

III. SENTENCIA DESTACADA

§ 71. TIC y poder de control empresarial: reglas internas de utilización y otras cuestiones relativas al uso de Facebook y redes sociales

FRANCISCO JAVIER CALVO GALLEGO

Profesor Titular de Universidad. Universidad de Sevilla

Revista Aranzadi Social Doctrinal 9
Enero - 2012
págs. 125 a 151

Sentencia comentada:

↳ STSJ La Rioja, de 23 mayo 2011 (JUR 2011, 205864)*

Palabras clave: Internet, despido, Facebook, intimidad, derechos fundamentales.

Keywords: Internet, dismissal, facebook, privacy, fundamental rights.

Fecha recepción original: 2 de diciembre de 2011

Fecha aceptación: 10 de diciembre de 2011

SUMARIO

- I. A MODO DE INTRODUCCIÓN: LAS TIC Y LAS FUENTES DE REGULACIÓN DEL DERECHO LABORAL
- II. LA CONFIGURACIÓN JURISPRUDENCIAL DE LOS PARÁMETROS DEL USO CON FINES PRIVADOS DE LAS TIC DE LA EMPRESA Y SU CONTROL POR EL EMPLEADOR-1. *Sobre el uso privado de las TIC por parte del trabajador: el derecho a un uso inocuo*-2. *Posibilida-*

* Véase la sentencia comentada en la revista Jurisprudencial de AS núm. 9, 2011, (Documento aparte).

des y límites del control empresarial—3. *La jurisprudencia del Tribunal Supremo: las SSTS de 26 de septiembre de 2007 y 8 de marzo de 2011. Algunas consideraciones*—3.1. Los tres pilares centrales en la doctrina del Tribunal Supremo—3.2. Algunas observaciones a esta doctrina

- III. LAS NORMAS INTERNAS COMO EPICENTRO DE ESTA CUESTIÓN: ANÁLISIS DE LA STSJ DE LA RIOJA
- IV. A PROPÓSITO DE FACEBOOK Y DE LAS CRÍTICAS A LAS EMPRESAS EN LA RED
- V. BIBLIOGRAFÍA

I. A MODO DE INTRODUCCIÓN: LAS TIC Y LAS FUENTES DE REGULACIÓN DEL DERECHO LABORAL

A nadie escapa que la progresiva incorporación a nuestro sistema productivo de las nuevas tecnologías de la información y comunicación (TIC) ha ido generando una serie de problemas y realidades absolutamente impensables para una legislación laboral como la española que, en sus aspectos esenciales, y aún reformada en múltiples aspectos, procede en esencia del siglo pasado. Cuestiones como el uso para fines privados de Internet o del correo electrónico, la autodeterminación informativa, la vigilancia genética, los controles biométricos y tantos otros, sólo existían durante la década de los ochenta, si me permiten el simil, en la literatura de ciencia ficción. Para la legislación laboral de aquella época, los tablones, naturalmente, seguían siendo de corcho, la comunicaciones, todo lo más, eran telefónicas, y a nadie se le ocurría llevarse un libro, abrir el periódico, compartir las fotos o hacer comentarios hirientes sobre tu jefe o tu actividad laboral en el puesto de trabajo, mientras que la videovigilancia era algo excepcional y, desde luego, no una posibilidad anunciada por televisión para los empleadores domésticos.

Lo más llamativo de todo este vertiginoso proceso¹ es que, al menos en este punto, la legislación laboral española —que, como veremos, no la normativa— se ha mostrado incapaz de adaptarse a este proceso. Anclada en su clásica visión fordista, el art. 18 ET (RCL 1995, 997) sigue refiriéndose al control de las «taquillas», los art. 81 ET y 80 (LOLS (RCL 1985, 1980) siguen refiriéndose al tablón de anuncios y las normas sobre control empresarial siguen centradas en el control de la salud, una cuestión importante, pero sin duda alejada de los problemas cada vez más frecuentes en la realidad social española.

Este «mal» envejecimiento de la legislación laboral —que en ocasiones, y como en algún momento he señalado, nos recuerda a la perspectiva con la que los estudiantes de este nuevo siglo abordan ahora la importancia que nuestro entrañable Código Civil otorgaba y otorga a la persecución del enjambre en fundo ajeno— ha provocado que la regulación de esta materia no sólo sea interesante por su contenido, sino también por los instrumentos de regulación. Y ello porque la ordenación del uso de estas TIC en la empresa se ha convertido en un auténtico muestrario, no sólo de la importancia de otras fuentes del Derecho

1. Sobre la evolución de estas cuestiones y su impacto sobre los poderes empresariales nos remitimos al completo trabajo de R. TASCÓN LÓPEZ, «Sobre la evolución de los límites del poder tecnológico de control empresarial en el caso español», disponible en <http://www.bit.ly/vMraGu> y a quien se envía para una mucho más amplia referencia bibliográfica. En general, y sobre todos estos temas, puede consultarse MERCADER UGUINA, J. R., *Derecho del Trabajo, Nuevas Tecnologías y Sociedad de la Información*, Lex Nova, Valladolid, 2002; AA VV, *Tecnología informática y privacidad de los trabajadores*, (Coord. M. JEFFERY, J. THIBAUT, A. JURADO) Thomson Aranzadi, 2003; AA VV, *Nuevas tecnologías de la información y la comunicación y Derecho del Trabajo*, (Coord. ALARCÓN CARACUEL, M. R. ESTEBAN LEGARRETA, R.) Albacete, Bomarzo, 2004; AA VV, *Relaciones laborales y nuevas tecnologías*, (S. DEL REY GUANTER dir.), La Ley, 2005.

de origen no legal –piénsese en la prohibición de discriminación genética y el Tratado de Oviedo²– sino, y sobre todo, de la trascendencia material de «nuevas fuentes» de regulación que van desde la Instrucción de la Agencia de Protección de Datos en materia de videovigilancia³, hasta los acuerdos de empresa en relación con el teletrabajo⁴ o el uso de las TIC para la actividad sindical, pasando por los códigos de conducta en relación con el uso de los medios informáticos o el control de la privacidad.

En cualquier caso, de lo que no cabe duda es de que también en este punto la importancia de la jurisprudencia ha sido vital. La regulación de las TIC es seguramente uno de los campos en los que el Derecho del Trabajo español es básicamente un derecho jurisprudencial⁵. Y un Derecho jurisprudencial, si se me permite la expresión, ampliamente desarrollado y muy firmemente asentado. La sentencia que comentamos es buena muestra de ello, ya que se limita a reiterar una doctrina consolidada en todos los ámbitos de la jurisdicción social. De ahí que la misma constituya sin duda una buena ocasión para recordar esta evolución, si bien, y como veremos, el mismo supuesto de hecho también nos brinde la oportunidad de indagar en un nuevo campo como es el de las redes sociales y la relación laboral, que seguramente también provocará problemas jurisprudenciales en España como, de hecho, ya los está provocando en otros países como Inglaterra, Francia o Estados Unidos. Pero vayamos por partes.

II. LA CONFIGURACIÓN JURISPRUDENCIAL DE LOS PARÁMETROS DEL USO CON FINES PRIVADOS DE LAS TIC DE LA EMPRESA Y SU CONTROL POR EL EMPLEADOR

En relación con las dos cuestiones fundamentales que aborda la sentencia –las posibilidades y los límites, en su caso, del uso para fines privados de los medios informáticos y de telecomunicaciones de la empresa, y, en segundo lugar, las posibilidades y los hipotéticos límites en el control empresarial del uso de Internet y las «auditorías» de ordenadores– la evolución en la doctrina de suplicación ha sido, al menos a nuestro juicio, bastante clara e intensa.

2. Véase el art. 11 del Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina (Convenio relativo a los derechos humanos y la biomedicina), hecho en Oviedo el 4 de abril de 1997 (RCL 1999, 2638, 2822). Instrumento de ratificación publicado en el BOE de 20 octubre 1999, n. 251.
3. En relación con la Instrucción 1/2006, de 8 de noviembre (RCL 2006, 2206 y RCL 2007, 15), sobre tratamiento de datos personales con fines de vigilancia a través de sistemas de cámaras o videocámaras –«que ha desarrollado una eficaz labor de precisión, disipando definitivamente cualquier posible duda sobre la aplicación de los principios de protección de datos a la instalación de sistemas de vídeo, incluso en el ámbito laboral»–, con observaciones ciertamente interesantes J. L. GOÑI SEIN, «Videovigilancia y nuevas formas de control del empleador: La perspectiva de la protección de datos», en AA VV, *Anuario de Conferencias del CARL 1^{er}*. Semestre de 2008, CARL Sevilla, 2009 p. 151 y ss.; R. TASCÓN LÓPEZ, «Sobre la evolución de los límites del poder tecnológico...», cit., p. 41 y ss.
4. Véase, por todos, AA VV, «Nuevas Actividades y Sectores Emergentes: El Papel de la Negociación Colectiva» (Actualización 2006), dir. M. C. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, MTIN, 2006.
5. Destacando igualmente esta importancia R. TASCÓN LÓPEZ, «Sobre la evolución de los límites del poder tecnológico...», cit., p. 10 del original impreso.

1. Sobre el uso privado de las TIC por parte del trabajador: el derecho a un uso inocuo

Así y por lo que se refiere al uso privado de las TIC, la respuesta mayoritaria e incluso, podríamos decir, consolidada en un primer momento entre una buena parte de operadores jurídicos españoles fue la simple equiparación de estos nuevos elementos a los restantes medios de producción: los equipos informáticos y las conexiones a la red serían, simple y llanamente, ante el silencio del legislador, una herramienta productiva más, propiedad del empresario; un medio de producción peculiar, pero un medio de producción al fin y al cabo, cuya utilización para fines privados no sería admisible en principio, salvo permiso expreso o tácito del empleador⁶. Por tanto, para esta posición de partida el uso privado de estos medios estaría originariamente prohibido sin necesidad de matización o indicación alguna por parte del empleador; al igual que las impresoras, las fotocopiadoras o el material de oficina, su uso privado estaría *ab origine* prohibido para el trabajador, salvo acuerdo en contrario, o permiso –volvemos a repetir– expreso o tácito del empleador –cuyo carácter revocable o no tampoco solía abordarse en la doctrina española–, pudiendo, por tanto, la empresa proceder a despedir al trabajador alegando, básicamente, abuso de confianza o ruptura de la buena fe contractual ante una utilización privada, en principio irregular, sin necesidad de haber procedido previamente a avisar de la ilegalidad de estos comportamientos⁷.

Ahora bien, a poco que se profundice, se apreciaba rápidamente que, por un lado, la cuestión distaba de ser tan clara, lineal y/o si se prefiere, simple y sencilla como a veces parecía darse a entender, y que, del otro, esta primera solución tampoco parecía la más adecuada a la realidad social que debe servir como canon natural de interpretación en estas cuestiones. Y ello, al menos a mi juicio, por varias razones. La primera, y sin duda fundamental, es que seguramente no estábamos, ni desde luego hoy estamos, ante una herramienta de trabajo más. Tanto Internet como el correo electrónico se han ido convirtiendo rápidamente en una fórmula básica y casi cotidiana de comunicación, que ha alterado el tipo y la forma de relación interpersonal clásica, eliminando las barreras físicas que antes limitaban este proceso de comunicación. Internet y el correo electrónico se han acabado así imponiendo como un esquema natural de comunicación, ampliando el posible campo de actuación de aquélla, y con-

6. En este sentido, creemos, J. LUJÁN ALCARAZ, «Uso y control en la empresa de los medios informáticos de comunicación», *Aranzadi Social*, 2001, núm. 2, p. 4 del documento obtenido en la web. Lógicamente esta misma posición se mantiene en su posterior trabajo *La acción sindical en la empresa*, CES, Madrid, 2003, p. 243 de acuerdo con el cual «en defecto de previsión legal o convencional, el uso –generalizado en la práctica– de las herramientas informáticas de la empresa para fines no estrictamente productivos, sólo puede entenderse amparado en la tolerancia empresarial».
7. Esta equiparación viene de antiguo –véase en este sentido la STS de 8 de octubre de 1988 (RJ 1988, 7550)– y caló profundamente en la doctrina de suplicación. Por todas STSJ de Madrid de 16 de octubre de 1998 (RJ 1998, 3780); STSJ de Cataluña de 26 de julio de 2002 (AS 2002, 2895) –despido procedente por trasgresión de la buena fe, navegación irregular en Internet durante la jornada laboral–; STSJ de Madrid de 12 de marzo de 2002 (JUR 2002, 139344); STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 3 de septiembre de 2001 (JUR 2001, 322228); STSJ del País Vasco de 23 de abril de 2002 (JUR 2002, 221662); STSJ de Madrid de 13 de noviembre de 2001 (AS 2002, 471); STSJ de Cantabria de 23 de febrero de 2004 (AS 2004, 444); STSJ de Madrid de 18 de junio de 2003 (AS 2003, 3625); STSJ de Galicia de 30 de mayo de 2003 (AS 2003, 3128); STSJ Castilla y León (Valladolid) de 8 de noviembre de 2004 (AS 2004, 3073).

virtiéndose de este modo en un vehículo básico a través del cual el empleado se socializa y ejerce sus derechos fundamentales. De ahí que considerar ilegal desde un principio su utilización sin la necesidad de aclaración ni justificación alguna no parecería lo más adecuado a la realidad social, sobre todo si tenemos en cuenta otros dos factores.

El primero es que si bien en un primer momento la empresa y los defensores de esta simple equiparación pudieron alegar igualmente el posible coste económico que este tipo de uso privado podría generarle a la organización –coste que, por cierto, tampoco llevó en un caso ciertamente similar como el teléfono a una solución tan drástica⁸, sobre todo cuando se trataba de un uso esporádico, puntual o excepcional y no existió prohibición previa o reacción adecuada en el tiempo por parte del empleador⁹–, lo cierto es que, como decimos, en la actualidad, por la forma de conexión o el tipo de acceso a la red, la utilización puntual o privada del trabajador no supone un coste añadido, ni tan siquiera mínimo, a la empresa. Cuando –como es hoy en día lo más frecuente incluso en las conexiones móviles– la conexión establecida o contratada es, por ejemplo, ADSL o por tarifa plana, y, por tanto, la conexión individualizada o privada del trabajador carece de un coste añadido para la empresa –el precio del servicio es igual se produzca o no dicha conexión–, el elemento coste económico desaparecería, y, por tanto, no podría por sí mismo justificar una prohibición primigenia y general de acceso o uso privado.

El segundo, es que tampoco este uso para fines personales de tales medios tiene que suponer una merma en la diligencia con la que el trabajador está legalmente obligado a cumplir sus deberes laborales¹⁰. Es evidente que la utilización privada de las TIC no debe provocar una desatención por parte del trabajador de sus obligaciones laborales. Pero obsérvese que, en estos casos, lo que se prohíbe no es tanto el uso de los medios, inocuo para el empleador, como la inactividad en el cumplimiento de la obligación laboral. De ahí que dicha restricción en nada impediría la utilización no dañina de estos materiales en los tiempos de descanso o en las micropausas fisiológicamente necesarias en la actividad laboral¹¹; unas micropausas éstas que, por cierto, ha reconocido desde

8. STSJ del País Vasco de 4 de junio de 2003 (AS 2003, 1543) o del STSJ de Cataluña de 11 de febrero de 2003 (JUR 2003, 116172). En cualquier caso, lo cierto es que la mayoría de resoluciones consideraron procedente el despido, si bien es cierto que en estos casos normalmente existía un grave perjuicio económico para la empresa –STSJ de Cataluña de 21 de mayo de 2003 (AS 2003, 2511); STSJ de Castilla-La Mancha de 8 de enero de 2003 (AS 2003, 936)–; calificación ésta de procedente que es aún más frecuente si dicha utilización indebida va unida a otros incumplimientos –STSJ de Madrid de 28 de diciembre de 2004 (AS 2004, 4027); STSJ de Canarias (Las Palmas) de 24 de septiembre de 2004 (JUR 2004, 286692); STSJ de Aragón de 29 de julio de 2004 (JUR 2004, 139515)–. En general, sobre esto temas L. A. FERNÁNDEZ VILLAZÓN, *Las facultades empresariales...*, cit., p. 92 y ss.
9. En este sentido A. V. SEMPERE y C. SAN MARTÍN, «Sobre nuevas tecnologías y relaciones laborales» en Aranzadi Social, 2002, núm. 15 (BIB 2002, 2021), para quienes «el uso extralaboral ajustado a criterios de racionalidad y moderación no constituye transgresión de la buena fe contractual causante del despido».
10. Sobre esta diligencia, sigue siendo de necesaria referencia el trabajo de G. BARREIRO GONZÁLEZ, *Diligencia y negligencia en el cumplimiento. Estudio sobre la prestación debida por el trabajador*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1981.
11. Y es que como recuerda J. L. GOÑI SEIN, El respeto a la esfera privada del trabajador, Civitas, Madrid, 1988, p. 144 (BIB 1988, 402), siguiendo a ASSANTI-PERA es necesario admitir «los momentos de distracción y de inactividad que están naturalmente presentes en cualquier trabajo y que deben tolerarse porque la misma producción debe adecuarse a estos límites, que son los límites de aplicación del trabajo humano».

hace ya tiempo el propio Tribunal Constitucional al admitir implícitamente la existencia –y, por tanto, implícitamente, la legitimidad– de estos mínimos periodos de «desconexión» –si se nos permite la expresión– al señalar la necesidad de someter al test de proporcional aquellos medios de control permanente que también podrían abarcar estos mínimos lapsos personales o comunicaciones entre trabajadores o clientes de naturaleza personal¹². De ahí que no parezca admisible seguir sosteniendo, a principios de este nuevo siglo, la necesidad o incluso la posibilidad de exigir una atención permanente, constante y sin fisuras del trabajador, que prescinda u olvide la necesidad de micropausas absolutamente necesarias a lo largo de toda jornada laboral¹³, o que prohíba, sin mayor justificación, el uso inocuo de estos mecanismos a través de los que se ejercitan derechos fundamentales, sin que ello suponga coste o perjuicio añadido alguno para la empresa¹⁴.

Seguramente por todas estas razones y, por qué no decirlo, por las propias expectativas subjetivas que la generalizada aceptación tácita de estos comportamientos por parte de la mayor parte de los empresarios generaron entre los propios trabajadores¹⁵, comenzaron a surgir rápidamente voces que señalaban cómo difícilmente podían considerarse estas herramientas unos meros instrumentos de producción más¹⁶. La ausencia de un perjuicio económico para la empresa en muchos de estos casos, la imposibilidad de exigir a estos trabajadores una diligencia y atención incondicionada, propia del superado «feudalismo industrial», unida a su carácter de vehículo de socialización llevó, poco a poco, a una posición que aparentemente suponía un cambio de matiz, pero que, a nuestro juicio, escondía mucho más, sobre todo por lo que después veremos en sede de control.

Y ello porque la primera Sentencia del Tribunal Supremo que abordó el problema, la tan citada Sentencia de 28 de junio de 2006 (RJ 2006, 8452), al hilo de una progresiva elaboración del ámbito de la intimidad del trabajador, y por tanto, del ámbito normal de control empresarial, asumió la posición de la Sala de lo Social del TSJ del País Vasco. Y esta posición partía de un razonamiento según el cual de «la falta de prohibición específica» por la empresa de este uso privado de tales medio cabía deducir «la autorización», dando además por sentado, al menos a mi juicio, que el obligado a demostrar la existencia de esta prohibición era el empresario¹⁷.

Desde esta perspectiva, el problema ya no era de licitud o no de este uso

12. Vid. STC 98/2000 de 10 de abril (RTC 2000, 98).
13. Estas dudas en M. F. FERNÁNDEZ LÓPEZ, «Nuevas tecnologías y control», original impreso pendiente de publicación.
14. En una dirección similar parece moverse, por ejemplo, L. A. FERNÁNDEZ VILLAZÓN, *Las facultades de control de la actividad laboral*, Aranzadi, Navarra, 2003, p. 111.
15. Véase, por ejemplo, en este sentido, aunque nuevamente cautelosa, la STS de 26 de septiembre de 2007 (RJ 2007, 7514) sobre la que volveremos inmediatamente.
16. En este mismo sentido, destacando la necesidad de analizar cada una de las vertientes de esta figura «poliédrica» L. A. FERNÁNDEZ VILLAZÓN, *Las facultades empresariales...*, cit., p. 108.
17. Con posterioridad destacando, por ejemplo, la existencia de esta prohibición expresa STSJ Comunidad Valenciana de 4 de julio de 2007 (AS 2007, 2879).

privado, sino de límites en el mismo. Y en este sentido, de la doctrina de los Tribunales se extraían una serie de límites casuísticos, pero que podían someterse a un breve intento de clasificación¹⁸.

En primer lugar, obviamente, nos encontraríamos con límites técnicos, en función de las concretas peculiaridades de la empresa, de la CPU, de la intranet, del servidor y de su conexión a la red, ya que este uso debía ser inocuo, no produciendo merma de la productividad de la empresa y de sus medios tecnológicos o daños en los mismos¹⁹. Y desde esta perspectiva se consideró inadmisibles, por ejemplo, el uso privado que podía provocar la ralentización o disminución del rendimiento tanto del ordenador como de la intranet o de la propia conexión a Internet de la empresa u organización productiva²⁰. Del mismo modo, que también se consideró incumplimiento de la buena fe la instalación o uso de programas privados²¹ cuando reduzcan la velocidad y rendimiento de la CPU.

El segundo gran grupo de limitaciones vendría dado por la necesidad de que dicho uso no supusiera un daño ni un riesgo para los medios tecnológicos puestos a disposición del trabajador. Esta sería la causa, por ejemplo, que justificaba el desvalor con el que se analizaron las descargas de programas o archivos que pudieran portar virus o a través de los cuales se accedían a ficheros o chats mediante los que cuales podían introducirse «gusanos» o «troyanos», del mismo modo que también solían sufrir este mismo desvalor la conexión a portales que, por la institución que los regenta o por su contenido pudieran considerarse «no seguros».

El tercer gran grupo de limitaciones, plenamente justificable desde esta perspectiva, podría centrarse en la prohibición de eliminar todo uso que pudiera generar posibles responsabilidades externas para la empresa. Y ello tanto porque a través de las mismas se realizasen acciones de las que puedan derivarse responsabilidades civiles o de cualquier otro tipo para la empresa²².

En cuarto lugar, aunque como limitación no específica por el medio utilizado, es evidente que resultaba igualmente inadmisibles el uso de estas tecnologías para actividades que pudieran ser consideradas por sí mismas como violación de la buena fe contractual. Ejemplos de esto último serían el acceso y la

18. Para otra clasificación, en cuanto a presencia de los trabajadores en redes sociales desde la perspectiva empresarial en I. FERIA BASILIO, «Libertad de expresión del trabajador en redes sociales» comunicación presentada al X Congreso Europeo de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Sevilla septiembre, 2011.

19. Sobre el hecho de que esta utilización no debería suponer ni provocar perturbaciones en el uso de los sistemas informáticos, por mencionar sólo una, STSJ de Cataluña de 22 de julio de 2004 (AS 2004, 2696).

20. Ejemplos habituales en nuestra jurisprudencia son las descargas privadas que merman significativamente el ancho de banda, disminuyendo considerablemente la velocidad de conexión o un uso del correo que por sus dimensiones, su carácter masivo, el número de los destinatarios o del «peso» de archivos adjuntos –sobre todo si no han sido comprimidos– pudieran ocasionar trastornos a la red. Un amplio elenco de estas resoluciones en R. TASCÓN LÓPEZ, «Sobre la evolución de los límites del poder tecnológico...», cit., p. 19.

21. Vid. STSJ Comunidad Valenciana de 4 de julio de 2007 (AS 2007, 2879).

22. Véase, para un caso concreto, las infracciones administrativas contempladas en el art. 38 de la Ley 34/2002, de 11 de julio (RCL 2002, 1744), de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, modificado por la Ley 56/2007, de 28 de diciembre (RCL 2007, 2385); Ley 25/2007, de 18 de octubre (RCL 2007, 1891); la Ley 59/2003, de 19 de diciembre (RCL 2003, 2975) y la Ley 32/2003, de 3 de noviembre (RCL 2003, 2593 y RCL 2004, 743).

publicidad de información confidencial de la empresa absolutamente ajena a las tareas del trabajador²³, la entrada en el correo de otros compañeros²⁴, su uso para realizar actuaciones subsumibles como competencia desleal²⁵ o, por último, su utilización para desarrollar acoso sexual o moral o como vehículo de manifestaciones degradantes o insultos a sus compañeros o al propio empresario²⁶.

Y finalmente, y en quinto lugar, es obvio, que este uso inocuo tampoco permitiría –sobre todo en la óptica de nuestros Tribunales– un uso que por su prolongada duración supusiera simple y llanamente un incumplimiento de la simple obligación de prestar servicios de forma diligente. De hecho, la mayoría de sentencias de suplicación partían siempre del rechazo a una utilización desmedida por su amplitud de los medios tecnológicos por parte del trabajador; lo que parecía dar a entender la aceptación de conexiones puntuales, de escasa duración o excepcionales incluso durante el tiempo de trabajo. Y ello, sobre todo, cuando, como ya hemos visto, la empresa venía permitiendo cierta flexibilidad en este uso privado de este instrumento y no se advirtió previamente al trabajador²⁷.

En cualquier caso, lo que sí llamaba la atención es que nuestra jurisprudencia de suplicación valoró –y llamativamente sigue valorando de forma muy negativa– el hecho de que las páginas visitadas sean de contenido pornográfico, crótico, de juego o apuestas; algo que, por cierto, más allá de consideraciones morales, no acierta a comprenderse muy bien desde un punto de vista estrictamente jurídico²⁸. Y es que en principio, el concreto contenido de la página, su mayor o menor ajuste con la moral vigente no parece que incida bajo ningún concepto en el cumplimiento de la obligación o en la existencia o no de incumplimiento de los concretos deberes laborales²⁹. Todo lo más podría considerarse como claramente ajenas al interés profesional, pero no merecer un mayor desvalor que otras como las deportivas que, igualmente, nada tienen que ver con la actividad laboral del empleado. Quizás este desvalor esté motivado por la conexión o «seguidismo», a veces no siempre consciente, por el que nuestra doctrina de suplicación solía trasladar a esta sede las conclusiones alcanzadas en relación con el uso privado del teléfono profesional. Pero volvemos a destacar que, en este caso, y a diferencia del teléfono, las conexiones a este tipo de páginas no suelen suponer un mayor coste económico, aunque sí posibles alteraciones en la forma de entrada u otras molestias para el usuario, así como el omnipresente problema de posible «infecciones».

Finalmente, y para concluir esta rápida evolución del «estado de la cuestión» de este primer «derecho judicial» en relación con esta materia, parece

23. STSJ del País Vasco de 1 de julio de 2002 (AS 2002, 2852).

24. STSJ de Cantabria de 26 de agosto de 2004 (AS 2004, 2513).

25. STSJ Comunidad Valenciana de 4 de julio de 2007 (AS 2007, 2879).

26. Vid. STSJ de Madrid de 12 de junio de 2001 (AS 2001, 2953) en la que se constata este uso como incumplimiento, si bien grave, y no muy grave como pretendía la empresa o la «histórica» STSJ de Cataluña de 14 de noviembre de 2000 (AS 2000, 3444).

27. Por todas, STSJ de Madrid de 16 de julio de 2002 (AS 3036).

28. Por mencionar dos ejemplos SSTSJ de Cataluña de 14 de noviembre de 2000 (AS 2000, 3444) y de 5 de julio de 2000 (AS 2000, 3452).

29. En un sentido similar, refiriéndose a «una especie de censores morales» A. V. SEMPERE NAVARRO, C. SAN MARTÍN MAZZUCCONI, «Sobre nuevas tecnologías y relaciones de trabajo» en *Aranzadi Social*, 2002, núm. 15 p. 4 del texto disponible en (BIB 2002, 2021).

necesario resaltar la configuración jurisprudencial ciertamente amplia de lo que se considera o podía considerarse realización de actividades profesionales en este ámbito³⁰; unas actividades profesionales entre las que, al menos a mi juicio, deberían incluirse, obviamente, las conexiones realizadas a través de los portales B2E –empresa a trabajador– y a través de la cual, por cierto, cada vez con mayor asiduidad se entienden cumplidos ciertos trámites de información al trabajador, de documentación, por ejemplo de nóminas o se canalizan las solicitudes de los empleados a su empresa³¹.

Ahora bien, si como decimos éste era el estado de la cuestión durante el primer lustro del siglo en el ámbito judicial, lo cierto es que toda esta construcción va a verse alterada por la incidencia en la misma de una cuestión distinta aunque conexa como es la forma y capacidad de controlar este uso por parte empresarial. Y ello porque la solución que a esta cuestión va a dar el Tribunal Supremo va a implantar y a exigir en la práctica, como paso absolutamente necesario para la construcción del material probatorio por parte del empleador, un elemento previo; un elemento que, como veremos, normalmente va a asumir estos límites y criterios jurisprudenciales, pero que exigirá como requisito ineludible la presencia de una «política empresarial», de un código de conducta, o, en otra de las terminologías más frecuentemente utilizadas, de unas «normas de uso» de estas TIC, emanadas por el empleador y comunicadas fehacientemente al trabajador. Pero vayamos nuevamente por partes.

2. Posibilidades y límites del control empresarial

En este sentido y realizando nuevamente un breve análisis cronológico de nuestra doctrina de suplicación en relación con las posibilidades y los límites del control empresarial del uso de estos medios, es fácil detectar cómo, sobre todo durante los primeros años, la opción mayoritaria de las Salas de lo Social de los TSJ fue admitir, con mayores o menores matices –sobre los que volveremos inmediatamente– la posibilidad de un cierto control empresarial en relación con el uso del ordenador y de Internet por parte del trabajador³². La prevalente visión de estos medios como meros instrumentos de trabajo –que ya hemos recordado– y la consiguiente necesidad de controlar la correcta ejecución de la prestación laboral desarrollada a través de los mismos hizo que, como decimos, la inmensa mayoría de estas primeras sentencias de suplicación permitan, con mayores o menores matices este tipo de controles o «auditorías»³³. Y

30. Una interpretación amplia que, por cierto, se aprecia igualmente a la hora de analizar la licitud o no del uso de los medios telefónicos que pone a disposición del trabajador la empresa –STSJ de Cataluña de 11 de febrero de 2003 (JUR 2003, 116172)–.

31. Para un caso extremo –dimisión por correo electrónico– STSJ de Madrid de 13 de marzo de 2001 (AS 2001, 1733).

32. Insistiendo en la conveniencia de una regulación legal del tema, M. APILUELO MARTÍN, «Contornos de control empresarial de la intimidad del trabajador ante las nuevas tecnologías y a la luz de la doctrina judicial», en *Aranzadi Social*, 2003, núm. 4 (BIB 2003, 608), p. 3.

33. Por mencionar algunos ejemplos, STSJ de Cantabria de 26 de agosto de 2004 (AS 2004, 2513) y aún menos matizada la STSJ de Cataluña de 11 de marzo de 2004 (AS 2004, 1231), si bien en este último caso es cuanto menos discutible la trascendencia que se otorga al acuerdo del trabajador sobre estos controles en el contrato individual. Véase igualmente STSJ de Cantabria de 23 de febrero de 2004 (AS 2004, 444) y, aunque junto con otros factores, SSTSJ de Madrid de 16 de diciembre de 2003 (AS 2004, 2297) y de 10 de abril de 2003 (AS 2003, 3257).

ello, sobre todo, cuando el control se realizaba sin actuar físicamente sobre el terminal, por ejemplo, a través de los archivos del servidor, o –lo que, como se destacó, era especialmente peligroso, dada la debilidad contractual del trabajador³⁴– cuando del conjunto de los hechos admitidos se deducía que el empleado hubiera podido consentir previamente este tipo de control, aunque fuera de forma general³⁵.

Sin embargo, esta genérica y casi indiscriminada aceptación del control empresarial de tal uso intentó ser matizada, al menos en algunos casos, por dos vías.

La primera, ciertamente procedimental, se centró en la posibilidad –o no, como veremos– de exigir la aplicación analógica en estos casos de los requisitos establecidos en el art. 18 ET para la inspección de las taquillas de los trabajadores; esto es, de incorporar en este tipo de inspecciones la necesaria existencia de indicios –que podrían venir de un análisis generalizado y disociado de los tiempos y lugares visitados–, y, sobre todo, su realización en horario de trabajo y de forma pública, a ser posible con algún representante de los trabajadores o incluso con un fedatario público³⁶, siendo nulas en caso contrario las pruebas de otra forma obtenidas³⁷. Este intento de incorporar elementos de mayor seguridad jurídica generó un intenso debate, no sólo jurisprudencial, sino también doctrinal³⁸, y en el que pesaron argumentos tanto teleológicos –normalmente la posible presencia en el ordenador de aspectos de la intimidad de los trabajadores similares a los presentes en las taquillas de los mismos³⁹–, como literales y funcionales, entre los que se resaltaba –por el contrario– la necesidad de distinguir los requisitos para el acceso empresarial a un elemento de producción –el ordenador– frente a otro elemento ajeno a la misma como la taquilla, en una función excepcional de policía ligada a la tutela del patrimonio empresarial y del resto de compañeros⁴⁰. De ahí, como decimos, que la cuestión no fuera ni mucho menos pacífica dando lugar a la decisiva intervención del Tribunal Supremo, sobre la que volveremos inmediatamente.

La segunda limitación fue bastante más material y profunda. Partía de asumir que, como recordó en su momento el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su conocida Sentencia Rotaru de 4 de mayo de 2000 (TEDH 2000, 130) «ninguna razón de principio permite excluir las actividades profesionales de la noción

34. Unas críticas similares en L. A. FERNÁNDEZ VILLAZÓN «A vueltas con el control empresarial...», cit., p. 39.

35. Vid. STSJ de Cataluña de 11 de marzo de 2004 (AS 2004, 1231).

36. Este sería el caso, por cierto, nada extraño en los supuestos conocidos en suplicación, de la STSJ de Cantabria de 26 de agosto de 2004 (AS 2004, 2513).

37. Asumiendo esta posición en relación con el control de ordenadores, con amplia cita de otras sentencias de suplicación véanse la STSJ Castilla y León (Valladolid) de 8 de noviembre de 2004 (AS 2004, 3073); STSJ de Cantabria de 23 de febrero de 2004 (AS 2004, 444).

38. Véase, por ejemplo, L. A. FERNÁNDEZ VILLAZÓN «A vueltas con el control empresarial...», cit., p. 39; J. LUJÁN ALCARAZ, «Uso y control en la empresa...», cit., p. 6 del original disponible en internet.

39. Como ejemplo, con cita de otras, STSJ de Cantabria de 26 de agosto de 2004 (AS 2004, 2513); STSJ de Cataluña de 22 de julio de 2004 (AS 2004, 2696); STSJ de Cantabria de 23 de febrero de 2004 (AS 2004, 444); STSJ de Cantabria de 20 de febrero de 2004 (AS 2004, 443); SJS de la Comunidad de Madrid n. 33, de 18 de septiembre de 2002, (AS 2002, 2828).

40. STSJ de Madrid de 13 de noviembre de 2001 (AS 2002, 471); STSJ Cataluña de 5 de julio de 2000 (AS 2000, 3452).

de vida privada»⁴¹. Y que, por tanto, y como reconoció nuestro Tribunal Constitucional, también existirían necesarios espacios de intimidad en la relación laboral. De ahí –se seguía– la necesidad de conciliar los poderes empresariales, y en especial, el poder de vigilancia, con la dignidad y la intimidad del trabajador, sometiendo –y esto era lo importante– los posibles controles empresariales que afectasen a derechos fundamentales del empleado a mayores requisitos formales y causales⁴² que permitieran conciliar ambos intereses y derechos⁴³, y, en especial, a las exigencias del principio de proporcionalidad y a su triple test de idoneidad, necesidad, y proporcionalidad en sentido estricto sentados por nuestro TC⁴⁴, y que, como era comúnmente admitido, se habían convertido en la auténtica piedra de toque en toda esta cuestión. Seguramente por ello, en no pocas ocasiones la doctrina de suplicación de los primeros años de este siglo, vino a trasladar *mutatis mutandi* estos requisitos impuestos por el TC en relación con la videovigilancia⁴⁵ –y que después han calado con extraordinaria facilidad en nuestra jurisprudencia de suplicación⁴⁶– a este tipo de controles. Y de este modo no fue extraño encontrarnos sentencias de Tribunales Superiores de Justicia que admitían este control tan sólo si los criterios de selección de los trabajadores afectados por posibles registros o controles no eran discriminatorios⁴⁷ y, sobre todo, si se superaban las exigencias de idoneidad –susceptibilidad de conseguir el fin propuesto–, adecuación o necesidad –no existencia de otra vía más moderada para conseguir el mismo fin– y proporcionalidad en sentido estricto –balance entre consecuencias negativas y positivas–⁴⁸ siempre que, además, no se hubieran realizado de forma oculta, subrepticamente y sin sospechas previas⁴⁹.

41. Esta misma idea ya estaba presente en el asunto Niemitz contra Alemania de 16 diciembre de 1992 (TEDH 1992, 77) «il serait toutefois trop restrictif de la limiter à un "cercle intime" où chacun peut mener sa vie personnelle à sa guise et d'en écarter entièrement le monde extérieur à ce cercle. Le respect de la vie privée doit aussi englober, dans une certaine mesure, le droit pour l'individu de nouer et développer des relations avec ses semblables. Il paraît, en outre, n'y avoir aucune raison de principe de considérer cette manière de comprendre la notion de "vie privée" comme excluant les activités professionnelles ou commerciales: après tout, c'est dans leur travail que la majorité des gens ont beaucoup, voire le maximum d'occasions de resserrer leurs liens avec le monde extérieur. Un fait, souligné par la Commission, le confirme: dans les occupations de quelque un, on ne peut pas toujours démêler ce qui relève du domaine professionnel de ce qui en sort».

42. STSJ Castilla y León (Valladolid) de 8 de noviembre de 2004 (AS 2004, 3073).

43. Por ejemplo STSJ de Cantabria de 26 de agosto de 2004 (AS 2004, 2513).

44. Por todas SSTC 98 (RTC 2000, 98) y 186/2000 (RTC 2000, 186) que se apoyan en las SSTC 142/1993 (RTC 1993, 142), F. 8 y 202/1999 (RTC 1999, 202), F. 2.

45. Nuevamente véanse, por todas, las SSTC 98 (RTC 2000, 98) y 186/2000 (RTC 2000, 186).

46. Por poner tan sólo dos ejemplos STSJ Andalucía (Sevilla) de 9 de marzo de 2001 (AS 2001, 2788) o, más recientemente, STSJ de la Comunidad Valenciana de 15 de septiembre de 2004 (AS 2004, 3314). Un estudio más detenido de esta doctrina de suplicación, con críticas que se comparten plenamente, en el completo trabajo de R. TASCÓN LÓPEZ, «Sobre la evolución de los límites del poder tecnológico...», cit., p. 14 y siguientes del original impreso.

47. SJS núm. 33 de Madrid de 21 de octubre de 2002 (AS 2002, 2993), en un caso en el que la sanción se debe a uso irregular de Internet, pero sólo afecta a trabajadores que participaron en un huelga. Esta misma lógica parece ser la del SJS núm. 31 de Madrid de 26 de abril de 2001 citada por J. LUJÁN ALCARAZ «Uso y control en la empresa...», cit., p. 6, y confirmada posteriormente por la STSJ de Madrid de 31 de enero de 2002 (AS 2002, 916), comentada, a su vez, por E. COLAS NEILA, «Nuevas tecnologías, obtención de pruebas y derechos fundamentales», en Aranzadi Social, 2002, núm. 5 (BIB 2002, 652).

48. Nuevamente STSJ Castilla y León (Valladolid) de 8 de noviembre de 2004 (AS 2004, 3073). De forma menos detallada pero admitiendo igualmente la actuación de control del empresario al ser «idóneas y necesarias al fin perseguido, al no existir otra vía de actuación y al ser equilibradas o proporcionadas, al limitarse al lugar y tiempo imprescindible para verificar la conducta del trabajador» STSJ de Galicia de 30 de mayo de 2003 (AS 2003, 3128). En este mismo sentido STSJ de Madrid de 13 de mayo de 2003 (AS 2003, 3649); STSJ de Andalucía de 9 de mayo de 2003 (AS 2003, 2840).

49. STSJ Comunidad Valenciana 19 julio 2005 (AS 2005, 3205).

Unos principios éstos que, en ocasiones –siguiendo la opinión del Grupo de Trabajo sobre la protección de datos del art. 29⁵⁰–, se sintetizaban por esta misma doctrina de suplicación en la necesidad de que este tipo de controles cumplieran unas exigencias que, a grandes rasgos, venían a coincidir con los principios ya reseñados de la Ley 15/1999 (RCL 1999, 3058); esto es, un elemento de causalidad –necesidad de un propósito específico, explícito y legítimo–; un elemento de la indispensabilidad, de acuerdo con el cual la supervisión habría de ser una respuesta proporcionada dado el riesgo; un elemento de proporcionalidad o mínima repercusión posible; y un elemento garantista centrado en la presencia de representantes o, en su caso, trabajadores para evitar un posible control secreto⁵¹. Y ello porque, además, no ya sólo el Grupo de Expertos del art. 29, sino incluso también algún Juzgado de lo Social se planteó o incluso asumió si una monitorización de datos ligados a aspectos íntimos de la persona, y su inserción en algún tipo de fichero normal, aunque no necesariamente informatizado, y dotados de criterios estructurados, no podrían caer dentro del ámbito de aplicación de la Ley 15/1999⁵² y, por tanto, someterse a las exigencias y principios recogidos en dicha Ley y, entre ellos, fundamentalmente a los de finalidad, transparencia, legitimidad, seguridad y proporcionalidad⁵³.

En cualquier caso, los principales problemas en este ámbito concreto se plantearon no ya sólo en relación con el control del acceso a Internet sino, y sobre todo, en relación con el correo electrónico que, obviamente, y como tiene declarado ya el Tribunal Constitucional, queda protegido genéricamente por el secreto de las comunicaciones del art. 18.3 CE⁵⁴. Sin embargo, en estos supuestos la mayor parte de nuestra doctrina de suplicación pareció haber seguido una orientación similar a la primera e incipiente jurisprudencia alemana⁵⁵ y contraria, por cierto a la que pareció haber seguido la Corte de Casación Francesa en el conocido caso Nikon⁵⁶ y a lo que también parece ser la línea sostenida por el Grupo del art. 29 de la Directiva Comunitaria sobre protección de datos. Y ello porque con alguna salvedades, sobre todo a nivel de juzgados de lo social,

50. Documento de trabajo relativo a la vigilancia de las comunicaciones electrónicas en el lugar de trabajo de 29 de mayo de 2002, disponible en <http://www.bit.ly/tc2QAM>

51. STSJ Cataluña de 22 de julio de 2004 (AS 2004, 2696).

52. SJS Madrid núm. 33, 21 de octubre de 2002 (AS 2002, 2993). Un más amplio desarrollo de la cuestión, que no es posible realizar aquí, en R. TASCÓN LÓPEZ, «Sobre la evolución de los límites del poder tecnológico...», p. 37 y ss. del original impreso.

53. El interesante Documento de trabajo del Grupo del art. 29 antes mencionado establecía como principios generales aplicables a la vigilancia del correo electrónico y la utilización de Internet los de necesidad, finalidad, transparencia –que a su vez se desglosaba en la obligación de proporcionar información al interesado, la de notificar a las autoridades de supervisión antes de la aplicación de un tratamiento total o parcialmente automatizado, el derecho de acceso– legitimidad, proporcionalidad, exactitud y conservación de los datos y seguridad.

54. STC 114/1984, de 29 de noviembre (RTC 1984, 114). Más recientemente, sobre la indiferencia del canal de comunicación exigido STC 56/2003, de 24 de marzo (RTC 2003, 56), que reitera la doctrina de la STC 70/2002, de 3 de abril (RTC 2002, 70), en cuyo fundamento jurídico 9 ya se precisaba como «el art. 18.3 CE contiene una especial protección de las comunicaciones, cualquiera que sea el sistema empleado para realizarlas».

55. Sobre el tema vid. A. HINOJOSA, «El uso privado del correo electrónico desde el puesto de trabajo. Un aproximación de Derecho Comparado desde la normativa alemana» en AA VV, *Informática y Derecho*, XVIII Encuentros sobre informática y Derecho, (coord. M. A. DAVARA RODRÍGUEZ), Comillas, Madrid, 2004, p. 241 y ss.

56. Sentencia de 2 de octubre de 2001, disponible en <http://www.bit.ly/tSJ1WJ>

la mayor parte de nuestra doctrina de suplicación tendió en aquel primer momento a considerar que, a pesar de la evolución en el concepto de comunicación a los efectos del art. 18 CE, su articulación a través de una «herramienta de trabajo» como es el ordenador de la empresa, predeterminado a la labor profesional, permitiría su control empresarial, al ser estas comunicaciones, al menos en teoría, simple cumplimiento de una prestación cuya posibilidad de control iría implícita en la estipulación de cualquier contrato de trabajo⁵⁷. En cualquier caso, el hecho de que la Sentencia comentada no aborde esta cuestión nos exonera de profundizar en dicho tema, si bien no nos resistiremos a aportar también en este punto algunas ideas.

3. La jurisprudencia del Tribunal Supremo: las SSTs de 26 de septiembre de 2007 y 8 de marzo de 2011. Algunas consideraciones

Pues bien, sobre todo este contexto vino a recaer la conocida STS de 26 de septiembre de 2007 (RJ 2007, 7514) que, no sólo tuvo una rápida acogida por la doctrina de suplicación⁵⁸, sino que posteriormente fue confirmada plenamente por la Sentencia de 8 de marzo de 2011 (RJ 2011, 932) generando así un núcleo jurisprudencial que es el que, simple y llanamente, asume ahora con acierto la STSJ de La Rioja.

3.1. *Los tres pilares centrales en la doctrina del Tribunal Supremo*

Sin poder detenernos aquí a debatir algunos de sus argumentos –sobre todo los relativos al art. 18 ET–, baste señalar, en aras de la brevedad, que la primera de estas Sentencias resolvió básicamente tres cuestiones. La primera, la imposibilidad de aplicar analógicamente a este tipo de registros de ordenadores y de navegación por Internet, no sólo el art. 18 ET, sino también todas y cada una de las tres limitaciones fundamentales impuestas en el mismo. Para la Sentencia –que pone así fin al debate antes reseñado– las diferencias entre un medio de producción –ordenador– a través del cual se realiza la prestación y la taquilla como elemento extraño a la misma son evidentes, a pesar de que también reconozca la posibilidad de que «la generalización de una cierta tolerancia con un uso (privado) de los medios de la empresa» pueda generar problemas con la intimidad de los trabajadores. De ahí que no sea necesaria ni la presencia del trabajador en ese momento –ya que no sería necesario para respetar su dignidad ex art. 20 ET–, ni que se realice durante el tiempo y en el centro de trabajo, ni la presencia de un representante de los trabajadores –que estaría, todo lo más, más ligada a una garantía de objetividad y eficacia de la prueba–⁵⁹. Esta doctrina es tan clara y ha sido asumida de forma tan extraordinariamente

pacífica por nuestros Tribunales Superiores de Justicia⁶⁰, que, de hecho, aunque alegada por la parte, el TSJ de La Rioja prácticamente omite volver sobre esta cuestión.

La segunda cuestión parte del reconocimiento de ese tácito y difuso derecho a un uso social e inocuo de los medios informáticos por parte del trabajador; un derecho que, no obstante, podría ser limitado o casi eliminado mediante una regulación unilateral –u, obviamente, añadimos nosotros, bilateral– del uso de los mismos por parte del empleador. De ahí que –y esto es lo realmente importante– mientras esta orden o «regulación» empresarial no exista –o no se demuestra que exista– y sea además comunicada fehacientemente al trabajador, ni existe incumplimiento por su mero uso inocuo⁶¹, ni el empresario puede accederse sin más a los datos del correo y los archivos temporales de Internet, ya que estos quedan protegidos por el derecho a la intimidad como consecuencia ineludible de la doctrina que en este sentido fijó la STEDH de 3 de abril de 2007 (TEDH 2007, 23) (caso Copland) avanzada, en relación con el uso indiscriminado del teléfono, por la previa Sentencia Halford de 25 de junio de 1997 (TEDH 1997, 37)⁶². Esta nulidad radical de las pruebas obtenidas sin esta comunicación previa es, en definitiva, el núcleo de la segunda STS de 8 marzo 2011 (RJ 2011, 932) que antes comentábamos.

Y la tercera conclusión es que, por tanto, la existencia o no de esa orden y/o regulación sería la pieza clave a la hora de permitir que se produzca o no, legal y constitucionalmente, ese control empresarial. Y ello porque, en primer lugar, si no existe dicha limitación, la doctrina tradicional del Tribunal Supremo parte de la imposibilidad de tal control ante la expectativa de privacidad generada por la inactividad empresarial. Y ello, por lo que parece, por mucho que pudieran darse en el caso los principios de idoneidad, adecuación y propor-

60. Véase, por mencionar algunos ejemplos muy recientes, STSJ Galicia (Sala de lo Social, Sección 1ª), sentencia núm. 503/2011 de 25 enero (JUR 2011, 135455); STSJ C. Valenciana (Sala de lo Social, Sección 1ª), sentencia núm. 2716/2010 de 5 octubre (RCL 1998, 1741AS 2011, 251); STSJ C. Valenciana (Sala de lo Social, Sección 1ª), sentencia núm. 2662/2010 de 28 septiembre (AS 2011, 47); STSJ Madrid (Sala de lo Social, Sección 5ª), sentencia núm. 1044/2010 de 22 diciembre (AS 2011, 1699).

61. STSJ C. Valenciana (Sala de lo Social, Sección 1ª), sentencia núm. 2665/2010 de 28 septiembre (AS 2011, 190).

62. Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 25 de junio de 1997 (TEDH 1997, 37). En el caso, bastante complejo por cierto, el Tribunal consideró que el uso del teléfono que tenía a su disposición para usos profesionales –pues disponía de otro para sus cuestiones privadas– podía considerarse cubierto por las nociones de «vida privada» y «correspondencia» del art. 8 del Convenio en la medida –y esto es lo importante– en la que fue autorizada a utilizarlo para su defensa en un caso de discriminación sexual y no fue avisada de las posibles interceptaciones. En palabras del Tribunal «There is no evidence of any warning having been given to Ms Halford, as a user of the internal telecommunications system operated at the Merseyside police headquarters, that calls made on that system would be liable to interception. She would, the Court considers, have had a reasonable expectation of privacy for such calls, which expectation was moreover reinforced by a number of factors. As Assistant Chief Constable she had sole use of her office where there were two telephones, one of which was specifically designated for her private use. Furthermore, she had been given the assurance, in response to a memorandum, that she could use her office telephones for the purposes of her sex-discrimination case (see paragraph 16 above). 46 For all of the above reasons, the Court concludes that the conversations held by Ms Halford on her office telephones fell within the scope of the notions of "private life" and "correspondence" and that article 8 (art. 8) is therefore applicable to this part. of the complaint».

57. Entre otras, SSTSJ Catalunya 5-7-2000 (AS 2000, 3452), Galicia 4-10-2001 (AS 2001, 3366), Madrid 4-12-2001 (AS 2002, 789); STSJ de Cataluña de 22 de julio de 2004 (AS 2004, 2696).

58. Por ejemplo, véanse STSJ Castilla-La Mancha (Sala de lo Social, Sección 2ª), sentencia núm. 450/2011 de 14 abril (JUR 2011, 198640) –desobediencia a norma interna que prohíbe instalación de aplicaciones en los ordenadores de la empresa–; STSJ Galicia (Sala de lo Social, Sección 1ª), sentencia núm. 503/2011 de 25 enero (JUR 2011, 135455); STSJ C. Valenciana (Sala de lo Social, Sección 1ª), sentencia núm. 2716/2010 de 5 octubre (AS 2011, 251).

59. Por todos, nuevamente, R. TASCÓN LÓPEZ, «Sobre la evolución de los límites del poder tecnológico...», cit., p. 14.

cionalidad en sentido estricto⁶³. Del tenor literal de ambas Sentencias parece deducirse que en estos casos, el camino más simple o para el empresario, en el supuesto, como decimos, de no haber realizado y divulgado previamente esta autorregulación, sería proceder a la misma, declarando y comunicando a todos los miembros de la empresa esta prohibición y condiciones de uso, así como los mecanismos de su control. Seguramente sería necesario también en estos casos dar un plazo previo e instrucciones para eliminar del ordenador todos los posibles ficheros definitivos o temporales que pudieran estar ligados a la vida privada del trabajador. Y sólo después podría procederse a la realización de dicho control que, en este caso, debería someterse a las limitaciones que el propio empresario hubiera acordado con la representación sindical o fijado unilateralmente. En cambio, cuando dicha orden empresarial exista y se haya comunicado la prohibición del uso privado de tales medios la doctrina del Tribunal parece inclinarse por la admisibilidad de dicho control empresarial

3.2. Algunas observaciones a esta doctrina

En cualquier caso, no quisiéramos concluir este esbozo del contexto general en el que se enmarca la Sentencia que ahora comentamos sin realizar seis breves observaciones a propósito de esta doctrina del Tribunal Supremo.

La primera, relativa al reconocimiento de un cierto derecho a un uso inocuo de las TIC empresariales para fines privados del trabajador, se centra en el hecho de que aunque la STS de 26 de septiembre de 2007 –y con ella la de 8 marzo 2011 (RJ 2011, 932)– trae a colación e intenta apoyarse en la STS de 5 de diciembre de 2003 (RJ 2004, 313) –centrada en el control empresarial del uso del teléfono por teleoperadoras– la misma muestra, al menos a mi juicio, una actitud bastante más restrictiva que aquella. Como se recordará en aquel caso la propia normativa convencional paría de la existencia de un teléfono privado para los trabajadores que justificaría aún más la restricción a lo profesional del uso del ordenador. En este caso, en cambio, la Sentencia parece partir de la posibilidad absoluta de prohibir este uso privado sin ni tan siquiera plantearse si en determinadas circunstancias esta limitación podría considerarse un uso antisocial del derecho. Además, en aquel caso, la Sentencia asumió un cierto juicio de proporcionalidad al plantear la imposibilidad de otros mecanismos menos intrusivos, algo que, al menos a mi juicio, no se extrae con claridad de la doctrina del Tribunal Supremo del año 2007. Es cierto que la articulación del caso no hizo necesaria esta advertencia, pero quizás hubiera sido deseable para evitar una posible interpretación de acuerdo con la cual una vez limitado o prohibido el uso del ordenador, ya no habría privacidad o expectativa de la misma, permitiendo un control sin necesidad de asumir los límites de idoneidad, necesidad o proporcionalidad en sentido estricto antes reseñados, lo que a mi juicio es cuanto menos arriesgado⁶⁴, aunque ciertamente compatible con la posición que parece asumir el Tribunal Supremo.

La segunda observación es que esta doctrina da un claro apoyo a la utilización de códigos o subcódigos de conducta en la regulación de esta cuestión. Es cierto que en estos casos nos encontramos ante una muestra más del poder de dirección del empresario. Pero más allá de esta u otras cuestiones –como por ejemplo la conveniencia o no de potenciar acuerdos o regulaciones colectivas sobre el tema– de lo que no cabe duda es de que esta doctrina, en primer lugar, ha fomentado extraordinariamente la presencia de estos códigos o subcódigos sobre el uso de estos elementos en la realidad productiva de nuestro país. Su frecuencia en la doctrina judicial sobre esta materia –como, de hecho, ocurre en el caso que comentamos– es buena prueba de ello. Pero aún más importante –y esto es lo realmente trascendente– es el hecho, en segundo lugar, de que el contenido de estos códigos, sus límites, sus exigencias y las posibilidades abiertas o no al trabajador en el uso privado de tales medios se convierten, o debieran convertirse, en el elemento clave para determinar la legalidad, no ya sólo de este uso, sino también del posible control por parte del empresario⁶⁵. Pero sobre ello volveremos algo más tarde al entrar en el concreto análisis de la sentencia objeto de este comentario. La tercera idea que querríamos destacar se centra en que ambas Sentencias del Tribunal Supremo –al igual que la que es objeto de comentario en estas páginas– parecen construirse –seguramente por la propia orientación de los casos– en torno al derecho a la intimidad del trabajador, dejando a un lado las posibles repercusiones que pudieran tener sobre el empleador otros derechos fundamentales que pudieran entrar en juego como el secreto de las comunicaciones y el correo⁶⁶, la autodeterminación informativa o la protección de datos en aquellos casos en los que los controles se realicen globalmente y se incorporen a un fichero. Sin podernos detener en este tema, colateral como decimos al objeto de estas páginas, sí nos gustaría señalar que, al menos en nuestra opinión, parece evidente que cuando la empresa ha destacado e impuesto el uso exclusivamente laboral de estos instrumentos, y además se haya informado de la posibilidad de estos mismos controles no sería posible negar esta actuación empresarial alegando el secreto de las comunicaciones. La jurisprudencia del TS autorizando ciertas intervenciones y controles telefónicos en relación con las empresas de telemarketing⁶⁷ –si bien no cabe olvidar sus múltiples matices y los condicionantes del caso– parecen conducir seguramente a esta posibilidad. Y ello no ya tanto por la titularidad por un tercero de dichos medios⁶⁸ –al menos a mi juicio– cuanto porque, como en su momento ya recor-

gando como «pasivo» o «poco agresivo», un software espía que capturaba lo que está en pantalla, para comprobar el uso del ordenador, y considerándolo por tanto como una medida «necesaria, idónea, justificada y equilibrada» STSJ C. Valenciana (Sala de lo Social, Sección 1ª), sentencia núm. 2662/2010 de 28 septiembre (AS 2011, 47).

65. Destacando igualmente este aspecto R. TASCÓN LÓPEZ, «Sobre la evolución de los límites del poder tecnológico...», co., p. 28.

66. Para una visión restrictiva de la posibilidad de control de los correos véase M. A. FALGUERA I BARO, «Uso por el trabajador del correo electrónico de la empresa para fines extraproductivos y competencias de control del empleador», disponible en <http://www.bit.ly/UJUCb8> e I. MARIN ALONSO, *El poder empresarial sobre el uso del correo electrónico en la empresa. Su limitación en base al secreto de las comunicaciones*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

67. STS de 5 de diciembre de 2003 (RJ 2003, 313) confirmando la SAN de 17 de enero de 2003.

68. Como ha recordado el TEDH en el asunto Lambert contra Francia de 24 de agosto de 1997 (TEDH 1998, 40), eso sí en relación con la interceptación de una llamada telefónica, «poco importa, a este respecto, que las escuchas enjuiciadas fueran realizadas en la línea de una tercera persona».

63. Véase, por ejemplo, STSJ Madrid (Sala de lo Social, Sección 5ª), sentencia núm. 346/2011 de 28 abril (AS 2011, 1148) en un caso en el que no existió prohibición comunicada a la trabajadora del uso de Internet.

64. Véase, no obstante, como estas exigencias siguen estando presentes, al menos en la argumentación de algunas sentencias de suplicación. En este sentido STSJ C. Valenciana (Sala de lo Social, Sección 1ª), sentencia núm. 2716/2010 de 5 octubre (AS 2011, 251). En un sentido similar, catalo-

dara con acierto una erudita sentencia del TSJ de Andalucía⁶⁹, en este caso el empresario no sería un tercero, sino el sujeto en cuyo nombre y en cumplimiento de cuyas instrucciones se emite esta comunicación. Esto es, en estos casos no existiría, por la propia naturaleza de la situación, el «secreto» del que parte el precepto constitucional para garantizar la libertad de las comunicaciones. Y es que, en definitiva, aunque intimidad y secreto de las comunicaciones sean derechos constitucionales distintos, sometidos a límites diversos⁷⁰, parece razonable, dada su estrecha ligazón, destacada en muchas ocasiones por el TEDH⁷¹, que no se extienda las exigencias del art. 18.3 CE a comunicaciones que, por su propia naturaleza, no debe ser secretas para el empleador. Y es que no debe olvidarse que el trabajador en estos casos actúa en nombre y representación del empresario. De ahí que, volvemos a repetir, el mismo no sería a estos efectos el tercero para el que sí está vedado incluso penalmente acceder ilegalmente a esta comunicación.

En cualquier caso, –y esta es una opinión personal– la posibilidad –dejando a un lado su legalidad– de un uso privado de estos medios, aunque fuese irregular, debiera conducir –en cuarto lugar– a que este tipo de control fuera siempre lo menos intrusivo, lo más respetuoso posible con la intimidad del trabajador, limitándose, por ejemplo, a acceder a la información menos sensible de este comportamiento que permitiera constatar o no su hipotética ilegalidad⁷². Y todo ello sin olvidar que, en primer lugar, las comunicaciones conocidas lícitamente y que no sean relevantes a efectos profesionales o disciplinarios no deberían ser reveladas a terceros⁷³ y, en segundo lugar, que como ya señalara el tantas veces mentado Grupo de Expertos del art. 29, en estos casos la prevención debería primar sobre la detección y el control, por ejemplo, bloqueando, mediante fáciles limitaciones de los navegadores el acceso a ciertas páginas⁷⁴.

En quinto lugar, tras recordar como el Apartado 3 del Anexo –plenamente normativo– del RD 488/1997 de 14 de abril (RCL 1997, 977), sobre disposiciones mínimas de seguridad y salud relativas al trabajo con equipos que incluyen pantallas de visualización⁷⁵ exige expresamente que «no deberá utilizarse ningún dispositivo cuantitativo o cualitativo de control sin que los trabajadores hayan sido informados y previa consulta con sus representantes» (como por lo demás se deducía del art. 64 ET), quisiéramos simplemente recordar que esta protección general debiera ser especialmente intensa en aquellos casos de posi-

ble comunicación intersindical o de estas organizaciones con sus afiliados. Y ello en la medida en la que, en estos casos, no sólo estaría ya en juego el art. 18 (RCL 1978, 2836) CE, sino también el art. 28 de nuestra Ley Fundamental⁷⁶.

Y en sexto y último lugar, tan sólo deseamos señalar que seguramente será necesario esperar para observar el impacto que sobre toda esta construcción jurisprudencial tiene el nuevo art. 90.4 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre reguladora de la jurisdicción social. Como se recordará este precepto establece que “cuando sea necesario a los fines del proceso el acceso a documentos o archivos, en cualquier tipo de soporte, que pueda afectar a la intimidad personal u otro derecho fundamental, el juez o tribunal, siempre que no existan medios de prueba alternativos, podrá autorizar dicha actuación, mediante auto, previa ponderación de los intereses afectados a través de juicio de proporcionalidad y con el mínimo sacrificio, determinando las condiciones de acceso, garantías de conservación y aportación al proceso, obtención y entrega de copias e intervención de las partes o de sus representantes y expertos, en su caso”. Se trata, obviamente, de trasladar al ámbito social la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional, en virtud de la cual “sólo pueden llevarse a cabo injerencias en el ámbito de este derecho fundamental (la intimidad) mediante la preceptiva resolución judicial motivada que se adecue al principio de proporcionalidad⁷⁷. Y si bien este precepto puede tener trascendencia en relación con otros aspectos ligados a la intimidad como la salud o la situación económica, incluidas las declaraciones de impuestos⁷⁸, también es indudable que uno de sus hipotéticos campos de actuación pudiera ser este control de ordenadores y de los correos ya recibidos, con el consiguiente y posible impacto sobre toda la doctrina aquí transcrita. Pero como se comprenderá es éste un tema que por su extensión desborda el reducido ámbito de este comentario, en un caso, no se olvide, surgido sobre la legislación anteriormente vigente, y que deberá ser objeto de estudio en trabajos posteriores.

III. LAS NORMAS INTERNAS COMO EPICENTRO DE ESTA CUESTIÓN: ANÁLISIS DE LA STSJ DE LA RIOJA

Pues bien, es en este contexto en el que se enmarca la Sentencia comentada, y es sin duda esta misma doctrina la que la Sala asume sin ambages. En este caso, y a diferencia de lo que ocurría en la última de las Sentencias del

69. STSJ Andalucía de 9 de mayo de 2003 (AS 2003, 2840).

70. Por todas STC 56/2003 de 24 de marzo (RTC 2003, 56). En la doctrina iuslaboralista I. MARÍN ALONSO, *El poder de control empresarial...*, cit., p. 114 y ss.

71. SSTEDH de 24 de abril de 1990 (TEDH 1990, 1) caso Kruslin y caso Huving contra Francia.

72. Vid. L. A. FERNÁNDEZ VILLAZÓN «A vueltas con el control empresarial sobre la actividad laboral: test de honestidad, telemarketing, registro de terminales y uso –o abuso– de Internet», *Tribuna Social*, 2004, núm. 168, p. 40. Destacando y valorando lo poco intrusivo en el caso analizado del control empresarial STSJ C. Valenciana (Sala de lo Social, Sección 1ª), sentencia núm. 2716/2010 de 5 octubre (AS 2011, 251). Sobre el tema puede ser de interés el estudio de las decisiones de la Corte Suprema de EEUU en los casos *City of Ontario v. Quon*, No. 08-1332, 560 US (2010) y *O'Connor v. Ortega*, 480 U. S. 709.

73. STSJ Andalucía de 9 de mayo de 2003 (AS 2003, 2840).

74. Apoyando esta idea M. CARDENAL CARRO, «El abuso de Internet en el trabajo ¿vamos bien?», en *Aranzadi Social*, 2004, núm. 14 (BIB 2004, 1631). De hecho a esta misma posibilidad hacia referencia la tantas veces mentada STS de 26 de septiembre de 2007 (RJ 2007, 7514).

75. BOE nº 97 de 23-04-1997.

76. Así por ejemplo lo recuerda expresamente el Acuerdo sobre ciberderechos sindicales en Hayes Lemmerz SA de acuerdo con el cual «el contenido de los mensajes enviados o recibidos por el Comité de empresa y las secciones sindicales está protegido por las leyes que amparan el secreto de las comunicaciones». Algo similar se aprecia igualmente en el Acuerdo sobre el uso de los medios de comunicación electrónica en la empresa del Grupo ATLANTIS en el que «Ambas partes también consideran especialmente importante la comunicación entre los trabajadores y sus representantes, que será objeto de especial protección»; del mismo modo que se recoge expresamente que «todos los mensajes entrantes y salientes de estas cuentas (las sindicales) serán considerados privados y en ningún caso podrán ser objeto de inspección por parte de las empresas».

77. Véanse, por ejemplo, las SSTC 207/1996, de 16 de diciembre, FJ4; 25/2005, de 14 de febrero, FJ 6; 233/2005, de 26 de septiembre, FJ 4.

78. Sobre la conexión de estos aspectos con la intimidad véanse las SSTS 70/2009, de 23 de marzo; 159/2009, de 29 de junio; 233/1999, de 16 de diciembre y 47/2011, de 15 de febrero; 233/2005, de 26 de septiembre.

Tribunal Supremo examinadas, sí existía una «normativa interna» denominada «Normativa de uso de la información y datos» que, además, fue comunicada y firmada previamente a los hechos, al menos en dos ocasiones, por la trabajadora afectada.

Ahora bien, y como ya hemos señalado, la existencia y la información al trabajador de estas reglas son sin duda un elemento necesario para permitir este control. Pero es importante destacar que esta mera existencia e información no es, en cambio, un dato suficiente para analizar la legitimidad y los límites de tal actuación empresarial. Es necesario dar un paso más y analizar su concreto contenido ya que tales criterios constituyen el núcleo de la cuestión al deslindar los posibles espacios de intimidad y las condiciones y circunstancias en las que podría realizarse el control empresarial. Por ello y como decimos, son estos códigos de conducta, normas internas o reglas de utilización, unilaterales o bilaterales, aceptadas o incluso meramente comunicadas de manera fehaciente al trabajador, las que establecen no sólo los límites autoimpuestos al poder de control –y, por consiguiente, al posterior poder disciplinario del empleador–, sino también las que de forma simétrica delimitan –siempre que sean constitucional y legalmente admisibles– el ámbito en el que pueden ejercerse y tutelarse los derechos fundamentales en este punto implicados del asalariado.

En este sentido, como se recuerda en la propia Sentencia objeto del presente comentario, esta «normativa», si bien permitía en principio el uso para «fines personales» de tales medios lo hacía «siempre y cuando no genere coste adicional para la empresa y no se consuman recursos necesarios para la actividad empresarial», prohibiéndose expresamente el «abuso» en la utilización particular del correo electrónico, así como «la navegación por páginas de Internet inapropiadas o ilegales, no limitándose exclusivamente a las pornográficas», prohibiéndose expresamente la descarga de cualquier tipo de contenidos que no sean para su uso empresarial...». Y sólo desde esta perspectiva concluía que la empresa «para evitar la comisión de acciones ilegales por medio de los recursos IT, tiene la potestad de revisar el contenido de los correos electrónicos enviados desde las cuentas de la empresa, o desde sus aplicación, así como revisar las páginas web visualizadas. Estas acciones sólo se llevarán a cabo en el supuesto de que existan fundadas sospechas de que están utilizando los recursos IT de forma inapropiada».

Son por tanto estos parámetros –que sin embargo quizás no reciben, al menos a mi juicio, la deseable atención por parte del Tribunal– los que delimitan o debieran delimitar las posibilidades empresariales. Y lo cierto es que si nos atenemos a los hechos aportados en la resolución, la empresa parece haber cubierto todos y cada uno de estos aspectos. Aunque la sucesión cronológica no es perfecta, es evidente que los días 6 y 15 de septiembre de 2010 comienzan los problemas de «navegación lenta» con perjuicio de la actividad empresarial. En las posteriores comprobaciones técnicas se detecta –al menos en apariencia– el elevado «tráfico» de datos. Y esta densidad de tráfico supondría ya una fundada sospecha de un uso «inapropiado» de los recursos IT, al «consumirse recursos necesarios para la actividad laboral» –lo que podríamos denominar el ancho de banda– que abriría la posibilidad de un control empresarial de su uso.

En este caso, es interesante destacar que el uso inapropiado no se da, como en tantas otras ocasiones, por el tipo de página en sí visitada –ya que las mismas no parecen inscribirse en las tradicionalmente «peor valoradas» tanto por este tipo de códigos como por nuestra jurisprudencia–. En este supuesto no hay páginas de juegos, descargas o pornográficas, sino visitas a redes sociales y, más en concreto, a Facebook. Luego el problema no es tanto el desvalor de las páginas visitadas, como, por un lado, las consecuencias negativas que para el uso empresarial supone este uso privado y, no cabe olvidarlo, la falta de actividad laboral durante el tiempo de trabajo que este uso privado de tales medios probaría.

Para el Tribunal, la singularidad de este tipo de redes, en el que se mezclan la recepción de información, ya sea de conocidos o de terceros, con la comunicación ya sea pública o al grupo al que se le haya dado privilegios de acceso a ciertos contenidos, unido a la posibilidad de correos y «chat» internos no merece mayor atención. En la medida en la que el contenido de los mismos ni es analizado ni merece mayor desvalor, el secreto de las comunicaciones no es objeto de atención, centrándose el desvalor del comportamiento de la empleada en la falta de atención y en un uso privado ilegal por excesivo de los medios de producción puestos a su disposición.

Desde esta perspectiva, poco más cabría añadir al fallo. El incumplimiento y la indisciplina parecen claros. Si acaso tan sólo tres cuestiones.

La primera que, aunque el sistema de control utilizado en este caso concreto no parece ciertamente excesivo ni desproporcionado, sí se echa en falta una cierta valoración por el Tribunal de las propias reglas establecidas en la empresa desde una perspectiva constitucional. La Sentencia parece así asumir el riesgo antes señalado de extraer de la doctrina del Tribunal Supremo una perspectiva en la que no fuera necesaria una valoración constitucional de estas reglas de utilización⁷⁹. En cualquier caso, el hecho de que las mismas no parecen ser excesivamente rigurosas o violar otros posibles derechos constitucionales del empleado nos liberan de profundizar en esta cuestión.

La segunda es que parece darse por descontado que las visitas a Facebook son siempre de carácter privado cuando, sin embargo, cada vez más empresas utilizan estas redes para incrementar su presencia en el mercado. Seguramente no era este el caso, pero quizás en otros supuestos o contextos sería necesario discriminar de forma más precisa si este uso es personal o puede estar ligado de algún modo a la actividad laboral del trabajador o trabajadora afectada⁸⁰.

Y la tercera, algo más técnica hace referencia a la necesidad de diferenciar entre el tiempo en el que el navegador o aplicación, en su caso, estuvo abierto y el tiempo que el trabajador interactuó con el programa, desatendiendo, consiguientemente sus posibles obligaciones laborales. Del texto de la sentencia es difícil saber si dicha distinción se tuvo en cuenta. Pero todos sabemos que es

79. Nuevamente llamamos la atención sobre la importancia dada a este tema por la jurisprudencia federal norteamericana. Véase, recientemente, el ya comentado fallo City of Ontario. Quon No. 8-1332, 560 US (2010).

80. Planteando esta necesidad aunque incidentalmente STSJ Madrid (Sala de lo Social, Sección 5ª), sentencia núm. 346/2011 de 28 abril (AS 2011, 1148).

muy frecuente abrir un navegador durante un largo periodo de tiempo, sin prestarle mayor atención, colocándolo en la barra de tareas, y sin que esta situación suponga una merma de la actividad, laboral, en su caso, del internauta. Si como en este caso, el desvalor se centra –aunque no únicamente– en la falta de atención sobre la actividad laboral derivada de esta conexión, debería prestarse mayor atención no ya tanto al tiempo en el que el programa estuvo abierto, como al número, frecuencia y continuidad de los accesos o carga y lectura de contenidos que realizara el internauta. Y todo ello sin olvidar, además, que del mismo modo que el empresario no puede pretender una atención y silencio constante en el lugar de trabajo, debiendo permitir micropausas o incluso un simple trato social entre los empleados, debiera también permitir las cuando estas micropausas o meras conversaciones se realicen no ya físicamente, sino de forma telemática. Para que se nos entienda, las pausas de actividad articuladas a través de Internet y de estas redes sociales debieran tener el mismo tratamiento y las mismas limitaciones que otras pausas más tradicionales o físicas como son las ya clásicas charlas alrededor de la máquina de café –versión española y francesa– o de la máquina de agua fría, en la clásica expresión norteamericana.

IV. A PROPÓSITO DE FACEBOOK Y DE LAS CRÍTICAS A LAS EMPRESAS EN LA RED

Ya por último, y aunque la Sentencia no aborde la cuestión, las menciones que realiza la misma a Facebook nos permiten al menos plantear una incipiente cuestión cada vez más frecuente en los países de nuestro entorno cultural; esto es, la posibilidad no ya de que el empresario indague en las redes sociales aspectos personales de los distintos candidatos a la hora de decidir o no su contratación –algo, por lo que parece, cada vez más frecuente⁸¹ y que ha suscitado ya alguna actividad parlamentaria incluso en España⁸²–, sino la posibilidad de que determinadas descalificaciones o comentarios de los trabajadores sobre sus empresas, vertidas en las redes sociales, puedan considerarse como lícito motivo de despido disciplinario o extraordinario⁸³.

En este sentido, y por no extendernos más en un comentario seguramente

81. Algunos datos de la experiencia norteamericana en P. R. WESTERKAMP, R. ESMI, «Arbitrating Social Media Grievances», en *New Jersey Lawyer*, April, 2011, p. 28.

82. Véase la Pregunta al Gobierno con respuesta escrita «Opinión del Gobierno acerca de la necesidad de promover un marco legal que garantice a las personas y las proteja ante el riesgo que las informaciones contenidas en las redes sociales tipo facebook no van a ser usadas por los empleadores a la hora de contratar o despedir» (184/090219) BOCG. Congreso de los Diputados Núm. D-456 de 08/10/2010 Pág.: 73; BOCG. Congreso de los Diputados Núm. D-508 de 14/01/2011, p. 107. Sobre este y otros temas M. B. CARDONA RUBERT, «Redes sociales en el contrato de trabajo» en RALLO LOMBARTE, A./MARTÍNEZ MARTÍNEZ, R., *Derecho y redes sociales*, Civitas, Cizur Menor, 2010, p. 168-169 (BIB 2010, 3076).

83. En España un caso reciente de despido disciplinario por la manifestación de amenazas en un foro, eso sí, público, en STSJ Castilla y León, Valladolid (Sala de lo Social, Sección 1ª), sentencia núm. 435/2010 de 21 abril (AS 2010, 1854). Un estudio sobre estos problemas de libertad de expresión de los trabajadores en estas redes en I. FERIA BASILIO, «Libertad de expresión del trabajador en redes sociales» comunicación presentada al X Congreso Europeo de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Sevilla septiembre, 2011. En general sobre la problemática laboral de estas redes, con referencia a otros casos distintos a los aquí mencionados M. B. CARDONA RUBERT, «Redes sociales...», cit., pp. 169 y 170 y 176.

ya demasiado amplio, nos limitaremos a dar una breve información de los casos más recientes y resueltos de una forma aparentemente no uniforme en Estados Unidos, Gran Bretaña o Francia, aunque, como veremos, los hechos analizados presentan importantes diferencias no siempre bien resaltadas.

En el primero de estos países, las informaciones se han centrado en torno a una reclamación planteada por la National Labor Relations Board⁸⁴. En ella no sólo se imputaba el despido de una trabajadora –Dawnmarie Souza– por sus teóricos insultos a su supervisor en Facebook, sino, de forma bastante más genérica, se pretendía enjuiciar la política implantada por la empresa en relación con el uso por sus trabajadores de los medios sociales, ya que –al menos para la NLRB– dichas normas internas podrían suponer una restricción inadecuada los derechos de los trabajadores de adherirse a las actividades sindicales o de discutir en estos foros sobre salarios, horarios y otras condiciones laborales.

Más allá de la concreta resolución del caso –la empresa, AMR, acordó no sólo revisar su anterior política plasmada en el «libro del empleado», sino también abstenerse de cualquier acción disciplinaria o de no contratación ligadas a estas actuaciones en redes sociales, llegando a un acuerdo privado en relación con la trabajadora⁸⁵, lo que nos interesa resaltar aquí es que en este caso no se abordaba ya un supuesto de meros insultos, sino uno más complejo cuyo elemento principal era la posibilidad de que estas reglas empresariales de utilización de las redes sociales por sus empleados, incluso fuera del tiempo y lugar de trabajo, llegaran a ser tan rigurosas que pudieran impedir de facto el posible desarrollo de la actividad sindical, interpretada en sentido amplio de los empleados. Evidentemente, en este caso no debe olvidarse que la trabajadora desarrollaba asimismo actividad sindical. Pero los términos de la denuncia de la NLRB parecen ser más amplios, considerando que este tipo de códigos empresariales en ningún caso podrían servir como instrumento que impidiese o limitase la actividad no ya sólo representativa, sino en un sentido más amplio, sindical, de cualquier trabajador al comentar sus condiciones laborales o de empleo en este contexto con otros compañeros a través de dichas redes sociales.

Por ello, y seguramente, este caso no es representativo de la más genérica problemática que este tipo de redes –máxima expresión de las web 2.0– están planteando ya en EEUU. Intentando sistematizar esta cuestión podríamos concentrar tales problemas desde una doble perspectiva.

La primera es que este tipo de programas han favorecido el acceso de cualquier persona a la publicación de contenidos en la web, en muchas ocasiones sin la suficiente información. Facebook, se quiera o no, funciona en muchas ocasiones como un microblog que permite ahora a cualquiera, en un tiempo record, publicar contenidos en la red. El problema es que esta carencia de información, unida a su consideración más como un elemento de comunicación interpersonal que como un blog de publicación, ha hecho que en ocasiones el internauta considere que lo que está «colgando» en la web sólo es accesi-

84. <http://www.1.usa.gov/IfDyvU>

85. Véase K. A. ROSENBERG, T. A. PALO, «Settlement in NLRB facebook case sends a message» en *New Jersey Labor and Employment Law Quarterly*, Vol. 32 No. 4, June 2011, disponible en <http://www.bit.ly/uHIMWJ>

ble para sus «amigos», mientras que en realidad sus publicaciones son accesibles para cualquiera que esté logado en el programa. Algunos casos resueltos arbitrariamente en Estados Unidos dan fe de las complicaciones que pueden generar estas confusiones, ya que, por ejemplo, en algún caso el neófito, en vez de comunicar –como creía– a un grupo reducidos de amigos, los vídeos y expresiones no muy adecuadas para el tipo de actividad que desarrollaba, lo que realmente hacía era «subir» o hacer accesibles estos mismos contenidos para un enorme número de usuarios –entre ellos los padres de sus alumnos–, pudiendo plantear el consiguiente problema en el ámbito estrictamente laboral⁸⁶.

La segunda perspectiva parte de que en muchas ocasiones se olvida que, lejos de ser simétricas, las charlas, mensajes o comentarios que se realizan en Internet, Facebook o Twitter no son equivalentes, sin más, a las charlas que pudiéramos mantener con amigos ante la máquina de café en el lugar de trabajo⁸⁷. Estas nuevas «*virtual water cooler conversations*» tienen muchas mayores implicaciones en la que, una vez «colgadas», no se «van con el viento» sino que permanecen como archivos electrónicos, pudiendo ser copiadas y trasladadas a otros foros, sin posibilidad alguna de control. De este modo, la aparente privacidad de las mismas puede ser «violada» por terceros⁸⁸, como ocurrió en el reciente caso británico *Crisp v Apple Retail* en el que un trabajador fue despedido «legítimamente» –al menos por los datos que tenemos en el momento de redactar estas líneas– por críticas a su empresa realizadas en un Facebook privado que, sin embargo fue copiado y comunicado a la empresa por un teórico «amigo» que sí tenía acceso⁸⁹. Más allá de la necesidad de seleccionar mejor a los «amigos» en este tipo de redes, y de las dudas que la transposición al Derecho español podría suscitar este fallo, lo que sí parece evidente es la necesidad de recordar la falta de control que fotos o comentarios electrónicos pueden tener en el ámbito de la red, ya que en estos casos una conversación o comentario puede ser vista por un innumerable número de «amigos» –en ocasiones varios millares– que, a su vez pueden «retwittear» esta información con un efecto viral que no debe nunca olvidarse. Y de hecho, en esta misma línea parece moverse la primera doctrina francesa en esta materia-*Conseil de prud'hommes de Boulogne Billancourt*, 19 novembre 2010– al considerar que unos comentarios de una trabajadora, al que se sumaron posteriormente otros dos empleados, en un teórico ámbito al que podían acceder los «amigos» de los «amigos», no podía considerarse como declaraciones en el ámbito privado⁹⁰.

86. Un análisis del caso en P. R. WESTERKAMP, R. ESMI, «Arbitrating Social Media...», cit., p. 29. Ampliamente sobre este desconocimiento y sus efectos en la delimitación de la privacidad C. MCCARRICK, D. GURZICK, H. COLLEGE; «Rethinking privacy in networked publics: An analysis of the National Labor Relations Board's protection of «virtual water cooler» conversations», disponible en <http://www.bit.ly/tlyzgk>.

87. Véase expresamente G. CHAMPEAU, «Licenciement: Facebook n'est pas la machine à café de l'entreprise», disponible en <http://www.bt.io/GM61>.

88. Sobre este posible efecto viral véase P. R. WESTERKAMP, R. ESMI, «Arbitrating Social Media...», cit., p. 30. Más ampliamente C. MCCARRICK, D. GURZICK, H. COLLEGE; «Rethinking privacy...», ult. op. cit.

89. Este caso ya había sido precedido por otros en los que comentarios inapropiados de un trabajador en Facebook sobre clientes –Preece v. JD Wetherspoons pic– sí habían sido considerados razones suficientes para un despido justo –véase «Preece v JD Wetherspoons pic» en HR Focus – May 2011, disponible en <http://www.bit.ly/s7rMQD>; o «Inappropriate comments made on Facebook», disponible en <http://www.bit.ly/jyaOE7>. Véase igualmente «Derogatory comments on Facebook: Is it always fair to dismiss?» disponible en <http://www.bit.ly/sWnDOV>.

90. Siguiendo, por cierto, la posición que la Corte de Apelación de Versalles de 22 de noviembre de

Finalmente, tan solo me gustaría destacar una última variable que es posible detectar analizando, sobre todo, estos casos norteamericanos y británicos. Y es, nuevamente, la importancia de la existencia y de la claridad de una normativa o «política» en el uso de estos medios, ya que en ocasiones la ausencia de los mismos ha sido uno de los motivos por los que se ha considerado necesario rebajar la posible sanción empresarial, o incluso declarar el carácter ilegal del despido⁹¹. Nuevamente, y como recordará hace ya años el tantas veces mencionado documento del Grupo del art. 29, la existencia de una clara y específica política empresarial, realista y comunicada de una manera accesible a los trabajadores, puede ser un elemento que prevenga conflictos. Cuestión distinta son los límites a esta política. Pero éste es ya otro tema que seguramente requerirá de mucho más espacio que el que permite este ya excesivamente largo comentario.

V. BIBLIOGRAFÍA

AA VV, *Tecnología informática y privacidad de los trabajadores*, (coord. M. JEFFERY, J. THIBAUT, A. JURADO) Thomson Aranzadi, 2003.

– *Nuevas tecnologías de la información y la comunicación y Derecho del Trabajo*, (COORD. ALARCÓN CARACUEL, M. R., ESTEBAN LEGARRITA, R.) Albacete, Bomarzo, 2004.

– *Relaciones laborales y nuevas tecnologías*, (S. DEL REY GUANTER dir.), La Ley, 2005.

– *Nuevas Actividades y Sectores Emergentes: El Papel de la Negociación Colectiva (Actualización 2006)*, dir. M. C. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, MTIN, 2006.

BARREIRO GONZÁLEZ, G., *Diligencia y negligencia en el cumplimiento. Estudio sobre la prestación debida por el trabajador*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1981.

CARDENAL CARRO, M., «El abuso de Internet en el trabajo ¿vamos bien?», en *Aranzadi Social*, 2004, núm. 14 (BIB 2004, 1631).

COLÁS NEILA, E., «Nuevas tecnologías, obtención de pruebas y derechos fundamentales», en *Aranzadi Social*, 2002, núm. 5.

DE MONTECLER, M., *Le droit @ l'heure des réseaux sociaux*, disponible en <http://www.lepetitjuriste.fr/droit-des-affaires/memoires/le-droit-lheure-des-reseaux-sociaux-marine-de-montecler>

2003, n. 03/1537) había mantenido ya en relación con la utilización de la intranet de la empresa. Véase A. VIOTTOLO, «Du bon usage de la liberté d'expression» en *Les Cahiers Lamy du CE* n° 99 – Décembre 2010, p. 29. Obsérvese, no obstante, que la decisión –disponible en <http://www.bit.ly/t9Wq5r> –aún no es firme. Un estudio más detenido del caso en W. DUHEN Facebook et licenciement de salariés: quelle frontière pour la vie privée numérique?, disponible en <http://www.bit.ly/d5Ujbt>. En general, un estudio de las redes sociales en el Derecho francés, M. DE MONTECLER, *Le droit @ l'heure des réseaux sociaux*, disponible en <http://www.bit.ly/vRmwhE>.

91. Expresamente P. R. WESTERKAMP, R. ESMI, «Arbitrating Social Media...», cit., p. 30. Sobre el caso *Mrs. Whitham v. Club 24 Limited (Club 24)* véase «Derogatory comments on Facebook: Is it always fair to dismiss?», disponible en <http://www.bit.ly/sWnDOV>.

DUHEN, W., «Facebook et licenciement de salariés: quelle frontière pour la vie privée numérique?», disponible en <http://www.legaletic.fr/facebook-et-licenciement-de-salaries-quelle-frontiere-pour-la-vie-privée-numerique/>

FALGUERA I BARO, M. A., «Uso por el trabajador del correo electrónico de la empresa para fines extraproductivos y competencias de control del empleador», disponible en http://www.comfia.net/historico/documento/estudio/falguera_ce.pdf

FERIA BASILIO, I., «Libertad de expresión del trabajador en redes sociales» comunicación presentada al X Congreso Europeo de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Sevilla septiembre, 2011.

FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F., «Nuevas tecnologías y control», original impreso pendiente de publicación.

FERNANDEZ VILLAZON, L. A., *Las facultades de control de la actividad laboral*, Aranzadi, Navarra, 2003.

– «A vueltas con el control empresarial sobre la actividad laboral: test de honestidad, telemarketing, registro de terminales y uso-o abuso-de Internet», *Tribuna Social*, 2004, núm. 168.

G. CHAMPEAU «Licenciement: Facebook n'est pas la machine à café de l'entreprise», disponible en <http://www.bt.io/GM61>

GOÑI SEIN, J. L., «El respeto a la esfera privada del trabajador», Civitas, Madrid, 1988.

– «Videovigilancia y nuevas formas de control del empleador: La perspectiva de la protección de datos», en AA VV, *Anuario de Conferencias del CARL 1^{er} Semestre de 2008*.

HINOJOSA, A., «El uso privado del correo electrónico desde el puesto de trabajo. Un aproximación de Derecho Comparado desde la normativa alemana» en AA VV, *Informática y Derecho, XVIII Encuentros sobre informática y Derecho*, (coord. M. A. DAVARA RODRÍGUEZ), Comillas, Madrid.

LUJÁN ALCARAZ, J., «Uso y control en la empresa de los medios informáticos de comunicación», *Aranzadi Social*, 2001, núm. 2.

– *La acción sindical en la empresa*, CES, Madrid, 2003.

MARÍN ALONSO, I., *El poder empresarial sobre el uso del correo electrónico en la empresa. Su limitación en base al secreto de las comunicación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

MCCARRICK, C., GURZICK, D., COLLEGE, H., «Rethinking privacy in networked publics: An analysis of the National Labor Relations Board's protection of «virtual water cooler» conversations», disponible en <http://www.cyberstudies.org/journal/tag/data>

MERCADER UGUINA, J. R., *Derecho del trabajo, Nuevas Tecnologías y Sociedad de la Información*, Lex Nova, Valladolid, 2002.

ROSENBERG, K. A. PALO, T. A., «Settlement in NLRB facebook case sends a message» en *New Jersey Labor and Employment Law Quarterly*, Vol. 32 No. 4, June 2011, disponible en <http://www.employmentlawalert.com/uploads/file/2011%20spring%20leq.pdf#page=20>

SEMPERE NAVARRO A. V. SAN MARTÍN MAZZUCCONI C. «Sobre nuevas tecnologías y relaciones laborales» en *Aranzadi Social*, 2002, núm. 15, p. 144.

TASCÓN LÓPEZ, R. «Sobre la evolución de los límites del poder tecnológico de control empresarial en el caso español», disponible en http://www.kongress-und-kommunikation.com/html/img/pool/Round_table_1_RodrigoLopez.pdf

VIOTTOLO, A. «Du bon usage de la liberté d'expression» en *Les Cahiers Lamy du CE* n° 99 – Décembre 2010, p. 29.

WESTERKAMP, P. R., ESMI, R. «Arbitrating Social Media Grievances», en *New Jersey Lawyer*, April, 2011.