, 2005.

AA.VV. *El Teletrabajo*. Madrid: Editorial Fundación Universidad-Empresa, 1995.

AA.VV. (Coord: CARDENAL CARRO, M.) *Vademécum de contratación laboral*. Murcia: Editorial Laborum, 2001.

AA.VV. *Derecho del Trabajo*. 16ª Edición. Madrid: Editorial Tecnos, 2007.

AA.VV. *Manual de Derecho del Trabajo*. 8ª Edición. Navarra: Editorial Aranzadi, 2008.

AA.VV. *Manual de Derecho del Trabajo*. 9ª Edición. Navarra: Editorial Aranzadi. 2009.

AA.VV. *El trabajo autónomo y otras formas de trabajo no asalariado*. Navarra: Editorial Aranzadi, 2007.

AA. VV. *Las relaciones laborales y la innovación tecnológica en España*. Madrid: Editorial Catarata, 2005.

AA.VV. *Trabajo autónomo: nueva regulación*. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch. 2007.

AA.VV. Nuevas Tecnologías, facultades de control empresarial y derechos ciudadanos. En AA.VV. *Derecho y Nuevas Tecnologías*, Bilbao: Universidad de Deusto, 2011.

AA.VV. Implicaciones prácticas de la LOPD y su Reglamento de desarrollo. En AA.VV. *Derecho y Nuevas Tecnologías*, Bilbao: Universidad de Deusto, 2011.

BASSOLS COMA, M. *Constitución y sistema económico*. Madrid: Editorial Tecnos, 1985.

BAYLOS GRAU, A. *Las relaciones laborales en España*. Madrid: Editorial GPS, 2003.

BAYLOS GRAU, A. y VALDES DE LA VEGA, B. El efecto de las nuevas tecnologías en las relaciones colectivas de trabajo. En AA.VV. (Coord. ALARCON CARACUEL y ESTEBAN LEGARRETA) *Nuevas Tecnologías de la información y la comunicación y Derecho del Trabajo*. Alicante: Editorial Bomarzo, 2004.

BAYÓN CHACÓN, G. *La autonomía de la voluntad en el Derecho del Trabajo: limitaciones a la libertad contractual en el Derecho histórico español*. Madrid: Editorial Tecnos, 1955.

BELZUNEGI ERASO, A. *Teletrabajo: estrategias de flexibilidad*. Madrid: Editorial Consejo Económico y Social, 2002.

BENITO, C. *Relaciones laborales: asignaturas pendientes*. Madrid: Editorial Pearson Educación, 2003.

BLAT GIMENO, F. *Análisis jurídico-laboral de la descentralización productiva*. Tesis doctoral, Universidad de Valencia, Facultad de Derecho, 1989.

CALAFÀ, L. *Le strutture della flessibilità temporale*. En AA.VV. *Telelavoro e Diritto*, AA.VV, Editorial Giappichelli, Turín, 1998.

CARIDAD SEBASTIAN, M. *Teletrabajo y comercio electrónico en la sociedad de la información*. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., 2001.

BIBLIOGRAFIA

CORTE HEREDERO, N. *La movilidad geográfica de los trabajadores*. Valladolid: Editorial Lex Nova. 1995.

DE LA IGLESIA CHAMARRO, A. Las garantías de los derechos fundamentales frente a los dispositivos de videovigilancia utilizados por particulares. En AA.VV. *Derecho y Nuevas Tecnologías*, Bilbao: Universidad de Deusto, 2011.

DE LA VILLA GIL, LE. *El trabajo a domicilio*. Pamplona: Editorial Aranzadi, 1966.

DE LOS COBOS ORIHUEL, F. y THIBAUT ARANDA, J. *El teletrabajo en España, perspectiva jurídico laboral*. Madrid: Editorial Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2001.

DE VICENTE PACHÉS, F. *El derecho del trabajador al respeto de su intimidad*. Madrid: Consejo Economico y Social, 1998.

DEL PESO NAVARRO, E. *Servicios de la Sociedad de la Información. Comercio Electrónico y Protección de Datos*. Madrid: Editorial Díaz de Santos, 2003.

EL-RABBANY, A. *Introduction to GPS: the Global Positioning System*, Artech House, 2006.

ESCUDERO RODRIGUEZ, R. *Teletrabajo*. En AA.VV. *Ponencia Tematica III, X Congreso Nacional de Derecho del trabajo y de la Seguridad Social*, Zaragoza, 28 y 29 de mayo de 1999.

ESTEFANÍA, J. El fenómeno de la globalización. En AA.VV. *Diez palabras clave sobre globalización*. Navarra: Editorial Verbo Divino, 2002.

FERNANDEZ LOPEZ, M.F. *El poder disciplinario en la empresa*. Madrid: Editorial Civitas, 1991.

FERNANDEZ VILLAZON, L.A. *Las Facultades Empresariales de Control de la Actividad Laboral*. Pamplona: Aranzadi, 2003.

GALA DURÁN, C. La regulación del uso de las nuevas tecnologías en las empresas: situación actual y posibles recomendaciones. En AA.VV. *Derecho y Nuevas Tecnologías*, Bilbao: Universidad de Deusto, 2011.

GIDDENS, A. *Consecuencias de la modernidad*, Madrid: Alianza Editorial, 1994.

GONZALEZ-CUELLAR SERRANO, N. *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*. Madrid: Editorial Colex, 1990.

HERRÁN ORTIZ, A.I. El principio de autodeterminación informativa y su configuración en el Reglamento de desarrollo de la LOPD. En AA.VV. *Derecho y Nuevas Tecnologías*, Bilbao: Universidad de Deusto, 2011.

LÓPEZ ANIORTE, M^a.C. *Ámbito subjetivo del Régimen Especial de Trabajadores Autónomos*, Madrid: Editorial Aranzadi, 1996.

LÓPEZ PEÑA, A. *Innovación tecnológica y cualificación (La polarización de las cualificaciones en la empresa)*. Madrid: Editorial CES, 1996.

LOS COBOS ORIHUEL, F. y THIBAUT ARANDA, J. *El teletrabajo en España, perspectiva jurídico laboral*. Madrid: Editorial Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2001.

MANRIQUE LOPEZ, F. Los Derechos Fundamentales y la intimidad de los trabajadores: formulas de acceso y control. En AA.VV. *Derecho y Nuevas Tecnologías*, Bilbao: Universidad de Deusto, 2011.

BIBLIOGRAFIA

MARIN ALONSO, I. *El poder de control empresarial sobre el uso del correo electrónico en la empresa: su limitación en base al secreto de las comunicaciones*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2005.

MARTÍN VALVERDE, A. y GARCÍA MURCIA, J. *Tratado práctico de Derecho del trabajo*. Navarra: Editorial Aranzadi, 2008.

MARTÍN VALVERDE, A. y RODRÍGUEZ SAÑUDO GUTIÉRREZ, F. y GARCÍA MURCIA, J. *Derecho del Trabajo*. Madrid: Editorial Tecnos, 2001.

MARTINEZ FONS, D. *El poder de control del empresario en la relación laboral*. Madrid: Consejo Económico y Social, 2002.

MAS IVARS, M. y QUESADA, J. *Las nuevas tecnologías y el crecimiento en España*. Bilbao: Fundación BBVA, 2005.

MERCADER UGUINA, JR. *Derecho del trabajo, nuevas tecnologías y sociedad de la información*. Valladolid: Editorial Lex Nova, 2002.

MONTOYA MELGAR, A. *Derecho del Trabajo*. Madrid: Editorial Tecnos, 1995.

MONTOYA MELGAR, A. *El poder de dirección del empresario*. Madrid: Editorial Centro de Estudios Constitucionales. 1965.

MOYA CASTILLA, JM. *Relaciones laborales*. Valencia: Editorial Ciss, 2008.

NILLES, J. *The Telecommunications-transportation tradeoff*. California: Editorial Jala Internacional, 1973.

ORTIZ CHAPARRO, F. y MORAN, J.M. *El teletrabajo: una nueva sociedad laboral en la era de la tecnología*. Madrid: Editorial: McGraw-Hill, 1995.

PEGUERA POCH, M. *Derecho y nuevas tecnologías*. Barcelona: Editorial Universitat Oberta de Catalunya, 2005.

PÉREZ DE LOS COBOS Y ORIHUEL, F. *Nuevas tecnologías y relación de trabajo*. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, 1990.

RIVERO LAMAS, J. *La descentralización productiva y las nuevas formas organizativas del trabajo*. En AA.VV. *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo*. X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2000.

RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M. *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo*. X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2000.

RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F. *La integración del teletrabajo en el ámbito de la relación laboral*. En AA.VV. *Trabajo subordinado y Trabajo autónomo en la delimitación de fronteras del Derecho del trabajo*. Estudios en homenaje al profesor José Cabrera Bazán. Madrid: Editorial Tecnos, 1999.

ROMÁN DE LA TORRE, M.D. *Poder de dirección y contrato de trabajo*. Valladolid: Editorial Graphesus, 1992.

ROUSSOS, G. y KOSTAKOS, V. *RFID in pervasive computing: State-of-the art and outlook*», *Pervasive and Mobile Computing*, 2009.

SALINAS RAMOS, F. y HERRANZ DE LA CASA, J.M. *El trabajo autónomo en España*. Ávila: Editorial: Universidad Católica de Ávila, 2006.

SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C. y SEMPERE NAVARRO, A.V. *Nuevas tecnologías y relaciones laborales*. Navarra: Editorial Cizur Menor, 2002.

BIBLIOGRAFIA

SANTOS ORTEGA, A. y POVEDA ROSA, M. *Trabajo, empleo y cambio social*. Valencia: Editorial Tirant Lo Blanch, 2001.

SELLAS I BENVINGUT, R. *El régimen jurídico del teletrabajo en España*. Navarra: Editorial Aranzadi. 2001.

— *Teletrabajo transnacional y ley aplicable al contrato de trabajo comunitario*. En AA.VV. *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo*. X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. AA.VV, Ministerio de Trabajo y Asuntos Exteriores, 1999.

SIERRA BENÍTEZ M. Introducción: del contrato de trabajo del patrono y obrero al contrato de trabajo de profesionaes a distancia. En *Vademecum de contratación laboral* [AA.VV (Coord: CARDENAL CARRO, M.) Murcia: Editorial Laborum, 2001].

SORZANO VOLART, M^a. C. Y NUÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, P. Medios de control empresarial y vulneración de derechos fundamentales de los trabajadores. En AA.VV. *Derecho y Nuevas Tecnologías*, Bilbao: Universidad de Deusto, 2011.

TERRADILLOS ORMAETXEA, E. *El poder disciplinario empresarial*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2004.

THIBAUT ARANDA, J. *El teletrabajo: Análisis jurídico laboral*. Madrid: Editorial Consejo Económico y Social, 2000.

— *Teletrabajo y teledisponibilidad*. En AA.VV. *Ponencia Tematica III, X Congreso Nacional de Derecho del trabajo y de la Seguridad Social*, Zaragoza, 28 y 29 de mayo de 1999, Madrid: Editorial Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2000.

— *Control multimedia de la actividad laboral*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2006.

VALDES DAL-RE, F. Poderes del empresario y derechos de la persona del trabajador. En *Autoridad y democracia de la empresa*. Madrid: Editorial Trotta, 1992.

ARTICULOS DOCTRINALES

ALARCON CARACUEL, M. *La ajenidad en el mercado: un criterio definitorio del contrato de trabajo*. En *REDT*, 1986. núm. 28.

ARRIETA IDIAKEZ, FJ. Lan-zuzenbidea eta gune ilun gisa kalifikatutako harreman juridikoak (II): Telelanaren inguruko zertzelada batzuk. En *BAVD: JADO*, 2009, núm 17.

BRAUN, G. *Le télétravail*. En *DS*, 1981, núms. 7-8.

CASADO ORTIZ, R. *Sociedad, tecnología y teletrabajo*. En *Origen/Destino*, 1996. núm. 2.

DE LA VILLA GIL, LE. y GARCÍA NINET, JI. Contrato de trabajo a domicilio (comentario al art.13 ET.) Comentarios a las leyes laborales. El Estatuto de los trabajadores. En *RDP*, Madrid, 1985.

DE NIEVES NIETO, N. El uso de correo electrónico e internet en la negociación colectiva. En *RL*, 2009, núms. 5-6, tomo 1.

DE VICENTE PACHÉS, F. El control empresarial del ordenador: a propósito de la Sentencia de Tribunal Supremo –unificación de doctrina- de 26.9.2007. En *TS:RSSL*, 2008, núm.214.

DEL VAL ARNAL, J.J. La necesidad de regulación del tele-trabajo. En *AIS*, 1998. núm.7.

BIBLIOGRAFIA

DIAZ REVORIO, FJ. *Tecnologías de la información y la comunicación y nuevas dimensiones de los derechos fundamentales*. En *PC* Año XIV, 2009, núm.14.

DURAN LOPEZ, F. Las garantías del cumplimiento de la prestación laboral. En *RPS*, 1979, núm. 123.

FERNANDEZ SANCHEZ, S. *Apunte sobre el trabajo parasubordinado como vía flexibilizadora del derecho de trabajo en Italia*. En *RL*, 2007. núm.15, tomo 2.

FERNANDEZ VILLAZON, L.A.. Los derechos de los trabajadores frente al tratamiento de datos personales. Comentario a la Directiva 95/46/CE, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de esos datos. En *RL*, núm. 22, 1996.

GAETA, L. *Teletrabajo y Derecho: la experiencia italiana*. En *DL*, 1996-II, núm. 49.

GALA DURÁN, C. y ROIG BATALLA, A. El uso de las etiquetas de identificación y radiofrecuencia en las empresas ¿un nuevo riesgo para los derechos de los trabajadores? En *AL*, 2010, núm. 8.

GARCÍA VIÑA, J. Las taquillas como espacio personal de los trabajadores en las empresas. En *RGDTSS*, 2006, núm. 11.

GONZALEZ VILLANUEVA, F.J. *La ordenación de tiempo de trabajo de los teletrabajadores*. En *AL*, 2003. núm.11.

GOÑI SEIN, JL. Controles empresariales: geolocalización, correo electrónico, Internet, videovigilancia y controles biométricos. En *JL. RDTSS*, 2009, núm 39.

LÓPEZ AHUMADA, J.E. La tutela del derecho a la intimidad del trabajador y el control audiovisual de su actividad laboral. En *RGDTSS*, 2007, núm. 14.

LÓPEZ PARADA, R. Análisis jurisprudencial acerca de la instalación por el empresario de sistemas de videovigilancia en los lugares de trabajo. En *ILJ*, 1999, núm. 9.

LUJAN ALCARAZ, J. Uso y control en la empresa de los medios informáticos de comunicación. En *AS*, 2001, núm. 3.

MARTÍN FLOREZ, L. *Outsourcing y teletrabajo: Consideraciones jurídico-laborales sobre nuevos sistemas de organización del trabajo*. En *REDT*, 1995. núm.71.

MARTINEZ EMPERADOR, R. *La modificación sustancial de condiciones de trabajo (1)*. En *AL*, Sección Doctrina, Ref. XXXII, tomo 2, 1994.

MARTINEZ FONS, D. Uso y control de las tecnologías de la información y comunicación en la empresa. En *RL*, 2002, núms. 23-24.

MELLA MENDEZ, L. *Sobre una nueva manera de trabajar: el teletrabajo*. En *AS*, 1998. núm.11.

MONTOYA MELGAR, A. Nuevas tecnologías y buena fe contractual (Buenos y malos usos del ordenador en la empresa). En *RL*, 2009, núms. 5-6, tomo I, p. 187.

MONTOYA MELGAR, A . El poder de dirección del empresario en las estructuras empresariales complejas. En *RMTAS*, 2004, núm. 48.

PÉREZ DEL PRADO, D. ¿Puede el empresario controlar a sus trabajadores mediante dispositivos GPS? Algunas notas sobre el cómo, el donde y el porqué. En *ILJ*, 2009, núm. 10.

BIBLIOGRAFIA

PLA RODRIGUEZ, A. La Protección de la intimidad del trabajador. En *RIT*, núm. 3, vol.114, 1995.

PUJOLAR, O. Poder de dirección del empresario y nuevas formas de organización y gestión del trabajo. En *RL*, 1995, núm. 19, tomo 2.

SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C. y SEMPERE NAVARRO, A.V. Nuevas tecnologías y relaciones laborales: una tipología jurisprudencial. En *RADNT*, 2006, núm. 10.

SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C. El uso y el control empresarial de las nuevas tecnologías en el ámbito laboral. Algunas pautas recurrentes en la doctrina judicial, para tener en cuenta: comentario a las sentencias del Juzgado de lo Social núm.1 de Eibar (Guipuzcoa), de 30 de mayo de 2006 (AS2007, 1029), y TSJ de Cantabria de 18 de enero de 2007 (AS 2007, 1030). En *AS*, 2007, núm. 2.

— Navegar por Internet en horas de trabajo... ¿Quién? ¿Yo? En *ASRD*, 2010, núm. 19. Vol. 2.

SEMPERE NAVARRO, A.V y SAN MARTIN MAZZUCCONI, C. ¿Puede la empresa controlar el ordenador usado por su trabajador?: Comentario a la STS 26 de septiembre de 2007, Recurso 966/2006 (JUR 2007, 306130). En *RJA*, 2007, núm. 7.

SERRANO OLIVARES, R. *Jurisdicción competente y ley aplicable al teletrabajo transnacional*. En *RL*, 2001, núm. 23, tomo 2, Sección Nuevas Tecnologías.

SPIWAK LEW, P. Videovigilancia en la empresa ¿vale todo? En *DLRDJIF*, 2009, núm. 233.

SUPIOT, A. Un faux dilemme: la loi ou le contrat? En *DS*, 2003.

TEJERINA ALONSO, J.I. *El acceso a la Seguridad Social de los Agentes y Subagentes de Seguros*, RSS, 1989, núm. 41.

THIBAUT ARANDA, J. Teletrabajo forzado a domicilio. In *AL*, núm.4, 2006.

ANEXO NORMATIVO

Directiva 89/391/CEE del Consejo, 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 trabajo (DOCE de 29 de junio de 1989. L 183).

Directiva 90/270/CEE 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 (DOUE de 21 de junio de 1990. L 156).

Directiva europea 95/46/CE, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos (DOUE de 23 de noviembre de 1995, núm. L 281).

Directiva 98/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de julio de 1998 por la que se establece un procedimiento de información en materia de las normas y reglamentaciones técnicas y de las reglas relativas a los servicios de la sociedad de la información (DOUE de 5 de agosto de 1998, núm. L 217).

Recomendación de la Comisión de 12 de mayo de 2009 sobre la aplicación de los principios relativos a la protección de datos y la intimidad en las aplicaciones basadas en la identificación por radiofrecuencia (DOCE L 122, de 16 de mayo de 2009).

Acuerdo Marco Europeo sobre Telerabajo.

ANEXO NORMATIVO

Constitución Española (BOE de 29 de diciembre de 1978. núm. 311).

Ley Orgánica 11/1985 de 2 de agosto de Libertad Sindical (BOE de 8 de agosto de 1985. núm. 189).

Ley Orgánica 4/1997, de 4 de agosto que regula la utilización de videocámaras por la Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en lugares públicos (BOE de 5 de agosto de 1997. núm. 186).

Ley Orgánica 15/1999 de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal (BOE de 14 de diciembre de 1999. núm. 298).

Ley de Contrato de Trabajo de 21 de noviembre de 1931 (Gaceta de Madrid de 22 de noviembre de 1931. núm. 326).

Ley de Contratos del año 1944 (BOE de 24 de febrero de 1944. núm. 55).

Legge 14 luglio 1959, n. 741 (in Gazz.Uff, 18 settembre, n. 225). Norme transitorie per garantire minimi di trattamento economico e normativo ai lavoratori. (Las normas transitorias para garantizar un salario mínimo y las condiciones de los trabajadores).

Legge 11 de agosto 1973, n 533 (in Gazz. Uff, 13 settembre, n. 237). Disciplina delle controversia individuali di lavoro e delle controversia in materia di previdenza e di assistenza obbligatorie. (Reglamento de conflictos laborales individuales y los litigios relativos a la seguridad y la asistencia necesarias).

Ley de Relaciones Laborales del año 1976(BOE de 21 de abril de 1976. núm. 96).

Ley de Seguridad Privada (BOE de 4 de agosto de 1992. núm. 186).

Ley 31/1995 de Prevención de Riesgos Laborales (BOE de 10 de noviembre de 1995. núm. 269).

Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo. (BOE de 12 de julio de 2007, núm. 166).

Real Decreto de 24 de julio de 1889, por el que se aprueba el Código Civil Español.

Real Decreto-Ley de 26 de julio de 1926. (Gaceta de Madrid de 31 de julio de 1926. núm. 212).

Real Decreto-Ley de 20 de octubre de 1927 Gaceta de Madrid de 25 de octubre de 1927. núm. 298).

Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral. (BOE de 11 de febrero de 2012. núm. 36.)

Real Decreto 2001/1983, de 28 de julio, sobre Regulación de la Jornada de Trabajo, Jornadas Especiales y Descansos (BOE de 29 de julio de 1983. núm. 180).

Real Decreto 1561/1995, de 21 de septiembre, sobre Jornadas Especiales de Trabajo (BOE de 26 de septiembre de 1995. núm. 230).

Real Decreto 1289/1999, de 23 de julio. Creación de la Comisión Interministerial de la Sociedad de la Información y de las Nuevas Tecnologías. (BOE de 27 de julio de 1999. núm. 178).

Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (BOE de 29 de marzo de 1995, núm.75).

ANEXO NORMATIVO

Real Decreto Legislativo 5/2000 de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre las Infracciones y Sanciones en el Orden Social. (BOE de 8 de agosto de 2000. núm. 189).

Decreto de 26 de enero de 1944 en el que se aprueba el Texto Refundido del Libro I de la Ley de Contrato de trabajo (BOE de 24 de febrero de 1944. núm. 55).

Convenio de Newco Airport Services S.A (BOE de 20 de febrero de 2006. núm.43).

Convenio de Grandes Almacenes (BOE de 27 de abril de 2006. núm. 100).

Convenio de Decathlon España S.A. (BOE de 6 de junio de 2006. núm. 134).

Convenio del Grupo de Empresas Bureau Veritas (BOE de 12 de abril de 2007. núm. 88).

Convenio para el personal técnico de mantenimiento de mantenimiento de Swiftair S.A (BOE de 21 de junio de 2007. núm. 148).

Convenio General de la Industria Química (BOE de 29 de agosto de 2007. núm. 207).

Convenio Colectivo de Aldeasa S.A. (BOE de 5 de enero de 2008. núm. 5).

Convenio Colectivo Banco de España (BOE de 28 de enero de 2008, núm. 24).

Convenio de Consum, Sociedad Cooperativa Valenciana (BOE de 11 de marzo de 2008. núm. 61).

Convenio Colectivo Marco de Endesa (BOE de 26 de junio de 2008, núm. 154).

VIII Convenio Colectivo de Unidad Editorial, S.A. (BOE de 29 de mayo de 2009, núm. 130).

Convenios Colectivos Repsol YPF (BOE de 12 de agosto de 2009, núm 194).

Convenio Colectivo de Telefónica Móviles (BOE de 31 de agosto de 2009, núm. 210).

XIX Convenio Colectivo Interprovincial para la empresa Alcatel-Lucent España S.A. (BOE de 19 de septiembre de 2009, núm. 227).

X Convenio Colectivo de Repsol Quimica S.A Artículo 63 (BOE de 28 de octubre de 2009, núm. 260).

Convenio colectivo de Cableuropa, SAU y Tenaria, S.A, BOE de 3 de abril de 2010, núm. 81).

III Convenio colectivo de Numil Nutrición, S.R.L. (BOE de 29 de mayo de 2010, núm. 131).

II Convenio Colectivo de Iberdrola Inmobiliaria SAU (BOE de 21 de marzo de 2011, núm. 68).

ANEXO JURISPRUDENCIA

STC de 29 de noviembre de 1984. núm. de rec. 114.

STC de 2 de diciembre de 1988. núm. de rec. 231.

STC de 17 de octubre de 1991. núm. de rec. 197.

STC de 11 de marzo de 1996. núm. de rec. 34.

STC de 10 de abril de 2000. núm. de rec. 098.

STC de 10 de julio de 2000. núm. de rec. 186.

STC de 14 de septiembre de 2000. núm. de rec. 2155.

STC de 26 de noviembre de 2001. núm. de rec. 1142.

STC de 3 abril de 2002. núm. de rec. 070.

STC de 7 de noviembre de 2005. Núm. de rec. 281.

STS de 25 de mayo de 1987. núm. de rec. 3863.

STS de 21 de diciembre de 1987. núm. de rec. 9582.

STS de 1 de abril de 1991. núm. de rec. 3239.

STS de 23 de abril de 1991. núm. de rec. 314.

ANEXO JURISPRUDENCIA

STS de 27 Mayo de 1992. núm. de rec. 1421.

STS de 21 de diciembre de 1993. núm. de rec. 3839.

STS de 14 de febrero de 1994. núm. de rec. 123.

STS de 22 de Abril de 1996. núm. de rec. 2613.

STS de 15 de julio de 1996. núm. de rec. 711.

STC de 14 de septiembre de 2000. núm. de rec. 2155.

STS de 26 de noviembre de 2001 núm. rec. 1142.

STS de 11 de abril de 2005. núm. de rec. 143.

STS de 26 de abril de 2006. núm. de rec. 2076.

STS de 26 de septiembre de 2007. núm. de rec 966.

STS de 18 de marzo de 2009. núm. de rec. 1709.

STS de 30 de abril de 2009. núm. de rec. 1701.

STS de 11 de mayo de 2009. núm. de rec. 3704.

STS de 7 de octubre de 2009. núm. de rec. 4169.

STS de 23 de noviembre de 2009. núm. de rec. 170.

STSJ de Baleares de 10 de febrero de 1992. núm. de rec. 522.

STSJ de Galicia de 25 de enero de 1996. (AS 12/1996).

STSJ de Madrid, de 30 de septiembre de 1999. núm. de rec. 2938.

STSJ de Asturias de 20 de julio de 2000. núm. de rec. 1613.

STSJ del País Vasco 4 de noviembre de 2003 (AS/64, 2004).

STSJ de Navarra de 7 de enero de 2009. núm. de rec. 541.

STSJ del Principado de Asturias de 20 de marzo de 2009. núm. de rec.
2877.