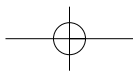
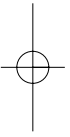


**ARTIGOS DOUTRINAIS**

REVISTA  
GALEGA  
DE  
DEREITO  
SOCIAL



## **OS CONTRATOS TEMPORAIS E A FRAUDE DE LEI. ASPECTOS RELACIONADOS COA ACTUACIÓN DA INSPECCIÓN DE TRABALLO**

**María Saco Dulanto**

Inspectora de Traballo e Seguridade Social da Coruña

### **SUMARIO**

#### **I. INTRODUCCIÓN**

#### **II. CONTRATOS TEMPORAIS E FRAUDE DE LEI**

#### **III. CONTRATOS REGULADOS NO ARTIGO 15 DO ESTATUTO DOS TRABALLADORES**

- a) Os contratos para obra ou servizo determinados
- b) Os contratos eventuais por circunstancias da produción
- c) O contrato de interinidade
- d) O contrato de inserción

#### **IV. CONTRATOS TEMPORAIS REGULADOS NO ARTIGO 11 DO ESTATUTO DOS TRABALLADORES**

- a) Contrato de traballo en prácticas
- b) Contrato para a formación

#### **V. ASPECTOS RELACIONADOS COA ACTUACIÓN DA INSPECCIÓN DE TRABALLO**

## I. INTRODUCCIÓN

Os contratos de traballo clasifícanse, atendendo á súa duración, naqueles cunha duración á que en principio non se lle fixa un final certo, denominados contratos de duración indefinida, ou ben pode celebrarse cunha vontade de establecer o fin do contrato nalgún momento, aos que se denomina xenericamente contratos de duración determinada. Non obstante, non en todos os contratos de duración determinada se fixou dende o seu inicio, de modo preciso, unha data certa para a súa finalización, senón que ben pode tratarse dun momento certo en canto á súa produción pero incerto en canto ao momento. Por iso enténdese máis adecuada a denominación de “contratos temporais”, se ben o RD Legislativo 1/1995, de 24 de marzo polo que se aproba o texto refundido da Lei do Estatuto dos Traballadores regula estes contratos no seu artigo 15 baixo a denominación xenérica de “contratos de duración determinada”. Cabe dicir non obstante, que existen estes contratos non son os únicos que recolle o Estatuto como de duración temporal, posto que no artigo 11 regula os contratos para a formación e o contrato en prácticas, ambos os dous cunha duración limitada.

Segundo este artigo 15, os contratos temporais clasifícanse en:

- a) Contratos para a realización dunha obra ou servizo determinados.
- b) Contrato eventual para atender circunstancias de mercado, acumulación de tarefas ou exceso de pedidos.
- c) Contrato de interinidade.
- d) Contrato de inserción.

Deles unicamente o contrato eventual posúe unha duración realmente determinada: O contrato por obra ou servizo determinados é de natureza temporal, posto que se trata dunha execución limitada no tempo, pero incerta en canto á súa duración. É pois “determinado” o obxecto do contrato, pero non a súa duración; o contrato de inserción vén a ser unha modalidade do contrato por obra; en canto ao contrato de interinidade se celebra para substituír a un traballador con dereito a reserva do posto de traballo, por iso a Xurisprudencia entendeu que se trata dun contrato suxeito a condición resolutoria (o seu termo prodúcese cando, e só, se se reincorpora o traballador substituído).

Cabe dicir que o contrato de duración indefinida é o tipo contractual máis sinxelo en canto á súa forma (de feito, salvo excepcións, non precisa ningunha), á súa regulación, e o que menos dificultades presenta para a súa interpretación. É así mesmo o tipo contractual que podería considerarse o “normal”.

Non obstante é obvio que na actualidade e por causas diversas, se foi incrementando de modo moi acusado a contratación temporal, á que se atribúe a facultade de “flexibilizar” o mercado de traballo e facilitar o acceso a unha ocupación a un número maior de persoas. De feito, segundo o informe do ano 2004 sobre situación sociolaboral da Comunidade Autónoma Galega elaborado polo Consello Galego de Relacións Laborais, no ano 2004 figuran rexistrados un total de 733.011 contratos, dos cales obedecen a algunha das modalidades de contrato temporal un total de 701.778.

Dada a preferencia do ordenamento xurídico polo contrato indefinido, e polas especiais características dos contratos temporais, os supostos nos que poden concertarse están regulados expresamente, e deben reunir unha serie de requisitos para a súa validez.

En liñas xerais, e como aspectos comúns, pode dicirse que os contratos por obra, de interinidade e de inserción, e os contratos eventuais por circunstancias da produción de duración superior ás catro semanas, ou concertados a tempo parcial, han de ser formalizados por escrito, presumíndose celebrados por tempo indefinido en caso contrario, se ben cabe a proba en contrario. Ademais, han de ser rexistrados polo empresario no prazo de dez días na correspondente Oficina de Emprego, e neles especificarase a modalidade contractual á que corresponden, a duración ou a identificación da circunstancia que determine a súa duración, así como o traballo a desenvolver.

Tamén se presumen celebrados por tempo indefinido, e tamén admite proba en contrario, o suposto no que o traballador non foi dado de alta no Réxime correspondente da Seguridade Social e transcorrera un período equivalente ao de proba. Así mesmo se dá esta presunción cando, unha vez finalizada a duración máxima do contrato, incluídas no seu caso as prórrogas que puidese ter, se o traballador continuase prestando servizos para a empresa, salvo proba en contrario. E por último, o artigo 15.3 do Estatuto dos Traballadores, e o artigo 9.3 do RD 2.720/1998 establecen que “presumiranse por tempo indefinido os contratos temporais asinados en fraude de lei”.

## II. CONTRATOS TEMPORAIS E FRAUDE DE LEI

Enténdese que existe fraude de lei cando os actos que se realizan ao amparo dunha norma, aparentemente axustados ao suposto de feito que esta contempla, perseguen un resultado contrario aos propósitos da norma e prohibido polo ordenamento xurídico. Trátase dunha aparencia meramente formal de legalidade que contravén o espírito da norma e que persegue obter unha finalidade ou un beneficio non querido por esta. A fraude de lei proscribíse expresamente no artigo 6.4 do Código Civil. No caso concreto dos contratos temporais na fraude debe concorrer a utilización de modalidades ou figuras xurídicas cun fin distinto ao contemplado legalmente ou aplicándoas indebidamente respecto a persoas, finalidades, supostos e límites temporais distintos aos previstos na norma de cobertura. Para que exista fraude é necesaria que, ademais, exista unha vontade consciente de obter un determinado beneficio, que exista unha intencionalidade, non un mero erro. Non obstante abonda para entender a existencia de fraude entender a convicción do empresario de que non existe causa algunha para a temporalidade ou eventualidade alegada.

A fraude consiste en dar unha aparencia de temporalidade a unha prestación de traballo que non reúne realmente os requisitos fixados normativamente para estes contratos. No caso concreto dos contratos temporais ten por finalidade, por parte do empresario, a posibilidade de rematar a relación laboral en calquera momento sen necesidade de alegar outra causa que a terminación do suposto obxecto do contrato, e sen que diso se derive unha obriga económica como no suposto dun contrato de duración indefinida<sup>1</sup>, se ben é certo que á finalización dos contratos temporais o traballador ten dereito a percibir unha indemnización económica a contía da cal ha de ser determinada na negociación colectiva ou na normativa específica aplicable. A falta de pacto ou normativa específica

1 Se ben é certo que, segundo o noso ordenamento, no caso de despedimento improcedente ou nulo cabe a readmisión, o certo é que en definitiva, e facendo fronte ao pagamento da correspondente indemnización, existe sempre para o empresario a posibilidade de dar por rematada a relación laboral

que sexa de aplicación, a indemnización é equivalente á parte proporcional da cantidade que resulte de aboar oito días de salario por ano de servizo, estando exceptuados desta posibilidade os contratos de interinidade, os contratos de inserción e os contratos formativos (Artigo 49.1.c) del Estatuto, modificado pola Lei 12/2001, de 9 de xullo).

O suposto máis frecuente de actuación fraudulenta é a sucesión de contratos “encadeados” nos que sen solución de continuidade ou con pausas irrelevantes se produce a vinculación permanente do traballador á empresa en virtude dun ou varios tipos contractuais temporais. Non se trata de que a existencia dun número determinado de contratos, ou a mera sucesión destes constituya fraude de lei, pero si existe cando non concorre causa algunha para a formalización dun contrato temporal, ou ben a causa que inicialmente puido existir prolóngase formalmente ao longo dos sucesivos contratos, carecendo de fundamento real. Igualmente considérase fraude a contratación eventual de quen xa era traballador fixo, entendéndose abusivo o pacto novatorio que pretenda transformar en contrato por tempo certo un que fose, e obxectivamente siga sendo, salvo proba en contrario, de duración indefinida.

Dado que a fraude consiste na utilización dos aspectos formais de modo aparentemente correcta, pero buscando unha finalidade ilícita, é necesario establecer os requisitos de forma de cada tipo contractual.

### III. CONTRATOS REGULADOS NO ARTIGO 15 DO ESTATUTO DOS TRABALLADORES

#### a) Os contratos para obra ou servizo determinados

O contrato por obra regúlase no artigo 15.1.a-n) do Estatuto dos Traballadores, así como no artigo 2 do RD 2.720/1998, de 18 de decembro, xunto coas normas comúns para os contratos de duración determinada fixados en ambas as dúas normas. Nos contratos para a realización dunha obra determinada é requisito esixible que esta obra teña autonomía e substantividade propias dentro da actividade da empresa e a execución da cal, aínda que limitada no tempo é en principio incerta pero non por iso supeditada á vontade dunha das partes; o contrato deberá especificar con claridade a obra ou servizo que constitúe o seu obxecto o seu obxecto<sup>2</sup>.

Ademais das notas comúns antes sinaladas, este contrato ten unhas regras específicas, sendo as máis salientables as que fan referencia ao seu obxecto; así, a obra ou o servizo han de ser efectivamente de duración temporal, aínda que sexa indeterminada, pero non debe constituír unha necesidade permanente ou normal na vida da empresa, porque nese caso debería cubrirse esta necesidade cun contrato de duración indefinida. Aquí a maior dificultade en relación co obxecto prodúcese naquelas actividades que, aínda tendo autonomía e substantividade dentro da actividade normal propia da empresa, repítese con frecuencia en períodos semellantes, como poida ser a condución de

2 O RD 2.720/1998, de 18 de decembro, polo que se desenvolve o artigo 15 do Estatuto dos Traballadores en materia de contratos de duración determinada, establece no seu artigo 2º que “Cando o convenio colectivo que resulte de aplicación identifique os traballos ou tarefas con substantividade propia dentro da actividade normal da empresa que poidan cubrirse con esta modalidade contractual, estarase ao establecido neste para os efectos da súa utilización”. Esta precisión contribúe a fixar o, en ocasións, difícil concepto de “substantividade”, entendéndose que os posibles abusos á hora de fixar este tipo de traballos foron obviar por ser froito o convenio da negociación colectiva, e porque non foi obxectado pola Autoridade Laboral, xa que a negociación colectiva non pode alterar o marco legal. En calquera caso, o Estatuto actúa como unha “norma de mínimos”.

autobuses para traslado dos alumnos durante o curso escolar, ou os monitores de actividades de verán. É indubidable que nestes supostos a obra pode estar identificada, que ten substantividade, que presenta características propias con respecto á actividade normal da empresa e que é de natureza temporal, o problema está en que poderían mesmo considerarse actividades estacionais que se repiten en períodos certos ou uniformes, que deberían ser cubertas coa modalidade de contrato fixo-discontinuo.

Considérase que existe fraude de lei cando o contrato se asina para realizar unha obra determinada, e ao traballador destínaselle a outra. E tamén se considera que existe fraude de lei cando ao traballador se lle contrata para realizar unha obra que, estando debidamente identificada e mesmo tendo certo grao de substantividade, é porén parte da actividade normal da empresa, cunha duración determinada en canto ao momento de prestación, pero non en canto á persistencia do vínculo. Este sería por exemplo, o caso dos profesores contratados polos colexios privados por curso escolar para impartir materias obrigatorias. É certo que está debidamente identificado o obxecto, e que ten unha duración determinada coincidente co curso escolar, pero o certo é que ao tratarse de materias obrigatorias o vínculo se preserva de ano en ano, e a actividade docente concreta englobase dentro da actividade propia da empresa.

Non se considera en cambio que exista fraude de lei cando ao traballador se lle destina a prestar servizos por conta dunha empresa auxiliar, se concorren as restantes notas no contrato. Non obstante, hai que distinguir este caso daquel no que o obxecto do contrato vén a coincidir coa prestación de servizo de carácter puntual que se ha de facer para outra empresa, porque isto suporía para a empresa que contrata estar a actuar como intermediadora da relación laboral, contratando a un traballador para cedelo a outra, isto é, actuando como un empresa de traballo temporal o sen ser. En este caso, enténdese que existe fraude de lei<sup>3</sup>. Cando o empregador é unha Administración Pública, a utilización errónea deste contrato en lugar do contrato de inserción é unha irregularidade formal, pero non se considera fraude de lei.

#### **b) Os contratos eventuais por circunstancias da produción**

Os contratos eventuais por circunstancias da produción regúlanse, á marxe das normas comúns, no artigos 15.1.b) do Estatuto dos Traballadores, modificado pola Lei 12/2001, de 9 de xullo, e no artigo 3 do RD 2.720/1998, de 18 de decembro. No caso do contrato eventual por circunstancias da produción establece a norma que debe expresarse con precisión e claridade a causa ou circunstancia que o xustifique, e determinar a súa duración, podendo prorrogarse por unha única vez se se concertaría inicialmente por unha duración inferior á establecida legal ou convencionalmente<sup>4</sup>.

Este contrato pódese concertar para atender determinadas esixencias, circunstancias do mercado, acumulación de tarefas ou exceso de pedidos, aínda tratándose da actividade normal da empresa. O contrato destínase entón a cubrir unhas necesidades

3 Sería o caso dunha empresa de servizos que ten unha contrata para prestar servizos a unha Administración Pública; Baseándose nesta contrata, formaliza para cada un dos servizos específico (por exemplo: facer unha ruta de sendeirismo nunha data determinada) un contrato da duración estrita do servizo que presta nesa ocasión, carecendo de vinculación o traballador polo resto do período. Neste caso contratouse o traballador especificamente para prestalo a outra empresa, sen ter a acreditación como ETT.

4 Tamén neste caso poden os convenios colectivos matizar a norma xeral, modificando a duración máxima do contrato, o período no que pode celebrarse ou ambos os dous (Art. 3.2 do RD 2.720)

excepcionais que se presentan e que non poden ser atendidas co persoal habitual da empresa pero que, ao ser transitorias, non precisan tampouco un incremento permanente do cadro de persoal. Trátase pois dun incremento da cantidade do traballo que non require tampouco unha excepcionalidade en canto ao seu contido, senón que expresamente se regula que se pode tratar da actividade normal da empresa, a diferenza do contrato por obra que esixe substantividade e autonomía ao obxecto. Pódese dicir que se trata dun obxecto cuantitativo, e non cualitativo.

O determinante pois neste contrato é a existencia transitoria dunha esixencia de actividade superior á normal. É en ocasións difícil de diferenciar dos incrementos que se producen de forma periódica que deben ser cubertos coa modalidade de contrato fixo-discontinuo, quizais a nota diferenciadora é que o contrato eventual ten un carácter de imprevisibilidade ou excepcionalidade fronte ao carácter cíclico e xornal dos traballos fixos discontinuos. A causa da eventualidade ha de constar con precisión e claridade, podéndose apreciar a existencia de fraude de lei no caso contrario, sen que se considere suficiente a mera alusión a un exceso de traballo.

A duración máxima xeral deste contrato é de seis meses dentro dun período de doce, e en calquera caso, de doce meses dentro dun período máximo de dezaioito. O período de referencia compútase dende que se produce a causa para a contratación eventual.

#### **c) O contrato de interinidade**

Ademais das normas comúns, o contrato de interinidade regúlase no artigo 15.1.c) do Estatuto dos Traballadores, e na disposición adicional 14, e no artigo 4 do RD 2.720/1998. O contrato de interinidade pódese concertar para substituír un traballador con dereito do posto de traballo, para ocupar un posto mentres se leva a cabo o proceso de selección para a cobertura definitiva, ou para a substitución dun traballador autónomo, socio traballador ou socio de traballo dunha sociedade cooperativa no suposto de risco durante o embarazo ou nos períodos de descanso por maternidade, adopción ou acollemento.

O contrato ha de formalizarse necesariamente por escrito, debe identificar o traballador (ou traballadores) substituídos e a causa da substitución, indicando así mesmo o posto concreto que vai desempeñar o substituto (o do substituído ou o doutro traballador que pase a desempeñar o posto daquel). En canto á duración, será o tempo que dure a ausencia do substituído. Como en principio este contrato é para substituír a un traballador con dereito a reserva de posto de traballo, enténdese que está motivado cando exista esa causa legal de suspensión (por exemplo maternidade, ou incapacidade temporal), se ben é máis discutible a súa utilización para substitución por vacacións ou permisos. En calquera caso non é admisible para a substitución de traballadores en situación de folga legal.

#### **d) O contrato de inserción**

Regulado no artigo 15.1 d) do Estatuto dos Traballadores, engadido pola Lei 12/2001, caracterízase porque o traballador ha de estar inscrito como desempleado, o empresario ha de ser unha Administración Pública ou unha entidade sen ánimo de lucro, e o obxecto ha de ser a realización dunha obra de interese social, pero trátase en definitiva dunha modalidade do contrato por obra, se ben con limitacións temporais en canto á súa reiteración.



#### **IV. CONTRATOS TEMPORAIS REGULADOS NO ARTIGO 11 DO ESTATUTO DOS TRABALLADORES**

No artigo 11 do Estatuto dos Traballadores regúlanse os chamados contratos formativos, isto é, o contrato en prácticas e o contrato para a formación.

##### **a) Contrato de traballo en prácticas**

Regulado no artigo 11.1 do Estatuto, e RD 488/1998, de 27 de marzo. Ten por finalidade que o traballador adquira unha práctica profesional axeitada aos estudos realizados, sempre que posúa titulación universitaria, formación profesional de grao medio ou superior, ou título reconecido como equivalente, que habiliten para o exercicio profesional. O contrato ha de asinarse nos catro anos seguintes á obtención do título ou á súa validación, no caso de títulos estranxeiros, ou seis anos no caso de traballadores minusválidos. A duración máxima deste contrato é de dous anos, e o traballador percibe como retribución como mínimo o 60% o primeiro ano e o 75% o segundo da retribución fixada legal ou convencionalmente para un traballador da súa categoría, en ningún caso por debaixo do salario mínimo interprofesional. Considérase fraude de lei a atribución o traballador de funcións inferiores ás que lle habilita a súa titulación (por exemplo un titulado superior contratado en prácticas para tarefas de auxiliar administrativo), e tamén a realización de funcións alleas a esta titulación.

##### **b) Contrato para a formación**

Regulado no artigo 11.2 do Estatuto dos Traballadores, modificado por a Ley 12/2001, e polo artigo 5 do RD 488/1998, do 27 de marzo, ten por finalidade que o traballador adquira a formación práctica e teórica necesaria para o desempeño adecuado dun oficio que requira un determinado nivel de cualificación; para iso, hai un plan de formación teórica (que debe ocupar polo menos o 15% da xornada) e unha tutela sobre a formación práctica. O seu número na empresa é proporcional ao cadro de persoal desta. A retribución é a que marque no seu caso o convenio colectivo, sen que poida ser inferior ao salario mínimo interprofesional. Enténdese que hai fraude de lei cando dende o inicio hai unha vontade deliberada de incumprir os aspectos básicos do contrato.

Como normas comúns para ambos os dous tipos de contratos esíxese a formalización en modelo oficial, facer constar expresamente a tarefa que se vai desempeñar e comunicar o contrato á oficina de emprego. Ao igual que acontece cos contratos temporais do artigo 15, cando estes contratos se asinen en fraude de lei transformaranse en indefinidos.

#### **V. ASPECTOS RELACIONADOS COA ACTUACIÓN DA INSPECCIÓN DE TRABAJO**

O RD Lexislativo 5/2000, de 4 de agosto polo que se aproba o texto refundido da Lei sobre Infraccións e Sancións na Orde Social define no seu artigo 5 as infraccións laborais, e recolle no seu artigo 7 as infraccións laborais graves, que son aquelas que se refiren a incumprimentos de obrigas legais relativas aos elementos substanciais do contrato, e que teñen unha maior incidencia polos prexuízos que poden ocasionar ao traballador. No artigo 7.2 tipifícase como infracción grave a trasgresión da normativa sobre modalidades contractuais, contratos de duración determinada e temporais, mediante a súa utilización en fraude de lei ou respecto a persoas, finalidades, supostos e límites temporais distintos dos previstos

legal, regulamentariamente, ou mediante convenio colectivo cando os devanditos extremos poidan ser determinados pola negociación colectiva. Da redacción do artigo podería seguirse que no mesmo precepto se tipifican dúas condutas diferentes, unha a infracción ás normas reguladoras da contratación temporal, utilizando estas modalidades para finalidades, supostos, persoas e límites temporais distintos aos establecidos, ou ben mediante a súa utilización en fraude de lei. Non obstante, non cabe falar de fraude sen vulnerar a finalidade e o suposto para o que se creou o tipo contractual, o que supón reunir os requisitos do primeiro tipo e engadilos, ademais unha vontade infractora ou, como xa se dixo, polo menos a convicción de que non existe causa algunha para a eventualidade establecida formalmente. Pero as consecuencias de apreciar a existencia de fraude de lei son diferentes á mera infracción da norma reguladora da contratación temporal, posto que no primeiro caso determina a posibilidade de que o contrato sexa considerado como indefinido.

Conforme ao artigo 40.1 do mesmo RDL 5/2000, as sancións para as infraccións laborais (entre outros tipos de infraccións) será de 300,52 € no seu grao mínimo a 3.005,06 €. As sancións serán efectivamente impostas, segundo a contía polo órgano que para tal efecto designe a Xunta de Galicia, por proposta da Inspección de Traballo e Seguridade Social<sup>5</sup>.

A Inspección de traballo é un Corpo Nacional, adscrito organicamente á Administración Xeral do Estado, se ben nas materias transferidas depende funcionalmente do organismo correspondente da Comunidade Autónoma. Se ben en ocasións pode resultar complexo precisar o significado do termo "laboral", no caso dos incumprimentos vinculados directamente co contrato de traballo non parece existir dúbida algunha respecto á competencia sancionadora das Comunidades Autónomas que asumiran a transferencia da materia laboral.

En canto á actuación concreta prevista en cada caso, cabe dicir que polo que se refire ao contrato para a realización de obra ou servizo determinado, é un contrato típico dalgúns sectores produtivos, particularmente do sector da construción. Non obstante, aquí a negociación colectiva veu a establecer un tipo propio, así, o art. 28 do Convenio Xeral do sector da Construción regula o contrato "fixo de obra" que supón a posibilidade de que o traballador estea vinculado á empresa durante un período máximo de tres anos no cal pode prestar servizo en diversas obras encomendadas pola empresa, dentro do ámbito provincial, sen necesidade de formalizar en cada caso unha baixa e unha nova alta na Seguridade Social. É requisito imprescindible que esta cláusula figure expresamente no contrato, de forma que quede constancia de que o traballador a coñece e a acepta. Ademais de evitar unha sucesión de comunicacións de altas e baixas, a finalidade da creación deste contrato non son tanto as grandes empresas construtoras que realizan unha obra concreta de grandes dimensións de forma case exclusiva, como as empresas con cadros de persoal reducidos que realizan traballos de modo indistinto en varios centros de traballo de forma simultánea. Con este tipo de contrato cóbrese a prestación de servizos nos diversos centros. Por outra parte no sector da construción é relativamente doado describir suficientemente a obra ou o servizo obxecto do contrato, posto que se trata de traballos que teñen un claro comezo e un claro final, e unha existencia física onde pode realizarse, no seu caso, a correspondente visita de inspección. Non obstante prodúcese con frecuencia a vinculación ininterrompida, e en ocasións moi prolongada, do traballador coa empresa a través dunha

5 A Inspección de Traballo e Seguridade Social é un servizo público ao que corresponde exercer a vixilancia do cumprimento das normas de orde social, e esixir as responsabilidades pertinentes (...) conforme ao establecido no artigo 1.2 da Lei 42/1997, de 14 de novembro, Ordenadora da Inspección de Traballo e Seguridade Social (BOA do 15).

sucesión de contratos temporais nos que, evidentemente, a obra que constitúe o seu obxecto cambia, posto que toda obra está destinada a ser rematada nalgún momento, pero que en definitiva supoñen a realización do mesmo traballo de forma constante. Nestes casos é un factor a ter en conta o persoal da empresa e a súa composición; se ben é certo que non se pode garantir un determinado nivel de traballo constante na empresa, o que tamén é obvio é que unha empresa necesita sempre algún traballador para realizar a actividade normal. Por iso, unha empresa, como é un caso frecuente, en que a totalidade do cadro de persoal está vinculada por un contrato temporal dende hai moitos anos, sen existir un só contrato de duración indefinida, debe ser inspeccionada con atención, xa que pode darse o caso de ter un nivel de ocupación determinado moi constante sen que ningún traballador acceda á estabilidade no emprego. Son así mesmo traballadores que non debeñan nunca antigüidade, o que supón unha diminución dos seus dereitos económicos.

É tamén o contrato por obra moi utilizado nas empresas do sector siderometalúrgico, tanto en fabricación coma en montaxes. Neste caso é máis difícil falar de substantividade da obra que se realiza, posto que o traballo que realiza o operario é sempre, sen variación ningunha, o mesmo. Así por exemplo, un contrato pode ter identificada como obra concreta a fabricación de redondo de ferro para un encargo determinado. Non obstante, cabe supoñer que, despois deste encargo, produciranse outros e que, en definitiva, nin é incumbencia do operario, nin ten relevancia, o feito de que o material fabricado se empregue nunha ou outra obra; o determinante é que o traballador fai de forma constante a fabricación do mesmo produto que obviamente se destinará a usos diversos, ou a clientes diferentes. E é, ademais, a actividade propia e normal da empresa, a fabricación dese e outros produtos. Por iso, non pode ser a causa da temporalidade do contrato a comercialización concreta que da súa produción faga posteriormente a empresa.

En canto ás montaxes, cabe dicir que en ocasións a obra está identificada de modo correcto e suficiente e que ten realmente autonomía e substantividade propia, como pode ser un encargo concreto, ou ben, naquelas empresas que traballan para outra que asume o carácter de principal, o contrato que asinarían con esta. Pero tamén pode darse o caso dunha repetición constante e continuada do traballo, de forma moi prolongada, no que a única variación é o lugar concreto de traballo onde esta montaxe se realiza. Sería, por exemplo, o caso dos andamios, o traballo da cal consiste na montaxe e desmontaxe de estruturas metálicas, estruturas que lóxicamente en cada ocasión colócanse nun lugar diferente. Se ben é certo que, ocasionalmente a empresa pode necesitar un reforzo no seu cadro de persoal para facer fronte a un incremento puntual da demanda, tamén cabe entender que necesitará algún cadro de persoal sempre para facer fronte ao devir normal da vida empresarial, posto que se carecese completamente de actividade, non tería obxecto a súa propia existencia. Por iso en casos como este é necesario ter en conta non solo o obxecto do contrato expresado, senón ata qué punto ten real substantividade a obra, e non se trata dunha mera matización sobre algunha característica non excesivamente relevante desta. Pero tamén será necesario ter en conta a propia estrutura do cadro de persoal que solo en supostos moi excepcionais poderá xustificar a súa composición exclusiva a base de contratos temporais, cando a finalidade das empresas ten unha vocación de permanencia.

Como xa se indicou, no contrato por obra ou servizo é necesario, ademais, identificar concretamente o labor que constitúe o seu obxecto, sen que sexa aceptable unha descrición que, por inconcreta, poida facer referencia a calquera actividade que poida ser en principio desenvolvida pola empresa.

Por iso enténdese que cabe englobar dentro das condutas tipificadas como infracción no art. 7.2 do RD Lexislativo 5/2000, de 4 de agosto polo que se aproba o texto refundido da Lei sobre Infraccións e Sancións na Orde Social a falta de identificación da obra ou do servizo, e mesmo nos casos en que está identificada, que o traballador non preste servizo precisamente na obra ou servizo que é obxecto do contrato, ou ben o seu carácter excesivamente indefinido de modo que non quede constancia clara de que fai referencia a unha obra ou servizo con existencia autónoma e real, a falta de autonomía e de substantividade respecto á actividade normal da empresa, ou ben que o traballador realice realmente funcións normais e permanentes na empresa.

No caso do contrato eventual por circunstancias da produción é frecuente que se exprese como obxecto deste unha referencia á propia denominación do contrato, é dicir que se estableza como causa para a realización do contrato a existencia dunha “acumulación de traballo” o “incremento das tarefas propias da categoría”, ou unha combinación de ambas as dúas, como “incremento de tarefas por acumulación de traballos”, cando isto realmente non vén a xustificar en modo ningún a existencia da causa alegada, e trátese sinxelamente da propia denominación do contrato.

Igualmente é frecuente que se exprese como obxecto unha mera referencia á existencia dunha actividade estacional, como pode ser a tempada de verán, ou a tempada de rebaixas. Nestes casos cabe preguntarse ata qué punto esta circunstancia redonda nun exceso de actividade para a empresa que o alega, posto que se ben é certo que hai actividades que experimentan un incremento en determinadas épocas outras ramas de actividade de ningún modo están suxeitas a variacións estacionais, posto que presentan unha demanda constante e non suxeita a este tipo de flutuacións, sen que iso supoña, obviamente, que o nivel de vendas na empresa sexa inamovible de modo absoluto<sup>6</sup>.

A empresa, en calquera caso, ha de poder acreditar a existencia da circunstancia alegada cando sexa requirida para iso. Non obstante enténdese en ocasións que, ao tratarse dun tipo contractual amplo, abonda unha mera referencia a calquera circunstancia para xustificar a existencia deste contrato ao que se lle atribúe, mesmo, a función dun prolongado período de proba, expresándose como obxecto “a realización de tarefas propias da súa categoría mentres se valora a idoneidade para o posto”. Así como no contrato por obra se esixe que o obxecto teña unha substantividade e unha autonomía, no contrato eventual non se esixe esta especificidade, pero isto non supón en modo ningún que non deba obedecer a súa existencia a unha causa real.

Así mesmo, ao igual que acontece co contrato por obra, non resulta admisible que a maior parte do cadro de persoal dunha empresa, cando non a súa totalidade, estea cuberta con este tipo de contrato, posto que neste caso non hai excepcionalidade ningunha do incremento, senón que “a sensu contrario” estase a admitir que o modo normal de funcionamento da empresa é sen actividade ningunha.

Por iso, á hora de determinar a existencia dunha conduta tipificada como infracción será necesario considerar a expresión da causa, que ha de ser expresa e non unha mera repetición do tipo contractual, ha de tratarse dunha causa real e que no seu caso poida ser acreditada pola empresa, aínda que inicialmente non se achegue no contrato,

6 Así, no sector de confección certamente hai un incremento da actividade na tempada de inverno ou na de verán, e no sector do comercio existe un incremento do traballo nos meses de rebaixas. Non obstante e difícil aceptar a existencia dunha “tempada de verán” en un taller de reparación e venda de repostos de automóbil”, ou a alusión ao período de rebaixas nunha actividade que non sexa comercio polo miúdo.

debe tratarse dunha situación con carácter de excepcionalidade, posto que se se produci-se de forma continuada non habería causa para a súa eventualidade, e se se producise en períodos certos correspondería un contrato fixo-discontinuo e, por último, debe responder a un efectivo incremento das necesidades da empresa de comercialización, produción ou demanda, non se empregar para outras finalidades como puiden ser constituír na práctica un prolongado período de proba que supera os límites que para leste fixa a norma.

Con respecto aos contratos realizados de modo irregular por unha Administración Pública, pode determinar que a relación laboral se converta en indefinida igualmente, sendo fundamental neste punto a sentenza en unificación de doutrina do Tribunal Supremo do 18 de marzo de 1991, que establece que a Administración, en canto que actúa como empresario, debe someterse á normativa laboral en cada caso.

En canto aos contratos formativos, cabe dicir que é frecuente a utilización do contrato en prácticas para obter unha prestación de servizos equivalente á de calquera outro traballador, pero aboando unha retribución inferior, sen que a adquisición dunha práctica profesional sexa un obxectivo do contrato, senón en todo caso, un beneficio marxinal que pode obter o traballador, e iso cando o traballo que realiza está efectivamente relacionado coa súa titulación. Polo que se refire ao contrato de formación, como xa se dixo, ten unha parte de formación teórica que polo menos ha de supoñer o 15% da xornada, pero dende o momento en que está admitida unha formación a distancia é moi difícil constatar non xa se efectivamente se recibe a formación, senón se prodúcese a correspondente redución da xornada práctica. Por outro lado adoita figurar como titor da formación práctica en ocasións un traballador a función real do cal carece de relación coa formación que debe adquirir o tutelado, cando non se encomenda a tutoría a persoas con responsabilidades executivas e escasa ou nula presenza no centro de traballo.

En todos estes supostos nos que se aprecie a existencia dunha infracción tipificada, cabe a posibilidade de propoñer unha sanción que oscilará entre os 300,52 e os 3.005,06 €. Seguindo a norma xeral, non a excepción prevista para as faltas de alta e a ocupación ilícita de traballadores estranxeiros, o RDL 5/2000 non considera a posibilidade de considerar unha infracción por cada un dos contratos celebrados en fraude de lei, en todo caso o número poderá tomar como criterio de graduación da sanción. Isto supón que para as empresas de tamaño mediano en diante, a sanción teña unha importancia e unha efectividade moi relativas. Da imposición da sanción non obstante non se segue ningunha variación na situación efectiva do traballador, polo que en ocasións resulta máis operativo recorrer a outra das atribucións que a Lei 42/1997, Ordenadora da Inspección de Traballo reconece no seu artigo 7.2 aos Inspectores de Traballo e Seguridade Social, a posibilidade de requirir ao suxeito responsable para que no prazo que se lle sinale, adopte as medidas en orde ao cumprimento da normativa de orde social como alternativa ao procedemento sancionador. Por iso cando se entenda que a empresa empregou de modo incorrecto unha modalidade contractual cabe a posibilidade de requirir a emenda das deficiencias advertidas, substituíndo o contrato pola modalidade que realmente corresponda, é dicir, un contrato de duración indefinida. O requirimento debe fixar un prazo para a súa cumprimentación. Isto non pode interpretarse como unha facultade da Inspección de Traballo para alterar a natureza xurídica do contrato, nin para obrigar á empresa a facer ou deixar de facer algo, que é unha cuestión que excede con moito as atribucións da Inspección, e que en todo caso corresponde ao órgano xudicial, senón que, advertido un incumprimento, se dá a posibilidade de que sexa o propio empresario que adopte por si mesmo unha conduta que emende o incumprimento no que incorrera, e que se entende máis favorable para o traballador que a mera imposición dunha sanción pecuniaria.

A substitución do contrato temporal por un contrato de duración indefinida enténdese, en liñas xerais, como o suposto máis beneficioso para o traballador, se ben non pode establecerse como unha regra xeral. Así por exemplo, é o caso daquelas actividades nas que normativamente existe unha obriga de sucesión na actividade, como poida ser o caso das empresas de limpeza ou de empresas de seguridade, vinculadas a través dunha contrata. Nestes casos a formalización dun contrato por obra ou servizo supón a vinculación do traballador a un determinado centro de traballo, mesmo no suposto de que a empresa cese na contrata e sexa substituída por outra. Non obstante, dende o momento en que o traballador formaliza un contrato de duración indefinida non existe máis vinculación que á empresa, o que pode supoñer que, sen incorrer en mobilidade xeográfica, o traballador non obstante sexa desprazado do seu centro habitual.

Cabe dicir que no suposto de levantar acta de infracción por apreciarse fraude de lei, esta ha de reunir unha serie de requisitos procedementais, é dicir, conter os feitos comprobados polo funcionario actuante (non cualificacións xurídicas dos mesmos), con expresión dos relevantes para os efectos da tipificación, medios empregados na comprobación dos feitos e forma de actuación, tipificación e cualificación da infracción, expresión dos preceptos vulnerados e proposta de sanción con, no seu caso, os criterios tidos en conta para a súa graduación. Cando as actas de infracción reúnen todos estes requisitos posúen presunción de veracidade, e presunción de certeza en canto aos feitos constatados, é dicir os que foron obxecto de comprobación persoal e directa polo Inspector actuante ou ben son inmediatamente deducibles daqueles, a quedaron acreditados por medios de proba consignados na propia acta. Obviamente, a presunción de certeza non supón vulnerar a presunción de inocencia, pero non é menos certo que aínda que os feitos recollidos na acta admiten proba en contrario son por si sós un medio probatorio moi importante. Por iso en todo caso, unha vez practicada acta de infracción en materia laboral por entenderse que hai fraude de lei na contratación, facilítase en boa medida para o traballador a declaración do seu contrato como indefinido, posto que, se ben a normativa establece como consecuencia da existencia de fraude a conversión en indefinido do contrato, o certo é que esta transformación ha de ser efectivamente realizada, non opera de modo automático.

Por último é necesario facer mención á reforma establecida pola Lei 45/2002, de 12 de decembro, que engade á vixente Lei de Procedemento Laboral o artigo 145 bis6, onde se establece que cando a Entidade Xestora das prestacións por desemprego constate que, nos catro anos inmediatamente anteriores a unha solicitude de prestacións, o traballador percibise prestacións por finalización de varios contratos temporais cunha mesma empresa, poderá dirixirse de oficio á autoridade xudicial demandando que o empresario sexa declarado responsable do seu abono, salvo da prestación correspondente ao último contrato temporal, se a reiterada contratación temporal fóra abusiva ou fraudulenta, así como a condena ao empresario á devolución á Entidade Xestora daquelas prestacións xunto coas cotizacións correspondentes. Á comunicación, que terá a consideración de demanda, deberá acompañarse copia do expediente ou expedientes administrativos en que se fundamente.

Estes expedientes administrativos comprenden a solicitude que remite a Entidade Xestora á Inspección, e os informes elaborados por esta, nos que mediante visita á empresa, comparecencia do seu representante ou expediente administrativo determinado no seu caso se a vinculación reiterada do traballador á empresa obedece a unha causa real e certa ou pola contra supón a existencia dunha fraude, o que vén a supoñer atribuír á Inspección competencias cuase xurisdiccionais. Establece o mesmo artigo no seu apartado 5 que, unha vez recaída sentenza firme no proceso, esta comunicárase á Inspección de Traballo e Seguridade Social, que poderá tomar a declaración de feitos probados que figure na sentenza para estender no seu caso acta de infracción.

## **OS DEREITOS FUNDAMENTAIS DO TRABALLADOR E AS TECNOLOXÍAS DA INFORMACIÓN E DA COMUNICACIÓN**

**José Fernando Lousada Arochena**

Maxistrado especialista da Sala do Social do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia

### **SUMARIO**

#### **INTRODUCCIÓN**

#### **I. A AUTODETERMINACIÓN INFORMATIVA DO TRABALLADOR SOBRE OS SEUS DATOS PERSOAIS.**

- a) A autodeterminación informativa no dereito español.
- b) Aplicación das normas á relación laboral.

#### **II. O CONTROL AUTOMATIZADO DO TRABALLO.**

#### **III. OS CIBERDEREITOS SINDICAIS.**

#### **IV. O SEGREDO DAS COMUNICACIÓNS DENTRO DA EMPRESA.**

As denominadas tecnoloxías da información e da comunicación -en acrónimo, as TIC- que se xeneralizaron en progresión xeométrica en todos os ámbitos da nosa vida cotiá, fixérono moi en particular nas relacións laborais e a instancia das empresas coa evidente finalidade de favorecer os seus lexítimos intereses de mellora da produtividade e de control da actividade produtiva. Tal xeneralización determinou un importante cambio na tradicional configuración das relacións laborais, ao punto de que, con esaxeración, oíase ás veces que as novas tecnoloxías nos conducirán a unha sociedade do coñecemento que fará desaparecer a fábrica e con ela ao Dereito do Traballo. Pero este non desaparecerá, aínda que, como fixo xa noutras ocasións, deberase adaptar ás novas realidades socioeconómicas mantendo o seu tradicional espírito tuitivo e protector da parte máis débil.

Non pretendo analizar -o que sería imposible por obvias razóns de espazo, e ademais abórdase en máis amplos estudos<sup>1</sup>- a incidencia das novas tecnoloxías sobre a relación laboral e as adaptacións necesarias do Dereito do Traballo. Limitareime a un aspecto concreto, e é a incidencia sobre os dereitos fundamentais do traballador, a cal obsérvase con especial intensidade en catro cuestións que examinarei nunha aproximación xeral -de novo sería imposible un estudo de detalle-: a) a autodeterminación informativa do traballador sobre os seus datos persoais; b) o control automatizado do traballo; c) os ciberdereitos sindicais; d) o segredo das comunicacións dentro da empresa. Catro cuestións que conforman a vertente laboral dos chamados dereitos fundamentais de terceira xeración, en contraposición ás liberdades individuais -son a primeira xeración- e aos dereitos sociais -son a segunda xeración-.

## I. A AUTODETERMINACIÓN INFORMATIVA DO TRABALLADOR SOBRE OS SEUS DATOS PERSOAIS.

### a) A autodeterminación informativa no dereito español.

Facéndose eco dunha fonda preocupación fronte ao tratamento automatizado de datos persoais, que xorde nos Estados Unidos de América e se estende a Europa no último terzo do Século XX, e nun contexto de aparición duns pioneiros tratamentos lexislativos -a principios dos setenta, en Alemaña e en Suecia-, a Constitución española de 1978,

1 Como son as dúas obras colectivas, de recomendable consulta, "Nuevas tecnologías de la información y la comunicación y Derecho del Trabajo", coordinada por Manuel Ramón Alarcón Caracuel e Ricardo Esteban Legarreta, sendo autores Manuel Ramón Alarcón Caracuel, Santiago González Ortega, José Luis Goñi Sein, Rafael Antonio López Parada, Antonio Baylos Grau, Berta Valdés de la Vega, Ferrán Camas Roda, Eusebi Colàs Neila e Xabier Solà i Monells, Editorial Bomarzo, Albacete, 2004, e "Relacións laborais y nuevas tecnologías", dirixida por Salvador Do Rei Guanter e coordinada por Manuel Luque Parra, sendo autores Roberto Fernández Villarino, Carolina Gala Durán, José Luis Lázaro Sánchez, Daniel Martínez Fons, Alberto Pastor Martínez, Miguel Rodríguez-Piñero Royo, Esther Sánchez Torres, Raquel Serrano Olivares, Xabier Solà i Monells e Antonio Valverde Asencio, La Ley, Madrid, 2005.

Tamén son de oportuna cita -e límite a libros monográficos sen referenciar os artigos de revista- as obras de María Belén Cardona Rupert, "Informática y contrato de trabajo", Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1999; Inmaculada Marín Alonso, "El poder de control empresarial sobre el uso del correo electrónico en la empresa", Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2005; Rodrigo Tascón López, "El tratamiento de la empresa de datos personales de los trabajadores. Análisis del estado de la cuestión", Editorial Thomson Civitas, Navarra, 2005; e Remedios Roqueta Buj, "Uso y control de los medios tecnológicos de información y comunicación en la empresa", Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.



seguindo á portuguesa de 1976, elevou ao máximo rango a cuestión ao establecer que “a lei limitará o uso da informática para garantir a honra e a intimidade persoal e familiar dos cidadáns e o pleno exercicio dos seus dereitos” –artigo 18, parágrafo 4-.

Unha rápida constitucionalización que, sen embargo, non se correspondeu cun rápido desenvolvo legislativo, acometido quince anos despois a través da Lei Orgánica 5/1992, do 29 de outubro, sobre tratamento automatizado de datos de carácter persoal. A aprobación da Directiva 95/46/CE, do 24 de outubro de 1995, obrigou á súa modificación, realizada a través da Lei Orgánica 15/1999, do 13 de decembro, de protección de datos de carácter persoal. Quizais a súa novidade máis destacable –determinante do cambio de denominación da Lei Orgánica- é abranguer calquera tratamento de datos, inclusive os tradicionais ficheiros físicos.

A Lei Orgánica 15/1999, do 13 de decembro, presenta, como facía a derogada Lei Orgánica 5/1992, do 29 de outubro, un contido substantivo bifronte, ao regular, dun lado, uns principios do tratamento de datos persoais, e, doutro lado, os dereitos das persoas afectadas. Ademais, coa finalidade de vixiar o cumprimento, instáurase unha Axencia de Protección de Datos –artigos 35 a 42 da L.O. 15/1999-, definida como “ente de dereito público, con personalidade xurídica propia e plena capacidade pública e privada, que actúa con plena independencia das Administracións Públicas no exercicio das súas funcións”.

En canto aos principios do tratamento de datos persoais, resúmense, en síntese, nos seguintes –artigos 4 a 12 da L.O. 15/1999-:

1º. O principio de proporcionalidade no tratamento dos datos persoais, isto é, (1) “só se poderán recoller para o seu tratamento, así como sometelos ao devandito tratamento, cando sexan adecuados, pertinentes e non excesivos en relación co ámbito e as finalidades determinadas, explícitas e lexítimas para as que se obtiveran”, (2) “non poderán usarse para finalidades incompatibles con aquelas para as que os datos fosen recollidos”, non séndoo as históricas, estatísticas ou científicas, e (3) “serán cancelados cando deixen de ser necesarios ou pertinentes para a finalidade para a cal fosen solicitados ou recollidos”, salvo a conservación con fin histórico, estatístico ou científico.

2º. O principio de veracidade, isto é, “os datos de carácter persoal serán exactos e postos ao día de forma que respondan con veracidade á situación actual do afectado”, de modo que, “(se) resultasen ser inexactos, en todo ou en parte, ou incompletos, serán cancelados e substituído de oficio polos correspondentes datos rectificadas ou completados”, sen prexuízo do exercicio, pola persoa afectada, dos dereitos que se lle recoñecen.

3º. O principio de legalidade, plasmado na prohibición de “recollida de datos por medios fraudulentos, desleais ou ilícitos”.

4º. O principio de consentimento informado, que supón que “o tratamento dos datos de carácter persoal requirirá o consentimento inequívoco do afectado, salvo que a lei dispoña outra cousa”, o que así acontece, entre outros casos, “cando se refiran ás partes dun contrato ou precontrato dunha relación negocial, laboral ou administrativa e sexan necesarios para o seu mantemento ou cumprimento”. Ademais, “os interesados aos que se soliciten datos persoais deberán ser previamente informados de modo expreso, preciso e inequívoco” dunha serie de datos que lles permitan saber a transcendencia do seu consentimento.

5º. O principio de garantía na xestión do ficheiro, que se traduce nas obrigas, para o responsable do ficheiro, de facilitar o acceso da persoa afectada, de seguridade

dos datos, de deber de segredo, e de cumprir determinadas esixencias na comunicación de datos a terceiros.

En canto aos dereitos das persoas afectadas, son, en síntese, o dereito de oposición a unha decisión baseada nunha valoración de comportamento unicamente fundamentada nun tratamento de datos de carácter persoal, e os dereitos de acceso, rectificación e cancelación –artigos 13 a 19 da L.O. 15/1999-, comprensivos do tecnicamente denominado habeas data –en parangón co termo habeas corpus-.

Non é difícil comprobar, despois do exposto, como o desenvolvemento lexislativo excede do artigo 18.4 da Constitución, configurando a denominada liberdade informática –ou intimidade informática, ou, quizais mellor ao non se limitar a arquivos informáticos, autodeterminación informativa-, que o Tribunal Constitucional tratou como novo dereito fundamental –SSTC 290/2000, e 292/2000, as dúas de 30.11-, o que, ademais, compadécese coa recepción, no artigo 68 do –aínda non en vigor- Tratado que establece unha Constitución para Europa, e dentro da Carta dos Dereitos Fundamentais da Unión, do dereito de “*toda persoa ... á protección dos datos de carácter persoal que lle concirnan*”.

#### **b) Aplicación das normas á relación laboral.**

Despois desta aproximación á regulación da autodeterminación informativa en España, a inmediata reflexión que lle xorde ao laboralista é que, na lexislación española, e salvo unha solitaria referencia á “*relación... laboral*” –para excepcionar o consentimento “*cando (os datos persoais) refíranse ás partes dun contrato ou precontrato ... e sexan necesarios para o seu mantemento ou cumprimento*”, non se contemplan normas especiais en canto ao contrato de traballo, ao cal aplicaráselle, en consecuencia, as previsións lexislativas xerais.

Tal circunstancia xerou algunha fundada crítica, sobre todo se consideramos que a relación laboral se sustenta nuns principios reitores propios tendentes a compensar o desequilibrio real dos contratantes, que, no ámbito laboral, a informática está moi implantada na xestión de persoal, incluíndo a súa selección, e que, sobre todo entre as pequenas e medianas empresas, o cumprimento das esixencias legais establecidas para o tratamento de datos persoais dista moito de ser o máis axeitado.

Algunha doutrina científica apuntou que esa adecuación da normativa xeral á especialidade da relación laboral se podería alcanzar a través de “*códigos tipo*”, que teñen “*carácter de códigos deontolóxicos ou de boa práctica profesional*” –artigo 32 da L.O. 15/1999-, sobre todo se xorden da negociación cos representantes dos traballadores. Non obstante, o certo é, salvando algunhas grandes empresas, a súa ausencia xeneralizada, e igualmente escaso é a abordaxe en convenios colectivos.

Sexa como for, e sendo iso boa demostración da importancia da protección de datos no ámbito das relacións laborais, os tribunais laborais resolveron conflitos aplicando a normativa xeral, debéndose destacar as dúas cuestións –ambas as dúas relativas a datos sensibles, como son, nun caso, o dato da afiliación sindical, e, noutro caso, os datos relativos á saúde dos traballadores- que chegaron, a través dos oportunos recursos de amparo, ata o mesmo Tribunal Constitucional.

Unha primeira cuestión foi resolta na STC 11/1998, de 13.01, a doutrina da cal reiterouse en ata outras 16 sentenzas –33 e 35/1998, de 11.2; 45/1998, de 24.2; 60/1998, de 16.03; 77/1998, de 31.03; 94/1998, de 04.04; 104 a 106/1998, de 18.05; 123 a 126/1998, de 15.06; 158/1998, de 13.07; 198/1998, de 13.10; e 223/1998, de 24.11-, que considerou ile-

xítima a actuación empresarial de utilizar o listado de traballadores aos cales se lles descontaba a cota sindical para descontar os salarios correspondentes aos días de folga convocada polos sindicatos aos que estaban afiliados.

A STC 11/1998, de 13.1, razoou para o efecto/ao efecto que *“a afiliación do traballador recorrente a determinado sindicato, facilitouse coa única e exclusiva finalidade lícita de que a empresa descontase da retribución a cota sindical e a transferise ao sindicato”,* sendo ilexítimo –por contrario á liberdade sindical e ao dereito á liberdade informática- que *“o dato (fose) obxecto de tratamento automatizado e lle (fixese) uso da correspondente clave informática para un propósito radicalmente distinto: reter a parte proporcional do salario relativa ao período de folga”.*

Ademais engádese que, *“aínda que o responsable da dependencia onde o recorrente presta servizos participa que este non se adberiu á folga, a empresa procedeu á detracción sen levar a cabo investigación ningunha en punto a se o demandante efectivamente se sumou aos paros; simplemente presumiu que iso foi así polo simple feito de pertencer a un dos sindicatos convocantes da folga”.* En suma, a utilización dos datos allea á finalidade determinante da súa recollida motivou un prexuízo ao traballador a consecuencia da súa afiliación sindical.

Outra cuestión resolta polo Tribunal Constitucional, na STC 202/1999, de 16.12, é a relativa a un ficheiro de *“absentismo con baixa médica”,* onde *“consígnanse as correspondentes datas de baixa e alta laboral, o motivo da baixa (enfermidade común ou accidente laboral), os días durante os cales se prolongou a situación de incapacidade temporal e o diagnóstico médico”.* Xustamente o ilexítimo do ficheiro está en *“o tratamento e conservación do diagnóstico médico na mencionada base de datos sen mediar o consentimento expreso do (traballador) afectado”.*

Razoa o Tribunal que o lexítimo control do absentismo laboral non xustifica *“(o) almacenamento en soporte informático dos datos atinentes á saúde dos traballadores –e en concreto do diagnóstico médico-, prescindindo do consentimento destes”.* E, ademais, que *“a medida adoptada pola empresa, sometida aos canons establecidos para comprobar se unha medida restritiva dun dereito fundamental supera o xuízo de proporcionalidade, non reviste a consideración de solución idónea, necesaria e proporcionada para a consecución do fin”.*

Continúa recordando os *“principios xerais da protección de datos”,* e, entre eles, *“a congruencia e racionalidade da súa utilización, na virtude da cal ha de mediar unha nítida conexión entre a información persoal que se solicita e trata informaticamente e o lexítimo obxectivo para o que se solicita”,* e así conclúe que *“(o) tratamento informático –de cara á súa conservación- dos datos referidos á saúde dos traballadores quebra a esixencia de nítida conexión entre a información persoal que se solicita e o lexítimo obxectivo para o que foi solicitada”.*

## II. O CONTROL AUTOMATIZADO DO TRABALLO.

A facultade empresarial de vixilancia da prestación laboral do traballador adquire unha dimensión diferente cando non se exerce a través de persoas –control humano-, senón a través de máquinas, ou, se se quere dicir dun modo máis gráfico, cando é impersoal –control inhumano-. Certamente, a vixilancia a través de máquinas –controis visual, auditivo e informático- pódese amparar en finalidades lícitas, aínda que, como non é o

mesmo que a vixilancia a través de persoas, deberá ser sometida a esixencias máis estritas. Sen embargo, o artigo 20.3 do Estatuto dos Traballadores, onde se recoñece á devandita facultade empresarial, non establece nada ao respecto, diferénzala doutras lexislacións. Por exemplo, en Italia, no artigo 4 do Statuto dei Lavoratori, lle prohibe “o uso de instalacións audiovisuais e doutros aparatos con finalidade de control a distancia da actividade dos traballadores”, se ben se admiten, sometidos con todo a certas esixencias, “os requiridos por esixencias organizativas ou pola seguridade do traballo”, aínda que “(se) derive tamén a posibilidade de control a distancia da actividade dos traballadores”

Ausencia de norma legal expresa cuberta grazas á doutrina constitucional, que deduciu do dereito fundamental á intimidade persoal –artigo 18 da Constitución– as esixencias máis estritas da vixilancia a través de máquinas. As SSTCo 98/2000, de 10.04, e 186/2000, de 11.08, respectivamente referidas a controis auditivos e visuais do traballo, posibilitan a incidencia dunha medida empresarial nos dereitos fundamentais do traballador, pero só “se cumpre os tres requisitos ou condicións seguintes: se tal medida é susceptible de conseguir o obxectivo proposto (ou xuízo de idoneidade); se, ademais, é necesaria, no sentido de que non exista outra medida máis moderada para a consecución de tal propósito con igual eficacia (ou xuízo de necesidade); e, finalmente, se a mesma é ponderada ou equilibrada, por derivarse dela máis beneficios ou vantaxes para o interese xeral que prexuízo sobre outros bens ou valores en conflito (ou xuízo de proporcionalidade en sentido estrito)”.

Tal test de constitucionalidade non se supera no caso da STCo 98/2000, de 10.04 –Caso Casino da Toxa–, porque “a instalación dos micrófonos non foi efectuada como consecuencia da detección dunha quebra nos sistemas de seguridade e control anteriormente establecidos... é dicir, non quedou acreditado que a instalación do sistema de captación e gravación de son sexa indispensable para a seguridade e bo funcionamento do casino... o uso dun sistema que permite a audición continuada e indiscriminada de todo tipo de conversacións, tanto dos propios traballadores, coma dos clientes do casino, constitúe unha actuación que supera amplamente as facultades que ao empresario outorga o artigo 20 do Estatuto dos Traballadores”.

Pero o test de constitucionalidade si se supera no caso da STCo 186/2000, de 11.08, porque “a medida de instalación dun circuíto pechado de televisión que controlaba a zona onde o demandante de amparo desempeñaba a súa actividade laboral era unha medida xustificada (xa que existían razoables sospeitas da comisión por parte do recorrente de graves irregularidades no seu posto de traballo); idónea para a finalidade pretendida pola empresa (verificar se o traballador cometía efectivamente as irregularidades sospeitadas e en tal caso adoptar as medidas disciplinarias correspondentes); necesaria (xa que a gravación serviría de proba de tales irregularidades); e equilibrada (pois a gravación de imaxes se limitou á zona da caixa e a unha duración temporal limitada, a suficiente para comprobar que non se trataba dun feito illado ou dunha confusión, senón dunha conduta ilícita reiterada)”.

En conclusión, a vixilancia impersoal está sometida a unhas esixencias máis estritas que a vixilancia persoal porque comprime de xeito máis intenso a persoa do traballador. Comprensión que, parece evidente, é máis intensa na vixilancia auditiva que na vixilancia visual, de aí que o control auditivo aparenta difícil de xustificar salvo casos extremos como o da caixa negra dos avións. Unha comprensión que, de xeito máis ou menos intenso, apréciase así mesmo nas modernas fórmulas de control informático, como a geo-localización do traballador a través do GPS, ou os controis sobre o uso do teléfono, o correo electrónico ou a navegación en Internet, ou, en xeral, sobre o uso do PC. O noso

Tribunal Constitucional aínda non tivo ocasión de abordar tales cuestións, aínda que o fará, sen dúbida ningunha, sobre as bases sobre as cales abordou a lexitimidade constitucional dos controis visuais e auditivos, e mesmo co engadido que, nalgún dos casos, supón a garantía do segredo das comunicacións –a estudar algo máis adiante–.

### III. OS CIBERDEREITOS SINDICAIS.

En 1998, a Union Network Internacional, como soporte para unha campaña mundial de recoñecemento dos denominados dereitos online, elaborou un Código de Conduta onde se reivindicaba (1) o dereito dos traballadores e dos sindicatos ao acceso libre aos sistemas de correo electrónico das empresas para enviar e para recibir comunicacións, (2) o dereito dos traballadores ao acceso libre a Internet para entrar na páxina web do sindicato, e (3) a garantía de non vixilancia sobre o correo electrónico ou o acceso a Internet para entrar na páxina web do sindicato.

A expresión ciberdereitos sindicais, utilizada na doutrina científica máis moderna, é de maior amplitude, ao contemplar dereitos sindicais de traballadores non conectados online coa empresa, como teletraballadores con equipos non conectados ao ordenador da empresa e/ou non conectados entre si os equipos dos teletraballadores. O Acordo Marco Europeo sobre o Teletraballo, do 16 de xullo de 2002, establece a imposibilidade de obstaculizar a comunicación dos representantes dos teletraballadores, un débil recoñecemento dos ciberdereitos sindicais.

Falemos de dereitos online ou de ciberdereitos sindicais, descoñecidos no ordenamento xurídico español –salvo algún illado convenio colectivo e o débil recoñecemento do citado Acordo Marco–, recibiron a súa carta de bautismo na STC 218/2005, de 07.11, onde se considera contrario á facultade de información sindical –integrada na liberdade sindical recoñecida no artigo 28 da Constitución– a privación a un sindicato do uso para información sindical do correo electrónico implantado na empresa se a privación non resulta xustificada.

Admite o Tribunal que *“non cabe entender... que exista unha obriga legal de facilitar a transmisión de información sindical aos traballadores, afiliados ou non, a través dun sistema de correo electrónico con cargo ao empregador”*. Pero de seguido reformula o tema. Do que se trata é de *“determinar se a falta de obriga empresarial para facilitar tal infraestrutura informática implica, á súa vez, a facultade do empregador de impedir un uso sindical útil para a función representativa na empresa unha vez que o sistema está creado e en funcionamento”*.

Continúa o argumento sentando (1) que *“o fluxo da información sindical resultará obxectivamente prexudicado se o emprego dos instrumentos prácticos ou medios materiais que poidan favorecerla é obstruído”*, (2) que *“a garantía do contido esencial do dereito fundamental... non é allea ao empresario, na medida en que a actividade sindical se desenvolva no seo da súa organización produtiva”*, e (3) que *“o empresario ten en todo caso unha obriga de non obstaculizar inxustificada ou arbitrariamente o exercicio do dereito fundamental”*.

Se houbésemos de resumir tales tres presupostos, trátase de garantir a circulación intraempresarial da información sindical mesmo a custa do dereito de propiedade. De feito a sentenza detense en recordar *“(a) xeneral aceptación doutrinal e xurisprudencial (de) a flexibilidade ou plasticidade actual do dominio”*, derivando nunhas disquisicións

que interesarán máis aos civilistas que aos laboristas ao posibilitar límites da propiedade derivados dos dereitos fundamentais.

Todo o anterior conduce á conclusión de que *“sobre o empresario pesa deber de manter o sindicato no gozo pacífico dos instrumentos aptos para a súa acción sindical sempre que tales medios existan”*, iso si cumprindo unhas determinadas condicións de exercicio:

1ª. *“A comunicación non poderá perturbar a actividade normal da empresa”*, aínda que a recepción de correos electrónicos no enderezo do traballador en horario de traballo, non presume a perturbación. Outra conclusión levaría a excluír a recepción de correo ordinario do sindicato.

2ª. *“Tratándose do emprego dun medio de comunicación electrónico, creado como ferramenta da produción, non poderá prexudicarse o uso específico empresarial preordinar para este, nin se pretender que deba prevalecer o interese de uso sindical”*.

3ª. *“Finalmente, non tendo fundamento o dereito nunha carga empresarial expresamente prescrita no ordenamento, a utilización do instrumento empresarial non poderá ocasionar gravames adicionais para o empregador, significativamente a asunción de maiores custos”*.

Deste modo, *“resultaría constitucionalmente lícito que a empresa predeterminase as condicións de utilización para fins sindicais das comunicacións electrónicas, sempre que nolas excluise en termos absolutos”*, admitíndose normas de uso sen esixencias desproporcionadas.

Polo tanto, e *“respectados todos estes límites, regras e condicións de uso, o emprego de instrumentos preexistentes e eficientes para a comunicación sindical resulta amparado polo artigo 28.1 CE”*, o que, no caso, levaralle ao Tribunal Constitucional á concesión do amparo.

Indubidablemente, a STC 218/2005, de 07.11, só contempla o que contempla: o uso sindical do servidor da empresa. Pero os seus criterios servirán, sen dúbida ningunha, para resolver algunhas cuestións relativas ao recoñecemento doutros dereitos online e ciberdereitos sindicais. Así, o denominado taboleiro sindical virtual, ao cal se accede a través de Internet, e que pode ser máis idóneo que o taboleiro físico para non obstaculizar o acceso á información sindical dos teletraballadores, e mesmo, dentro dunhas similares coordenadas, as asembleas a través de videoconferencia.

Outro exemplo sería a adecuación tecnolóxica do local que, segundo o artigo 8.2.c) da Lei Orgánica de Liberdade Sindical, está a disposición das seccións sindicais, adecuación que podería obrigar á empresa a instalar medios de comunicación atendendo ao grao de implantación da tecnoloxía na empresa ou á acreditación dunha diminución de custos.

Recapitulando, a STC 281/2005, do 7 de novembro, é a carta de bautismo dos ciberdereitos sindicais, aínda que só contempla o que contempla. Veremos de agora en diante o que nos vai deparar o futuro.

#### IV. O SEGREDO DAS COMUNICACIÓNS DENTRO DA EMPRESA.

O Tribunal Constitucional non tivo aínda ocasión de analizar o alcance dentro da relación laboral do *“segredo das comunicacións e, en especial, das postais, telegráficas e telefónicas, salvo resolución xudicial”* –garantido no artigo 18.03 da Constitución–, que, en concreto, pódese ver afectado en supostos de control do teléfono e do correo electró-

nico. Aínda que iso si, na STC 114/1984, de 29.11, ditada con ocasión dun proceso laboral, realizáronse algunhas afirmacións de interese sobre o dereito ao segredo das comunicacións. A cuestión litixiosa era a validez probatoria da gravación dunha conversación realizada por un interlocutor, a cal admite o Tribunal Constitucional porque *“o dereito ao segredo das comunicacións salvo resolución xudicial non pode opoñerse, sen crebar o seu sentido constitucional, fronte a quen tomou parte na comunicación mesma así protexida... a norma constitucional diríxese inequivocamente a garantir (a) impenetrabilidade (da comunicación) por terceiros (públicos ou privados: o dereito posúe eficacia erga omnes) alleos á comunicación mesma”*.

Tal ausencia de xurisprudencia constitucional sobre control empresarial do correo electrónico, así como de normas legais específicas sobre a materia, impídenos ofrecer solucións seguras, aínda que si se poden resumir agora cáles son as dúas ideas forza para abordar a cuestión utilizadas nas sentenzas xudiciais e nos estudos doutriniais:

1ª. Por un lado, a titularidade empresarial do servidor do correo electrónico, que, nalgunhas argumentacións, xustifica sen atranco ningún a prohibición ou a limitación de usos non profesionais do correo e a imposición de calquera clase de controis de utilización, mesmo sen notificar unhas normas de uso que fagan previsible o control, aínda que, noutras argumentacións, adóitanse introducir matices admitindo o uso persoal do correo en determinadas circunstancias de boa fe –por exemplo, o uso inocuo, ou o uso coñecido e non sancionado, que é tanto como tolerado-, ou avalado polo uso social –de feito, a alusión a un uso socialmente admitido do correo electrónico está bastante xeneralizada-

Calquera que sexa o uso persoal ou profesional do correo electrónico corporativo, a titularidade empresarial do servidor do correo, e este é un aspecto en onde hai unanimidade, non xustifica a apropiación dos datos persoais que, a través do devandito uso, manifestáranse, debendo someterse o seu tratamento, inclusive en consecuencia a súa recollida, á lexislación sobre o tratamento automatizado dos datos persoais.

2ª. Por outro lado, o recoñecemento dun razoable espazo de intimidade na utilización do correo electrónico, que, aínda que algúns o negan ao considerar o correo electrónico un sistema de comunicación de carácter aberto –como as tarxetas postais-, xeralmente admítase, se ben con distinta intensidade segundo o elemento da comunicación afectado, e atendendo, en todo caso, ás circunstancias concretas de cada suposto.

Se a vixilancia empresarial determina o coñecemento do contido da mensaxe, a posibilidade de control empresarial restrínxese, acudindo, ás veces, ás esixencias de idoneidade, necesidade e proporcionalidade respecto a un fin lexítimo establecidas para xustificar a vixilancia automatizada, e acudindo, outras veces, ás esixencias máis estritas do dereito ao segredo das comunicacións, que só admite como excepcións a autorización xudicial ou o consentimento do afectado, se ben este, nas elaboracións xudiciais e doutriniais, se adoita presumir cando o empresario informou o traballador do control a que somete o contido da mensaxe.

Se a vixilancia empresarial se refire a aspectos accesorios da comunicación –destinatario, duración ou volume-, a posibilidade de control empresarial admítase, en termos xerais, cunha maior flexibilidade.

Outros factores de feito vinculados á casuística –a súa enumeración exhaustiva resultaríanos imposible- aumentan ou reducen as esixencias da vixilancia empresarial. Por exemplo, un control empresarial exhaustivo e permanente focalizado nun traballador ou nun grupo determinado adóitase valorar con maior rixidez, e mesmo se debe excluír

de raíz se se trata dun control antisindical ou discriminatorio; ou a habilitación polo empresario dunha conta de correo electrónico para un uso persoal, na cal se garante a ausencia de control, adóitase considerar para permitir controis máis incisivos sobre a conta de correo electrónico para un uso profesional.

Tamén se pode formular o alcance do segredo das comunicacións dentro da empresa en supostos de control do teléfono, aínda que a literalidade do artigo 18.3 da Constitución, onde se garante en especial o segredo das comunicacións “*telefónicas*”, permítenos unha maior seguridade nalgunhas das argumentacións tendentes a excluír ou limitar a vixilancia empresarial, se ben esta non está excluída. Por exemplo, admitiuse a gravación aleatoria –sobre un 0,5% do total- das chamadas de entrada –non sobre as de saída- nunha empresa de telemercadotecnia coa finalidade de corrixir os defectos de técnica comercial, coñecendo os traballadores o sistema de control e habilitando teléfonos para o seu uso persoal nas salas de descanso –Sentenza de 05.12.03, Recurso 52/2003, da Sala do Social do Tribunal Supremo, onde se razoa ser o control idóneo, necesario e proporcional para un fin lexítimo-.

Un suposto curioso é o intento empresarial de utilizar como proba de cargo dun despedimento disciplinario a transcripción das gravacións obtidas nunha intervención telefónica acordada no marco dunha investigación penal, ás cales a empresa accedeu ao comparecer como parte no correspondente proceso penal. A Sentenza de 18.10.04, Recurso 3.746/2004, da Sala do Social do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia considerou esa utilización contraria ao segredo das comunicacións debido á imposibilidade de utilizar as escoitas fóra do proceso penal onde se acordaron e á ausencia de norma onde se admita a utilización das devanditas escoitas no proceso laboral.



## **AS NOVAS FORMAS DE ESCRAVITUDE EN EUROPA. A PROPÓSITO DA SENTENZA DO TRIBUNAL EUROPEO DE DEREITOS HUMANOS NO CASO *SILIADIN Vs. FRANCIA***

**Henar Álvarez Cuesta**

Profesora Axudante de Dereito do Traballo e Seguridade Social da Universidade de León

### **SUMARIO**

**I. INTRODUCCIÓN**

**II. CONCEPTO TRADICIONAL DE ESCRAVITUDE, SERVIDUME E TRABALLOS FORZOSOS**

**III. SITUACIÓNS LÍMITE NON CONSIDERADAS COMO ESCRAVITUDE OU SERVIDUME**

**IV. NOVAS FORMAS DE ESCRAVITUDE: O ALARMANTE PANORAMA PADECIDO POR MOITOS INMIGRANTES**

**V. A SENTENZA DO TRIBUNAL EUROPEO DE DEREITOS HUMANOS CASO *SILIADIN Vs. FRANCIA***

**VI. PROPOSTAS VARIAS E SOLUCIÓNS A ADOPTAR**

## I. INTRODUCCIÓN

Malia a xa centenaria prohibición da escravitude -hai case 200 anos<sup>1</sup>, e a crenza de que o traballo é libre pola súa propia natureza<sup>2</sup>, a escravitude segue existindo na Europa do século XXI (quedan no continente miles de persoas baixo tal réxime, consideradas como obxectos, humilladas e vítimas de abusos). Os escravos modernos, como os de antano, son obrigados a traballar (vítimas de ameazas psicolóxicas ou físicas) sen ningunha contrapartida económica ou mediante unha mínima remuneración. Son obxecto de coaccións físicas ou ven a súa liberdade de movementos limitada e son tratados de forma inhumana e degradante<sup>3</sup>.

Fronte a tan desolador panorama, cabe dar conta sobre cómo a prohibición da escravitude é un dos primeiros dereitos fundamentais recoñecidos como tales no tempo e así recollidos nas distintas Declaracións e elenco de dereitos dos cidadáns, como, por exemplo, o artigo 4 da Declaración de Dereitos Fundamentais da ONU (“ninguén estará sometido a escravitude nin a servidume, a escravitude e a trata de escravos están prohibidas en todas as súas formas”), máis tarde desenvolvido por a Convención sobre a Escravitude, asinada en Xenebra o 25 de setembro de 1926.

Pola súa banda, a OIT non podía obviar un problema que sufriron e seguen padecendo millóns de traballadores, e dedica o seu Convenio núm. 29, do 28 de xuño de 1930, relativo ao traballo forzoso ou obrigatorio; tamén o Convenio núm. 105, do 25 de xuño de 1957, relativo á abolición de traballo forzoso<sup>4</sup>.

O segundo Informe Global presentado polo Director Xeral da OIT no marco do seguimento da Declaración da OIT de 1998 relativa aos principios e dereitos fundamentais no traballo, titulado *Alto ao traballo forzoso* (presentado na Conferencia Internacional do Traballo, Xenebra, 89ª reunión, 2001), incorporou o principio da eliminación de todas as formas de traballo forzoso contemporáneo. Na Primeira Parte do Informe examínanse detidamente as múltiples variedades de traballo forzoso que existen actualmente no

1 Nun principio, o home era soamente unha cousa. O escravo non era máis que un valioso gando do seu dono: o “contrato de traballo libre” fixolle persoa, SINZHEIMER, H.: “Crisis económica y Derecho del Trabajo. Cinco estudios de Sinzheimer sobre la problemática humana y conceptual del Derecho del Trabajo”, en AA.VV.: *La esencia del Derecho del Trabajo*, en AA.VV.: *La esencia del Derecho del Trabajo*, Madrid (MTSS), 1984, páxina 73

2 ALONSO OLEA, M.: *Introducción al Derecho del Trabajo*, Madrid (Civitas), 1994, páxina 90.

3 Recomendación 1663/2004, do 22 de xuño, da Asemblea parlamentaria do Consello de Europa.

4 Outros convenios da OIT tratan cuestións relativas ao traballo forzoso, xa sexa de forma directa ou indirecta: o Convenio núm. 122 de 1964, sobre a política de emprego, que fai fincapé na necesidade de fomentar políticas de pleno emprego, produtivo e libremente elixido, e na intervención positiva do mercado de traballo e outras medidas que poden contribuir a erradicar os sistemas de traballo coercitivos; os instrumentos da OIT sobre os pobos indíxenas e tribais (o máis recente é o Convenio núm. 169 de 1989), que destacaron a necesidade de facer fronte aos problemas especiais de traballo forzoso ou obrigatorio que experimentan estes grupos; os Convenios núm. 97 de 1949 e núm. 143 de 1975, sobre os traballadores emigrantes, que prevén medidas de protección os traballadores emigrantes que puidesen correr risco de atoparse en situacións de traballo forzoso; o Convenio núm. 95 de 1949, sobre a protección do salario, que prevé diversas salvaguardas para evitar a explotación dos traballadores; o Convenio núm. 181 de 1997, sobre as axencias de emprego privadas, que ademais de recordar o Convenio núm. 29 sobre traballo forzoso no seu Preámbulo, recoñece o papel que as axencias privadas de colocación poden desempeñar no bo funcionamento do mercado de traballo e prevé algunhas medidas para previr o abuso dos traballadores que utilicen os seus servizos; por último, o Convenio núm. 182 de 1999, sobre as peores formas de traballo infantil, refírese á escravitude e outras formas análogas á escravitude afectantes aos nenos como prácticas a erradicar, CAVAS MARTÍNEZ, F.: “Trabajo libre, trabajo digno: revisando viejas ideas a propósito de un reciente informe de la OIT sobre el trabajo forzoso en el mundo”, *ÁS*, núm. 6, 2001, páxinas 83 e ss.

mundo e análzanse como modalidades máis estendidas que seguen practicándose na actualidade os seguintes: a escravitude; os traballadores domésticos, maioritariamente mulleres e nenos, en situacións de traballo obrigatorio, á marxe da lexislación laboral e con obstáculos insalvables para exercer a liberdade sindical; en fin, o derivado do tráfico de persoas, fenómeno que afecta tanto aos países máis ricos, como receptores, e aos máis pobres, onde adoitan estar situados os puntos de partida deste tráfico humano.

Europa tamén prohibiu a escravitude no artigo 5.1 da Carta dos Dereitos Fundamentais da Unión Europea (“ninguén poderá ser sometido a escravitude ou servidume”), precepto que no seu apartado 2 veta a imposición dun traballo forzado. Pola súa banda, a Constitución Europea -aínda sen unha data certa de entrada en vigor-, no seu artigo I-9, contén unha remisión ao Convenio Europeo para a Protección dos Dereitos Humanos e das Liberdades Fundamentais asinado en Roma o 4 de novembro de 1950, o cal no seu artigo 4 volve de novo a vetar a submisión a escravitude ou servidume, así como o feito de constrinxir alguén a “realizar un traballo forzado ou obrigatorio”.

O Consello de Europa, pola súa banda, elaborou un Convenio sobre a loita contra a trata de seres humanos, aberto á sinatura o 16 de maio de 2005, o cal entende por “trata de seres humanos” la contratación, o transporte, traslado, aloxamento ou a acollida de persoas, mediante o recurso á ameaza ou á forza ou outras formas de coacción, o rapto, a fraude, o engano, o abuso de autoridade ou dunha situación de vulnerabilidade, ou mediante o ofrecemento ou a aceptación de pagamentos ou vantaxes para obter o consentimento dunha persoa que teña autoridade sobre outra para os efectos de explotación. A explotación comprende, como mínimo, o enriquecemento a través da prostitución allea ou doutras formas de aproveitamento sexual, o traballo ou os servizos forzados, a escravitude ou as prácticas análogas á escravitude, a servidume ou a extracción de órganos; sendo o consentimento da vítima indiferente cando se utilice algún dos medios *supra* enumerados.

A Constitución Española, malia non conter no seu articulado unha prohibición da escravitude, tal veto está implícito ao recoñecer o dereito á liberdade e a non sufrir tratos inhumanos ou degradantes (arte. 15 e 17 CE); máis en concreto, e xa no ámbito laboral, “o dereito ao traballo, á libre elección de profesión ou oficio”<sup>5</sup> (art. 35).

Outros países europeos conteñen mencións expresas respecto a este punto. Tal sucede, por exemplo, no Reino Unido, o cal incorporou, en outubro de 2000, a Carta de Dereitos Fundamentais á Human Rights Act de 1998; interpretando a lexislación inglesa de acordo co seu tenor<sup>6</sup>, e os efectos da cal causaron un impacto revolucionario no ordenamento inglés<sup>7</sup>.

En fin, a reiteración coa que aparece a proscripción do traballo forzoso é demostrativa da persistencia desta horrible práctica humana e das dificultades que deberon arrosarse para a súa definitiva erradicación, aínda non conseguida<sup>8</sup>.

5 O traballo libremente aceptado e prestado é condición inalienable da dignidade da persoa humana. En consecuencia, e como principio xeral, “os froitos de traballo, o mesmo que a capacidade laboral, son propiedade do suxeito que traballa, e ninguén ten dereito a apropiarse do traballo doutro nin a dispoñer da súa capacidade laboral sen o seu consentimento previo”, BORRAJO DACRUZ, E.: *Introducción al Derecho del Trabajo*, Madrid (Tecnos), 1999, páxina 54.

6 Sobre a recepción no Dereito inglés dos dereitos fundamentais recoñecidos en tratados internacionais, por todos, HUNT, M.: *Using Human Rights Law in English Courts*, Oxford (Hart), 1997, especialmente páxinas 262 e ss.

7 BIRKINSHAW, P.: *European Public Law*, Londres (Butterworths/LexisNexis), 2003, páxina 432.

8 CAVAS MARTÍNEZ, F.: “Trabajo libre, trabajo digno: revisando viejas ideas a propósito de un reciente informe de la OIT sobre el trabajo forzoso en el mundo”, *ÁS*, núm. 6, 2001, páxinas 83 e ss.

## II. CONCEPTO TRADICIONAL DE ESCRAVITUDE, SERVIDUME E TRABALLOS FORZOSOS

Definida como “o estado ou condición dun individuo sobre o cal se exercitan os atributos do dereito de propiedade ou algúns deles” polo artigo 1.1 de a Convención sobre a Escravitude, tradicionalmente, a escravitude ou servidume inclúe a obriga dunha das partes de servir de por vida e converterse en propiedade da outra, sen posibilidade de cambiar a súa condición<sup>9</sup>.

En canto á noción de servidume, esta “prohibe unha forma de negación da liberdade, particularmente grave”<sup>10</sup>; engloba, “ademais da obriga de proporcionar a outra persoa certos servizos (...) a obriga para o servo de vivir na propiedade doutra persoa e a imposibilidade de cambiar a súa condición”<sup>11</sup>.

Diso resulta, á vista da xurisprudencia existente sobre a cuestión, que a “servidume”, tal e como a entende o Convenio Europeo para a Protección dos Dereitos Humanos e das Liberdades Fundamentais asinado en Roma o 4 de novembro de 1950, é aquela obriga de prestar servizos baixo o imperio da coacción e que debe vincularse á noción de “esgravitude” que a precede<sup>12</sup>.

A expresión “traballo forzoso ou obrigatorio” foi entendida como todo traballo ou servizo esixido a un individuo baixo a ameaza dunha pena calquera e para o que a devandita persoa non se ofrece voluntariamente (art. 2 Convenio núm. 29 da OIT relativo ao traballo forzoso ou obrigatorio). Na súa esencia, xa forzado ou involuntario, “trabállase para outra en virtude dunha compulsión a natureza da cal elimina respecto do traballador toda posibilidade de opción contraria”, co cal “nin se formula sequera esta alternativa liberdade-coacción no xurdimento da relación de traballo, senón que... vén predeterminada pola presenza de relacións sociais de dominio ou status que sen máis establecen respecto uns a obriga de traballar para outros”<sup>13</sup>.

O artigo 4 da Human Rights Act 1998 prohibe o traballo *forced or compulsory*; entendendo por *forced* o emprego de forza mental ou física para lograr o obxectivo perseguido, e por *compulsory* actuar alleo a calquera obriga legal<sup>14</sup>, isto é, unha prestación de servizos non imposta por norma xurídica ningunha.

Para que un traballo mereza o cualificativo de “forzado” precisa de dous elementos segundo a Human Rights Act 1998<sup>15</sup>: por un lado, o traballo debe ser realizado contra a vontade da persoa; por outro, a obriga de traballar debe ser inxusta, opresiva ou constituír unha pena evitable.

9 STEDH caso *Van Droegenbroeck v. Bélxica*, 1982. Elitro traballador afectado por estas institucións prestaba os seus servizos baixo un *status subiectionis*, o cal supón a “posición de inferioridade dunha persoa respecto doutra, antropomórficamente iguais entre si, que xustifica en definitiva a apropiación dos froitos do Traballo”; nas relacións de produción escravista e feudal haberá así unha orde xurídico-formal de desigualdade ou subordinación xurídica (baseada no privilexio, que estratifica á sociedade en diversos *status* xerarquizados), que se corresponde cunha orde económica así mesmo desigual, “coincidente con aquel por canto os subordinantes son os posuidores e os subordinados os desposuídos”, CABRERA, J.: *Contrato de trabajo y ordenamiento jurídico*, Madrid (Akal), 1982, páxina 43.

10 STEDH caso *Van Droegenbroeck v. Bélxica*, 1982.

11 STEDH caso *Siliadin v. Francia*, 2005.

12 STEDH caso *Seguin contra Francia*, 2000.

13 ALONSO OLEA, M.: *Introducción al Derecho del Trabajo*, cit., páxinas 52 y 53.

14 Unha extensa definición de tales conceptos en HERBERG, J. e PIEVSKY, D.: “Article 4: Prohibition of slavery and forced labour”, en AA.VV.: *Human Rights Law and practice*, Londres (LexisNexis/Butterworths), 2004, páxinas 155-157.

15 STEDH caso *Reitmayr v. Austria*, 1995.

De novo a definición contén conceptos xurídicos indeterminados. Qué se considere en cada momento e circunstancia “inxusto e opresivo” dependerá da conxuntura económica e social vivida, partindo sempre do chan de dereitos proporcionado pola Human Rights Act 1998, nunca constituíndo tal norma un teito para os dereitos fundamentais dos cidadáns, neste caso, dos que prestan servizos por conta allea.

Na súa aplicación, a escravitude é concibida como o vínculo que encadea a unha persoa a outra de por vida para prestarlle servizos, ben sexan estes remunerados ou non, pois tal dato non importa cando se atenta á liberdade<sup>16</sup>. Por tal motivo, e para acalar suspicacias e voces en contra, nos contratos de traballo indefinidos, que poderían atar a un traballador co seu empresario durante toda a súa existencia, os empregados teñen sempre a porta aberta á dimisión sen temor a ningún tipo de sanción ou represalia.

Os Tribunais, ao aplicar esta prohibición, consideran que non cabe forzar a traballar de por vida un empregado para un empresario; mesmo se alzaron voces que propugnan dar un paso máis na súa interpretación e defenden utilizar este veto tamén para o empresario<sup>17</sup>.

### III. SITUACIÓNS LÍMITE NON CONSIDERADAS COMO ESCRAVITUDE OU SERVIDUME

Expostas as definicións comunmente aceptadas, convén avanzar un paso máis na delimitación do concepto de escravitude ou servidume, esta vez extraendo aquelas actividades que, malia resultar impostas, quedan fóra, en tanto parecen necesarias para os Estados, tal sucede coas seguintes (art. 2.2 Convenio núm. 29 da OIT<sup>18</sup>):

a) Calquera traballo que se esixa en virtude das leis sobre o servizo militar obrigatorio e que teña un carácter puramente militar.

b) Calquera servizo que forme parte das obrigas cívicas normais dos cidadáns dun país que se governe plenamente por si mesmo.

c) Calquera traballo ou servizo que se esixa a un individuo en virtude dunha condena pronunciada por sentenza xudicial, a condición de que se realice baixo a vixilancia e control das autoridades públicas e que o devandito individuo non sexa cedido ou posto a disposición de particulares, compañías ou persoas xurídicas de carácter privado;

d) Calquera traballo ou servizo que se esixa en casos de forza maior, é dicir, guerra, sinistros ou ameaza de sinistros, tales como incendios, inundacións, fame, tremores de terra, epidemias e epizootias violentas, invasións de animais, de insectos ou de parasitos vexetais daniños, e, en xeral, en todas as circunstancias que poñan en perigo ou ameacen poñer en perigo a vida ou as condicións normais da existencia de toda ou parte da poboación;

e) Os pequenos traballos comunais, é dicir, os realizados polos membros dunha comunidade en beneficio directo desta, os cales poden considerarse como obrigas cívicas

16 Caso Methodist Conference v. Parfitt en 1984.

17 ALLEN, R. e CRASNOW, R.: *Employment Law and Human Rights*, Oxford (University Press), 2002, páxina 48.

18 Tamén exclúe da consideración como “traballo forzado ou obrigatorio” o artigo 4.3 do Convenio Europeo para a Protección dos Dereitos Humanos e Liberdades Fundamentais, aqueles traballos:

- a) Esixidos normalmente a unha persoa privada de liberdade ou durante a súa liberdade condicional.
- b) Todo servizo de carácter militar ou, no caso de obxectores de conciencia nos países en que a obxección de conciencia sexa recoñecida como lexítima, calquera outro servizo substitutivo do servizo militar obrigatorio.
- c) Todo servizo esixido cando algunha emerxencia ou calamidade ameacen a vida ou o benestar da comunidade.
- d) Todo traballo ou servizo que forme parte das obrigas cívicas normais.

normais que incumben aos membros do colectivo, a condición de que a mesma poboación ou os seus representantes directos teñan o dereito de pronunciarse sobre a necesidade deses traballos.

Non obstante as precisións anteriores, a aplicación da prohibición do traballo forzoso ou da escravitude foi cuestionada en varios supostos (novas “zonas grises”) e a doutrina elaborada polos distintos pronunciamentos xudiciais haberá de servir para aquilatar aínda máis os anteriores termos:

- Así, e como pórtilo para iniciar a mencionada enumeración, foi considerada adecuada a dereito aquela cláusula contractual que sanciona o incumprimento do traballo pactado, pois esta é admitida se o empregado a asinou voluntariamente<sup>19</sup>.

- En segundo lugar, foi cuestionada a adecuación a dereito da prestación desenvolvida polos axudantes de avogados, obrigados a prestar os seus servizos gratis. Os Tribunais, non obstante, determinaron cómo o seu servizo formaba parte do adestramento para a profesión, constatando que había considerables vantaxes en pertencer a esa profesión, os servizos formaban parte da normal actividade dun avogado e a carga non era desproporcionada<sup>20</sup>.

Ao final, a conclusión a obter pode resumirse nunha máxima: no caso dos axudantes o traballo desenvolvido non resulta desproporcionado en relación co tempo; sen embargo, se acabase sendo desproporcionado en relación coas vantaxes derivadas do exercicio futuro da profesión, entón non sería voluntario e infrinxiría o veto analizado<sup>21</sup>.

- Tampouco quebra este principio a necesidade de aceptar un traballo para non perder determinados beneficios, por exemplo a prestación de desemprego en España<sup>22</sup> (art. 231 LGSS e a correspondente sanción establecida na LISOS).

Outras excepcións á prohibición do traballo forzoso xa consideradas nas normas internacionais serían as seguintes: traballo dos penados por baixo custo<sup>23</sup>; servizo en caso de emerxencia ou catástrofe<sup>24</sup> e obrigas civís (contribucións en lugar de servizo na brigada de bombeiros en Alemaña)<sup>25</sup>.

#### IV. NOVAS FORMAS DE ESCRAVITUDE: O ALARMANTE PANORAMA PADECIDO POR MOITOS INMIGRANTES

O concepto analizado ata agora perdeu o seu sentido orixinario nos países da Unión Europea, debendo aplicarse neste momento a aquelas relacións capaces de entenderse asimiladas aos traballos forzados, converténdose esta prohibición (ou esta interpretación da nova escravitude) en tan importante hoxe en día como a sufrida noutros países do mundo<sup>26</sup>.

Convén distinguir dentro do fenómeno, por tanto, as variantes tradicionais e as modernas. Así, algúns problemas remóntanse a épocas pasadas como, por exemplo, as

19 O'DEMPSEY, D.; ALLEN, A.; BELGRAVE, S. e BROWN, J.: *Employment Law and the Human Rights Act 1998*, Bristol (Jordano), 2001, páxina 91.

20 STEDH caso *Van der Musselle v. Bélxica*, 1984.

21 STEDH caso *Van der Musselle v. Bélxica*, 1984.

22 SSEDH casos *X v. Holanda, 1983* y *Talman v. Holanda*, 1997.

23 STEDH caso *Twenty-One Detained Prisoners v. Alemaña*.

24 STEDH caso *V, W, X, E e Z v. Reino Unido*, 2002.

25 STEDH caso *Schmidt v. Alemaña*, 1994.

26 STEDH caso *Van der Musselle v. Bélxica*, 1984.

formas residuais de escravitude que subsisten en certas rexións de África, ou o feudalismo agrario que se manteñen nalgúns lugares de Asia e América latina. Xunto a elas coexisten formas novas e igualmente inaceptables, a manifestación máis clara da cal é a trata de persoas co fin de explotacións, xa sexa laboral ou sexualmente<sup>27</sup>.

O crecemento do número de inmigrantes ilegais, debido aos férreos requisitos impostos para conseguir a autorización para desprazarse forzou a moitos deles a prestar servizos en condicións infrahumanas, converténdose deste xeito nos escravos do século XXI.

Estas de hoxe son en moitos casos mulleres, que traballan en casas particulares, ás que chegan como criadas, *au pair* ou “esposas compradas por correspondencia”. Na maior parte das ocasións chegan voluntariamente coa esperanza de mellorar a súa situación ou escapar da pobreza e das condicións de vida difíciles, pero algunhas foron enganadas polos seus empregadores, as axencias ou outros intermediarios, ou atópanse con débedas que pagar, ou foron mesmo vítimas directas das redes mafiosas. Non pode estrañar, polo tanto, que cando se atopan traballando sexan vulnerables e estean illadas, ofrecéndolles a ocasión aos empregadores abusivos de transformalas en escravas domésticas<sup>28</sup>.

En referencia só a esta variante, contáronse máis de 4 millóns de mulleres vendidas cada ano no mundo: sistematicamente confíscase ás vítimas o seu pasaporte e estas atópanse nunha situación de vulnerabilidade total, mesmo nunha situación próxima ao secuestro, e sofren violencias físicas e/ou sexuais. A maior parte destas vítimas son persoas en situación irregular, contratadas na súa maior parte por axencias e que piden prestado diñeiro para pagar a súa viaxe. O illamento físico e afectivo no que se atopan, asociado ao temor ao ámbito exterior, implica uns trastornos psicolóxicos que perduran trala súa liberación, privándoas así de todos os seus puntos de referencia<sup>29</sup>.

## V. A SENTENZA DO TRIBUNAL EUROPEO DE DEREITOS HUMANOS CASO SILIADIN VS. FRANCIA

A sentenza máis recente do Tribunal Europeo de Dereitos Humanos en que se aplicaron estas prohibicións analiza o caso dunha cidadá togolesa en situación irregular en territorio francés, quen foi “prestada” cando era menor a unha familia para realizar as tarefas domésticas e ocuparse dos fillos, traballando 7 días á semana, sen descanso, sen permiso de saída -salvo o excepcional para acudir ao servizo relixioso-, durmindo no chan dun cuarto infantil, sen recibir remuneración ningunha -salvo excepcionais propinas- e sen ver regularizada a súa situación administrativa.

O Tribunal de Grande Instancia de París considerou que a situación de vulnerabilidade e de dependencia da demandante fronte á familia que a “empregaba” constatábase polo feito de que esta estivese en situación irregular no territorio, fose consciente diso e temese ser detida pola policía, mentres os seus “empregadores” alimentaban este temor sacando a relucir a regularización da súa situación, ademais carecese de recursos e atopábase sen amigos nin practicamente familia que o axudase.

Aínda constatando o anterior, concluíu cómo, se ben parecía establecido que non se respectara a normativa laboral respecto á duración do traballo e o tempo de descanso,

27 PLANT, R. e O'REILLY, C.: “El programa de la OIT para luchar contra el paro forzoso”, *Revista Internacional del Trabajo*, vol. 122, núm. 1, 2003, páxina 82.

28 Recomendación 1663/2004, do 22 de xuño, da Asemblea parlamentaria do Consello de Europa.

29 Recomendación 1523/2001, do 26 de xuño, da Asemblea parlamentaria do Consello de Europa.

iso non era suficiente para considerar que as condicións laborais eran incompatibles coa dignidade humana, o que implicaría por exemplo un ritmo infernal, insultos e vexacións frecuentes, a necesidade dunha forza física especial sen medida coa natureza do empregado e o exercicio da actividade nun local insalubre, o que non era o caso<sup>30</sup>.

Levado o caso ante o Tribunal Europeo de Dereitos Humanos, este analiza a existencia de traballo forzado ou obrigatorio, esixido baixo a ameaza de calquera pena e contrario á vontade do interesado. En concreto, sinala que, aínda cando a traballadora non se atopaba baixo a ameaza de “unha pena”, si estaba nunha situación equivalente en canto á gravidade da coacción que podía sentir: adolescente, nun país que lle era estrano, en situación irregular en territorio francés e temendo ser detida pola policía. En canto ao feito de se realizou o devandito traballo voluntariamente, se desprende claramente dos feitos constatados que non se pode soste serriamente que ese fose o caso; é pola contra flagrante que non tiña outra elección<sup>31</sup>.

Para descubrir se o estado era de servidume ou escravitude, considera importante non perder de vista nin os caracteres particulares do Convenio Europeo para a Protección dos Dereitos Humanos e das Liberdades Fundamentais asinado en Roma o 4 de novembro de 1950, nin o feito de que este sexa un instrumento vivo a interpretar á luz das condicións de vida actuais, e que o nivel crecente de esixencia en materia de protección dos dereitos humanos e das liberdades fundamentais implica, paralela e inevitablemente, unha maior firmeza na apreciación dos ataques aos valores fundamentais das sociedades democráticas<sup>32</sup>.

Por todo iso, e á luz dos datos constatados, o Tribunal acaba considerando o seu estado como de servidume no sentido do artigo 4 do Convenio Europeo para a Protección dos Dereitos Humanos e das Liberdades Fundamentais feito en Roma o 4 de novembro de 1950<sup>33</sup>.

## VI. PROPOSTAS VARIAS E SOLUCIÓNS A ADOPTAR

En todo caso, o Alto Tribunal considera cómo o Convenio impón aos Estados asinantes a obriga de “tomar as medidas oportunas para impedir que as devanditas persoas sexan sometidas a tortura ou a penas ou tratos inhumanos ou degradantes, mesmo administrados por particulares”<sup>34</sup>. Por tal razón, mantén que limitar o cumprimento do artigo 4 do Convenio unicamente ás actuacións directas das autoridades do Estado iría en contra dos instrumentos internacionais consagrados especificamente a este problema, e equivalería a baleirar este do seu contido<sup>35</sup>.

Mesmo podería defenderse, se os índices de escravitude e maltrato aumentan, que os Estados non está a dar os pasos adecuados para cumprir este dereito<sup>36</sup>. Tal admonición foi feita ao lexislador británico, pero podería ser trasladada ao resto de países europeos, incluíndo España.

A maioría dos Estados adoitan considerar aos inmigrantes que son vítimas da trata de persoas coma se fosen traballadores ilegais. En consecuencia, están chamados a sufrir

30 Sentenza do Tribunal de Grande Instancia de París 10 xuño 1999.

31 STEDH caso *Siliadin v. Francia*, 2005.

32 STEDH caso *Selmouni v. Francia*, 1999.

33 STEDH caso *Siliadin v. Francia*, 2005.

34 SSEDH casos *A. v. Reino Unido*, 1998; *Z. e outros v. Reino Unido*, 2001 y *E e outros v. Reino Unido*, 2002.

35 STEDH caso *Siliadin v. Francia*, 2005.

36 ALLEN, R. e CRASNOW, R.: *Employment Law and Human Rights*, Oxford (University Press), 2002, páxina 50.



por partida dobre: como inmigrantes ilegais e como vítimas de traficantes explotadores e sen escrúpulos<sup>37</sup>.

A Unión Europea tampouco pode nin debe permanecer á marxe e non o fixo, se ben se limitou a realizar meras recomendacións. O Consello de Europa debe ter unha tolerancia cero respecto á escravitude. Como organización internacional que defende os dereitos humanos ten ademais deber de encabezar a loita contra todas as formas de escravitude e de trata de seres humanos. A Organización e os seus Estados membros deben promover e protexer os dereitos fundamentais das vítimas, e velar por que os autores do crime que é a escravitude doméstica comparezan ante a xustiza, co fin de conseguir a súa total erradicación<sup>38</sup>.

En primeiro lugar, a Asemblea parlamentaria do Consello de Europa recomenda ao Comité de Ministros solicitar aos Gobernos dos Estados Membros que<sup>39</sup>:

- a) Prevexan no seu Código Penal a tipificación como delitos da escravitude, a trata de seres humanos e o matrimonio forzado.
- b) Reforcen o control nas fronteiras e harmonicen as políticas de cooperación policial, sobre todo no concernente aos menores.
- c) Protexan os dereitos das vítimas da escravitude doméstica.
- d) Xeneralicen a concesión dun permiso de residencia temporal humanitaria e renovable.
- e) Adopten respecto ás vítimas unhas medidas de protección e de asistencia social, administrativa e xurídica.
- f) Tomen unhas medidas que tendan á reintegración e á rehabilitación das vítimas, incluída a creación de centros de axuda destinados concretamente á súa protección.
- g) Desenvolvan uns programas específicos para a súa protección.
- h) Prevexan uns prazos de prescrición máis longos para o delito de escravitude.
- i) Creen fondos de indemnización destinados ás vítimas.

Por tal motivo, recomenda neste punto elaborar unha Carta de Dereitos dos Traballadores Domésticos. A devandita Carta, que podería adoptar a forma dunha recomendación do Comité de Ministros ou mesmo dun convenio, debería garantir aos traballadores domésticos polo menos os dereitos seguintes: “a) o recoñecemento do traballo doméstico en casas particulares como verdadeiro traballo, é dicir, ao que se aplican os dereitos en materia de emprego e a protección social, incluído o salario mínimo (cando exista), a indemnizacións por enfermidade e maternidade, así como os dereitos a pensión; b) o dereito a un contrato de traballo executorio que indique o salario mínimo, o número de horas máximo e as responsabilidades; c) o dereito ao seguro de enfermidade; d) o dereito á vida familiar, inclusive á saúde, a educación e aos dereitos sociais para os fillos dos traballadores domésticos; e) o dereito ao tempo libre e ao tempo para si mesmo; f) o dereito dos traballadores domésticos inmigrados a un estatuto de inmigración independente de todo empregador, e h) o dereito a cambiar de empregador e a circular no país de acollida e a través da Unión europea, e o dereito ao recoñecemento das cualificacións, da formación e da experiencia adquiridas no país de orixe’ ”.

Neste contexto, e se ben España cumpriu parcialmente as súas obrigas ao regular a relación laboral, cualificándoa de especial, daqueles traballadores ao servizo do fogar

37 PLANT, R. e O'REILLY, C.: “El programa de la OIT para luchar contra el paro forzoso”, cit., páxina 88.

38 Recomendación 1.663/2004, do 22 de xuño, da Asemblea parlamentaria do Consello de Europa.

39 Recomendación 1.523/2001, do 26 de xuño, da Asemblea parlamentaria do Consello de Europa.

familiar, tendo un réxime especial de Seguridade Social (non obstante con graves quebras e seriamente criticable).

Por outra banda, tamén existe unha reacción legal, ao ratificar como delito no artigo 311 Código Penal (“os que, mediante engano ou abuso de situación de necesidade impoñan aos traballadores ao seu servizo condicións laborais ou de Seguridade Social que prexudiquen, supriman ou restrinxan os dereitos que teñan recoñecidos por disposicións legais, convenios colectivos ou contrato individual”), impoñéndoos aos autores penas de prisión de seis meses a tres anos e multa de seis a doce meses, en tanto contratar a un inmigrante ilegal non pode conducir a impoñerlle condicións denigrantes e abertamente atentatorias contra a dignidade humana<sup>40</sup>.

Pola súa banda, o artigo 318 bis CP, introducido por a Lei Orgánica 11/2003, do 29 de setembro, de medidas concretas en materia de seguridade cidadá, violencia doméstica e integración social dos estranxeiros, castiga cunha pena de catro a oito anos de prisión a quen “directa ou indirectamente, promova, favoreza ou facilite o tráfico ilegal ou a inmigración clandestina de persoas dende, en tránsito ou con destino a España”, impoñendo a pena na súa metade superior cando “realicen as condutas descritas con ánimo de lucro ou empregando violencia, intimidación, engano, ou abusando dunha situación de superioridade ou de especial vulnerabilidade da vítima, ou sendo a vítima menor de idade ou incapaz ou poñendo en perigo a vida, a saúde ou a integridade das persoas”.

En cambio, as recomendacións realizadas respecto á súa consideración como vítimas e o tratamento idóneo para a súa completa protección atopan aínda en pendes, sobre todo en canto atinxe ás medidas a adoptar non tanto para a condena dos que impoñen a escravitude senón para evitar o traballo forzoso así como para garantir a inserción no mundo laboral do suxeito a servidume con plenitude de dereitos, sobre todo en casos como o descrito na sentenza do caso *Siliadin vs. Francia*, unha traballadora doméstica non sendo traída por unha rede organizada<sup>41</sup>.

\*\*\*

O *Ius Laborum* non pode eludir a súa orixe e a tarefa a el anoadá: “O home ten unha dignidade. Lograr tal dignidade é a misión especial do Dereito do Traballo. A súa función consiste en evitar que o home sexa tratado igual que as cousas”<sup>42</sup>.

40 FERNÁNDEZ-COSTALES MUÑIZ, J.: “El contrato de esclavo. Concepto de extranjero y su integración social a través de los derechos y libertades fundamentales en el ordenamiento español y europeo”, REDT, núm. 110, 2002, páxina 294.

41 “O estranxeiro que cruzara a fronteira española fóra dos pasos establecidos para o efecto ou non cumprira coa súa obriga de declarar a entrada e atópese irregularmente en España ou traballando sen autorización, sen documentación ou documentación irregular, por ser vítima, prexudicado ou testemuña dun acto de tráfico ilícito de seres humanos, inmigración ilegal, ou de tráfico ilícito de man de obra ou de explotación na prostitución abusando da súa situación de necesidade, poderá quedar exento de responsabilidade administrativa e non será expulsado se denuncia ás autoridades competentes aos autores ou cooperadores do devandito tráfico, ou coopera e colabora cos funcionarios policiais competentes en materia de estranxeiría, proporcionando datos esenciais ou testificando, no seu caso, no proceso correspondente contra aqueles autores” (art. 59.1 Lei Orgánica 4/2000, do 11 de xaneiro, sobre dereitos e liberdades dos estranxeiros en España e a súa integración social). “Aos estranxeiros que quedaran exentos de responsabilidade administrativa poderáselles facilitar á súa elección, o retorno ao seu país de procedencia ou a estancia e residencia en España, así como autorización de traballo e facilidades para a súa integración social, de acordo co establecido na presente Lei” (art. 59.3 Lei Orgánica 4/2000, do 11 de xaneiro, sobre dereitos e liberdades dos estranxeiros e España e a súa integración social).

42 SINZHEIMER, H.: “Crisis económica y Derecho del Trabajo. Cinco estudios de Sinzheimer sobre la problemática humana y conceptual del Derecho del Trabajo”, en AA.VV.: *La esencia del Derecho del Trabajo*, Madrid (MTSS), 1984, páxina 73.

## **RELACIÓNS LABORAIS E TECNOLOXÍAS DA INFORMACIÓN E COMUNICACIÓN: NOTAS PARA UN BALANCE**

**Rodrigo Tascón López**

Profesor Axudante de Dereito do Traballo da Universidade de León

### **SUMARIO**

#### **I. NOVAS TECNOLOXÍAS E RELACIÓNS LABORAIS. UNHA FORMULACIÓN TEÓRICA**

#### **II. O CONTROL EMPRESARIAL TECNOLÓXICO**

1. Inventario das novas e agresivas formas de control propiciadas polas novas tecnoloxías.
2. Valoración polos Tribunais dos medios de control tecnolóxicos.
  - 2.1. A aplicación polo Tribunal Constitucional do principio de proporcionalidade; a propósito da videovixilancia.
  - 2.2. A valoración polos Tribunais ordinarios da Orde Social; entre a contradición e a ausencia de doutrina unificada.
  - 2.3. O dereito á autodeterminación informativa como garantía do traballador fronte a controis tecnolóxicos totais.

#### **III. A UTILIZACIÓN DESVIADA DOS MEDIOS TECNOLÓXICOS DE INFORMACIÓN E COMUNICACIÓN POLOS TRABALLADORES. IMPLICACIÓNS DISCIPLINARIAS DO USO ABUSIVO DOS MEDIOS TECNOLÓXICOS**

#### **IV. ASPECTOS PROCESAIS. A LICITUDE DA PROBA OBTIDA A TRAVÉS DOS MEDIOS TECNOLÓXICOS DE CONTROL E/OU DIRIXIDA A ACREDITAR OS INCUMPRIMENTOS LABORAIS DO TRABALLADOR NO USO DAS FERRAMENTAS INFORMÁTICAS**

## I. NOVAS TECNOLOXÍAS E RELACIÓNS LABORAIS. UNHA FORMULACIÓN TEÓRICA

Como é de sobra coñecido, o avance espectacular, inimaxinable -e inimaxinado-, experimentado polas novas tecnoloxías da información e comunicación nas últimas décadas operou un cambio profundo na estrutura da sociedade occidental<sup>1</sup>. En particular e entre outros múltiples escenarios posibles para a análise<sup>2</sup>, no ámbito das relacións laborais cabe apreciar a súa incorporación “masiva e vertixinosa” á empresa de todo tamaño e condición, o cal, evidentemente, formularon -e seguirao facendo- numerosas situacións nas cales renace, baixo nova roupaxe pero con similar contido dialéctico, aquel permanente conflito habido entre quen presta servizos por conta allea e quen os retribúe, organiza e dirixe<sup>3</sup>.

A primeira e máis evidente manifestación pasa por comprobar cómo a innovación derivada da tecnoloxía suporá unha mellora no proceso produtivo, elevando a eficiencia (e con iso o beneficio) ata onde sexa posible. Á par, traerá aparelhada unha serie de axustes na empresa, capaces de obrigar o traballador a reciclarse para adaptar a súa capacidade profesional ás novas realidades, so pena de incorrer en obsolescencia e, mesmo, poder chegar a perder o seu posto de traballo por causas obxectivas (arte. 51 e ss. ET)<sup>4</sup>.

A partir da implantación na estrutura da empresa dalgunha ou algunhas das potencialidades derivadas das novas tecnoloxías, as implicacións xurídicas xurdidas para o devir da relación laboral son variadas e, ademais, adoitan presentarse sen contar cunha regulación xurídica apropiada, pois, en leste como en tantos outros casos, o Dereito está chamado a transitar un paso por detrás da realidade social que trata de normar<sup>5</sup>.

En tal sentido, cabe destacar cómo o avance e implantación das tecnoloxías da información e da comunicación está a permitir á empresa non só un crecemento exponencial das posibilidades produtivas senón tamén, á par, das potencialidades de xestión e control<sup>6</sup>, tanto polo perenne anhelo de quen dirixe a unidade produtiva de ele-

- 1 CAPRON, H.O. e JOHNSON, J.A.-N.: *Computers: tools for an information age*, Upper Sadle River (Prentice Hall), 2004, páxina 223.
- 2 HERBERT, A.S.-A.: “What computers mean for man and society”, en AA.VV. (FORRESTER, T., Ed.): *Microelectronics revolutions*, Oxford (Basic Blackwell Publisher), 1980, páxinas 123 e ss.
- 3 NAPIER, B.: “Computeritization and employment rights”, *Industrial Law Journal*, Vol. 21, núm. 1, 1992, páxinas 2 e ss. ou BROWN, C. e CAMPBELL, B.A.-N.: “The impact of Technological change on work and wages”, *Industrial Relations*, Vol. 41, núm. 1, 2002, páxinas 3 e ss. Na doutrina española, pioneiros, PEREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: *Nuevas tecnologías y relación de trabajo*, Valencia (Tirant lo Blanch), 1990, páxinas 19 e ss.; con anterioridade, PEREZ PEREZ, M.: “Derecho del trabajo y nuevos sistemas tecnológicos”, RL, núm. 20, 1980, páxina 123.
- 4 FULLER, S.; HARTMAN, A. e RAMAN, S.: “Bell meets Taylor: desmythifying Knowledge work”, en ORLIKOWSKI, W.J., et alii: *Information technology and changes in organizational work*, Londres (Chapman & Hall), 1996, páxina 18; ADDISON, J.T. e TEIXEIRA, P.: “Technology, employment and wages”, *Labour*, Vol. 15, núm. 2, 2001, páxinas 191 e ss. ou BROWN, C. e CAMPBELL, B.A.-N.: “The impact of Technological change on work and wages”, *Industrial Relations*, Vol. 41, núm. 1, 2002, páxinas 1 a 33.
- 5 NGWENYAMA, OU., et alii: *New information technologies in organizational processes: field studies and theoretical reflections on the future of work*, Boston/Londres (Kluwer), 1999, páxinas 33 e ss.
- 6 BORRAJO DACRUZ, E.: “El impacto de las nuevas tecnologías y medios informáticos en la relación de trabajo”, AEDIPE, 1984, páxinas 32 e ss.; CARDONA RUBERT, M<sup>a</sup>.B.: *Informática y contrato de trabajo*, cit., páxina 19; PRADAS MONTILLA, R.: “Organización del trabajo y nuevas tecnologías”, DL, núm. 53, 1997, páxinas 13 e ss.; CAVAS MARTINEZ, F.: “Reflexiones sobre el trabajo y su papel en la actual sociedad de la información”, AS, núm. 10, 2004, páxinas 23 e ss.; GONZALEZ MOLINA, M<sup>a</sup>.D.: “Tratamiento automatizado de datos y derecho de huelga: una aproximación al posible uso de una clave informática en clave antisindical” (Comentario á STC 60/1998, do 16 de marzo)”, cit., páxina 200 ou CAMAS RODA, F.: “La intimidad y la vida privada del trabajador ante las nuevas modalidades de control y vigilancia de la actividad laboral”, en AA.VV. (ALARCON CARACUEL, M.R. e ESTEBAN LEGARRETA, R., Coords.): *Nuevas tecnologías de la información y de la comunicación y Derecho del Trabajo*, Albacete (Bomarzo), 2004, páxinas 161 e ss.

var a eficiencia e a produtividade (e con iso o beneficio) ata onde sexa posible -verdadeira “razón de ser última” de toda innovación tecnolóxica<sup>7</sup>-, como polo seu non menos perdurable interese por coñecer e controlar todo canto suceda no seo da organización produtiva<sup>8</sup>, provocando, ó tempo, serios riscos sobre os dereitos fundamentais dos afectados<sup>9</sup>.

Así formulada a cuestión, e por cuanto ó Dereito español fai, cabería detectar dous principais problemas (non sen evidentes puntos de conexión) derivados da implantación na empresa das tecnoloxías da información e da comunicación, que a práctica xudicial está a revelar como frecuentes no contexto actual de relacións laborais.

En primeiro lugar, a posibilidade do empresario de utilizar os medios tecnoloxicamente avanzados para o control dos traballadores, ben dunha forma directa (a través da instalación no centro de traballo de modernos e sofisticados sistemas de vixilancia), ben dunha indirecta (valéndose do propio funcionamento do enxeño electrónico usado polo traballador para desenvolver a súa prestación para verificar e valorar a adecuación da súa utilización)<sup>10</sup>.

En segundo termo, a utilización dos medios informáticos postos pola empresa a disposición do traballador para desenvolver a súa tarefa profesional para fins particulares deste alleos á prestación de servizos, coa conseguinte esixencia de responsabilidade disciplinaria por parte do empregador que, en moitas ocasións, chega ó despedimento disciplinario<sup>11</sup> e, en consecuencia, formula o problema adicional de acreditar, a través de medios de proba raianos coa lesión de dereitos fundamentais, ditos incumprimentos ante os tribunais de xustiza<sup>12</sup>.

A unha e outra cuestión haberá de atender o presente discurso nas páxinas seguintes no anhelo (común a calquera tratado de Dereito do Traballo) por descubrir as canles apropiadas para cohonestar, dentro das novas circunstancias, os intereses do empresario, cos dereitos do traballador.

- 7 ALARCON CARACUEL, M.R.: “La informatización y las nuevas formas de trabajo”, en AA.VV. (ALARCON CARACUEL, M.R. e ESTEBAN LEGARRETA, R., Coords.): *Nuevas tecnologías de la información y la comunicación y Derecho del Trabajo*, Albacete (Bomarzo), 2004, páxina 10.
- 8 SANTOS FERNANDEZ, D.: “Management y poder de dirección”, RDS, núm. 11, 2000, páxinas 76 e ss. ou GONZALEZ MOLINA, M<sup>a</sup>.D.: “Tratamiento automatizado de datos y derecho de huelga: una aproximación al posible uso de una clave informática en ‘clave antisindical’ (Comentario á STC 60/1998, do 16 de marzo)”, cit., páxina 202.
- 9 GOÑI SEIN, J.O.: “Vulneración de derechos fundamentales en el trabajo mediante instrumentos informáticos, de comunicación y archivo de datos”, *Xustiza Laboral*, núm. 17, 2004, páxinas 14 e ss.
- 10 TASCÓN LÓPEZ, R.: “El poder de control en la era tecnológica: visión panorámica de una cuestión inacabada”, *RTSS (CEF)*, núm. 267, 2005, páxinas 21 e ss.
- 11 ROQUETA BUJ, R.: “El despido por utilización personal de los medios tecnológicos de información y comunicación en la empresa”, *AL*, núm. 19, 2005, páxs. 3 e ss.; FALGUERA I BARÓ, M.A.: “Criterios doctrinales en relación con el uso por el trabajador de los medios informáticos empresariales”, en AA.VV.: *Derecho Social y nuevas tecnologías*, Madrid, 2005, páxs. 304 e ss.; THIBAUT ARANDA, J.: “El derecho español”, en AA.VV.: *Tecnología informática y privacidad de los trabajadores*, El Cano (Thompson Aranzadi), 2003, págs. 70 y ss. y RUBIO DE MEDINA, M<sup>a</sup>.D.: *El despido por utilización personal del correo electrónico*, Barcelona (Paidós), 2003, páxs. 23 e ss.
- 12 GÁRATE CASTRO, J.: “Proceso laboral y reproducción, como medio de prueba, de imágenes, sonido, palabras y, en general, datos obtenidos a través del recurso a aparatos proporcionados por las nuevas tecnologías”, en AA.VV.: *Problemas críticos del proceso laboral. Estudios de Derecho Judicial*, Madrid (CGPJ), 2004, páxinas 459 e ss.

## II. O CONTROL EMPRESARIAL TECNOLÓXICO

### 1. Inventario das novas e agresivas formas de control propiciadas polas novas tecnoloxías.

Como resulta de sobra coñecido, o contrato de traballo confire ó empresario un poder de dirección para ordenar as prestacións debidas e, en xeral, o normal funcionamento da empresa<sup>13</sup>, do cal derivan, á súa vez, un quizais demasiado xeneroso<sup>14</sup> -aínda cando limitado dende diversos puntos de vista<sup>15</sup>- feixe de facultades; entre outras, e por cuanto agora importa, a posibilidade do empresario para adoptar “as medidas que estime máis oportunas para verificar o cumprimento polo traballador das súas obrigas e deberes laborais, gardando na súa adopción e aplicación a consideración debida á súa dignidade humana” (art. 20.3 ET).

Sen dúbida, a introdución das novas tecnoloxías na empresa ten na súa influencia sobre o poder de dirección o seu punto “máis vistoso”<sup>16</sup>, habida conta aquelas están a habilitar -cada vez máis- medios sofisticados capaces de “intensificar”<sup>17</sup> de forma decisiva -e en moitos casos ata máis alá do lícito- - as posibilidades empresariais<sup>18</sup>.

O control presencial caracterizado pola coincidencia espazo/temporal de empresario e traballador forma parte do “pasado artesanal”<sup>19</sup> do Dereito do Traballo e está a ceder paso con rapidez ó “control tecnolóxico”<sup>20</sup>, co cal aquel “periférico, descontinuo e parcial realizado pola xerarquía humana [deixa paso a] un centralizado e obxectivo que se verifica en tempo real”<sup>21</sup> pero, ó tempo, deixa -ou pode deixar- un rastro perenne en tanto incorporado á máquina e o seu “memoria”<sup>22</sup>. Así, cada vez resulta máis frecuente que a empresa instale complexos mecanismos de control, entre as manifestacións máis frecuentes da cal cabrún destacar as seguintes:

- 13 Por clásico, MONTOYA MELGAR, A.: El poder de dirección del empresario, Madrid (IES), 1965, páxs. 44 e ss. ou, do mesmo autor e máis recente, “El poder de dirección del empresario”, REDT, núm. 100, 2000, páxs. 507 e ss. Tamén, ROMAN DE LA TORRE, M<sup>a</sup>.D.: Poder de dirección y contrato de trabajo, Valladolid (Grapheus), 1992, páx. 351 ou RIVERO LAMAS, J.: “Art. 20. Dirección y control de la actividad laboral”, en AA.VV.: (MONE-REO PEREZ, J.L., Coord.): Comentario al Estatuto de los Trabajadores, Granada (Comares), 1998, páxina 314.
- 14 Segundo indican VALDES DAL-RE, F.: “Poderes del empresario y derechos de la persona del trabajador”, RL, T. I, 1990, páxs. 284 e ss.; GOÑI SEIN, J.L.: El respeto de la esfera privada del trabajador, cit., páxs. 184 e ss. ou FERNANDEZ LOPEZ, M<sup>a</sup>.F.: “Libertad ideológica y prestación de servicios”, cit., páxinas 421 e ss.
- 15 Por todos, LUQUE PARRA, M.: Los límites jurídicos de los poderes empresariales, Barcelona (Bosch), 1999, páxinas 16 e ss.
- 16 PEREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: Nuevas tecnologías y relación de trabajo, cit., páx. 72 ou SEMPERE NAVARRO, A.V. e SAN MARTIN MAZZUCONI, C.: Nuevas tecnologías y Relaciones Laborales, Pamplona (Aranzadi), 2002, páxinas 42 e ss.
- 17 CONLON, K.J.: “Privacy in the workplace”, Labor Law Journal, Vol. 48, núm. 8, 1997, páxina 444 o LLOYD, I.J.: Legal aspects of the information society, cit., páxina 340.
- 18 MARTINEZ FONS, D.: El poder de control del empresario en la relación laboral, cit., páxina 54.
- 19 CASAS BAAMONDE, M<sup>a</sup>.E.; BAYLOS GRAU, A. e ESCUDERO RODRIGUEZ, R.: “El Estatuto de los Trabajadores. Diez años después: pervivencias, insuficiencias, desviaciones y reformas”, RL, núms. 6-7, 1990, páxinas 139 e ss.
- 20 CHILD, J.: “Managerial strategies, new technology and the labour process”, en AA.VV.: Tools dressing: critical perspectives on the labour process, Aldershot (Grower), 1986, páxina 127 ou DAWSON, P.M.: Computer technology and the redefinition of supervision, Southampton (University of Southampton), 1986, páxinas 40 e ss.
- 21 PEREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: Nuevas tecnoloxías y relación de trabajo, cit., páxina 72.
- 22 EDWARDS, R.: The transformation of the workplace; debates on the labour process, Londres (McMillan), 1993, páxinas 38 e ss.

1.- Sistemas de captación de imaxes e sons mediante cámaras de vídeo destinadas a visualizar os traballadores mentres desenvolven a súa prestación en tempo e lugar de traballo<sup>23</sup>.

2.- Sistemas de verificación de acceso e localización na empresa. É frecuente aludir ós edificios metaforicamente chamados “intelixentes”<sup>24</sup>, os mecanismos da cal facilitan ó empresario unha información abundante<sup>25</sup>, a partir da cal obter un coñecemento bastante exacto de canto no seu interior está a suceder de forma case imperceptible, evitando así o recurso a sistemas máis explícitos de control<sup>26</sup>; *item* máis, na instrumentación destes sistemas de control incorpóranse, en ocasións, os chamados datos biométricos de suxeitos (traballadores), tales como pegadas dactilares, rexistros de voz, iris ou retina, que quedan combinados cos sistemas de acceso ós lugares de traballo para permitir a verificación de quen efectivamente entra ou sae da fábrica ou oficina e, no seu caso, a validación do acceso<sup>27</sup>. De igual modo, tales sistemas chegan a permitir aínda o control fóra do lugar de traballo, onde queira o empresario, a través de sistemas como o control de localización mediante GPS do traballador que realiza a súa tarefa fóra da organización produtiva<sup>28</sup>.

3.- Controis e rexistros sobre o e-mail posto pola empresa a disposición do traballador, algo frecuente polas innegables vantaxes dun sistema que permite unha comunicación barata e eficaz con calquera lugar do mundo<sup>29</sup>, aínda cando non exentas de riscos importante en forma de virus informáticos, espionaxe industrial ou, simplemente a súa

23 GOÑI SEIN, J.L.: *El respeto de la esfera privada del trabajador*, cit., páxs. 140 e ss.; DE VICENTE PACHES, F.: *El derecho del trabajador al respeto de su intimidad*, cit., páx. 323; SANCHEZ-RODAS NAVARRO, C.: “Videocámaras y poder de vigilancia”, AS, núm. 19, 2000, páxs. 74 e ss.; LOPEZ PARADA, R.: “Análisis jurisprudencial acerca de la instalación por el empresario de sistemas de videovigilancia en el lugar de trabajo”, *Información Laboral Jurisprudencia*, núm. 9, 2000, páxs. 12 e ss. o MARTINEZ FONS, D.: “El poder de control empresarial ejercido a través de medios audiovisuales en la relación de trabajo”, RL, núm. 4, 2002, páxs. 11 e ss. En la doctrina anglosajona, por todos, KING, D.N.: “Privacy issues in the private-sector workplace: protection from electronic surveillance and emerging privacy gap”, *California Law Review*, Vol. 67, 1994, páxinas 474 e ss.

24 GUPTA, J.N. e SHARMA, S.K.: *Intelligent enterprises of the 21st century*, Londres (Idea Group), 2003, páxinas 23 e ss. ou LEONDES, C.T.: *Intelligent systems: technology and applications*, Londres (CRC Press), 2003, páxina 50.

25 Tal información, por suposto, queda oportunamente rexistrada no ordenador a partir do cal se instrumenta o sistema, e así pódese verificar exactamente a hora da entrada e saída do traballador ó seu lugar de prestación de servizos -co conseguinte cálculo do tempo exacto de presenza-, pero tamén o número de veces e espazo de tempo no cal se ausentou e, mesmo, o motivo da propia ausencia, ó permitir constatar cantas veces o traballador accedeu, por exemplo, á cafetería, ó cuarto de baño ou ó local destinado á representación unitaria ou sindical, con tódalas implicacións de tal coñecemento derivadas, FRIED, C.: “Perfect freedom or perfect control?”, *Harvard Law Review*, Vol. 114, núm. 2, 2000, páxinas 606 e ss. ou DUANE, E.O. e GIFFORD, K.D.: “Workplace transformation and worker upskilling: the perspective of individual workers”, *Industrial Relations*, Vol. 38, núm. 2, 1999, páxina 177.

26 WHITFIELD, K.: “High-performance workplaces, training and the distribution of skills”, *Industrial Relations*, Vol. 39, núm. 1, 2000, páxinas 7 e ss. ou DUANE, E.O. e GIFFORD, K.D.: “Workplace transformation and worker upskilling: the perspective of individual workers”, *Industrial Relations*, Vol. 38, núm. 2, 1999, páxinas 174 e ss.

27 RODOTA, S.: “Tecnología y derechos fundamentales”, *Datos personales.org. Revista de la Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid*, núm. 8, 2004, páxs. 1 y 2 o WALKER, J.P.: “Algunos aspectos sobre la utilización de datos biométricos en el sector privado”, *Datos personales.org. Revista de la Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid*, núm. 12, 2004, páxinas 1 a 6.

28 RAY, J.E-V.: “Geolocalisation, donness personnelles et droit du travail”, *Droit Social*, núm. 12, 2004, páxinas 1077 e ss..

29 ALONSO ALBELLA, R.: “El uso del correo electrónico en el lugar de trabajo”, *Datos personales.org. Revista de la Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid*, núm. 11, 2004, páxinas 1 ou CAMAS RODA, F.: “La influencia del correo electrónico y de Internet en el ámbito de las Relaciones Laborales”, RTSS (CEF), núm. 224, 2001, páxinas 132 e ss.

utilización para fins persoais por parte dos operarios<sup>30</sup>, ordenados a verificar o seu axeitado uso profesional.

4.- Controis sobre as páxinas web visitadas polo traballador durante a súa prestación de servizos, habida conta Internet supón unha fonte de información sen parangón na historia da humanidade á cal as empresas non poden renunciar<sup>31</sup>, pero implica, novamente, riscos importantes<sup>32</sup>.

5.- Controis ordenados a verificar a utilización do PC que o traballador usa como a súa ferramenta de traballo, o cal permite non só coñecer as páxinas Web visitadas, senón tamén, entre outras cousas, os programas utilizados, o contido dos arquivos abertos ou, mesmo, aspectos tan nimios pero á vez tan sutís como o número de pulsacións operadas no teclado ou o tempo durante o cal o equipo permanece apagado ou suspendido, permitindo así un control absolutamente total do traballador o instrumento de traballo do cal sexa o ordenador<sup>33</sup>.

6.- En fin, controis sobre o uso do teléfono para, sen excesivos custos nin complicacións, coñecer a frecuencia das chamadas dos seus traballadores, o número de destino, a data, hora e duración e, mesmo, o contido das conversacións mantidas a través deste medio, o cal pode quedar arquivado, de forma análoga a cuanto sucedía en supostos anteriores, para a súa posterior escoita e utilización<sup>34</sup>.

Todos os amentados medios de control que as novas tecnoloxías permiten, ademais dun control directo sobre actividades dos traballadores para verificar o seu comportamento, outro indirecto derivado da posibilidade de reter a información obtida ós seus resultados e, mediante técnicas de elaboración de datos, obter e sistematizar informacións novas relativas á persoa do traballador, remontándose dende os actos máis banais ata os seus máis íntimos segredos (afiliación sindical ou política, credo relixioso, estado de saúde...) e retomar tales informacións cando sexa necesario adoptar unha decisión sobre

30 O'BRIEN, C.N.: "The impact of employer e-mail policies on employee rights to engage in concerted activities protected by the National Labor Relations Act", *Labor Law Journal*, Vol. 53, núm. 2, 2002, páxinas 69 e ss.; OLIVER, H.: "E-mail and Internet monitoring in the workplace: information privacy and contracting-out", *Industrial Law Journal*, Vol. 31, núm. 4, 2002, páxinas 321 e ss.; COLAS NEILA, E.-V.: "Elementos para la construcción de una teoría general sobre el uso y control del correo electrónico corporativo", en AA.VV. (ALARCON CARACUEL, M.R. e ESTEBAN LEGARRETA, R., Coords.): *Nuevas tecnologías de la información y de la comunicación y Derecho del Trabajo*, Albacete (Bomarzo), 2004, páxinas 196 e ss. e ALONSO ALBELLA, R.: "El uso del correo electrónico en el lugar de trabajo", *Datos personales.org. Revista de la Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid*, núm. 11, 2004, páxinas 1 e ss.

31 Por todos, STEINBOCK, D.: *Wireless horizon: strategy and competition in the world wide mobile marketplace*, New York (Amacon), 2003, páxinas 11 e ss.; ROGER, J.Y.; STANFORD-SMITH, B. e KIDD, P.: *Business and work in the information society: new technologies applications*, Oxford/Amsterdam (IREDES vos Press Ohms-ha), 1999, páxinas 45 e ss.; BOCIJ, P. e CHAFFEY, D.: *Business information systems: technology, development and management for e-business*, Harlow (Prentice Hall), 2003, páxina 35 e ORLIKOWSKI, W.J., et alii: *Information technology and changes in organizational work*, cit., páxina 34. Na doutrina española, GARCIA VIÑA, J.: "Relaciones laborales e Internet", RTSS (CEF), núm. 223, 2001, páxina 56 o CAMAS RODA, F.: "La influencia del correo electrónico y de Internet en el ámbito de las Relaciones Laborales", cit., páxinas 132 e ss.

32 OLIVER, H.: "E-mail and Internet monitoring in the workplace: information privacy and contracting-out", *Industrial Law Journal*, Vol. 31, núm. 4, 2002, páxinas 321 e ss.

33 CAPRON, H.O. e JOHNSON, J.A.-N.: *Computers: tools for an information age*, cit., páxinas 23 e ss e OLIVER, H.: "E-mail and Internet monitoring in the workplace: information privacy and contracting-out", cit., páxina 323.

34 AGUT GARCIA, C.: "Las facultades empresariales de vigilancia y control sobre útiles y herramientas de la empresa", TS, núm. 163, 2004, páxina 31.



o traballador, posibilitando así algunhas das máis deleznable discriminacións reprobadas polo ordenamento xurídico<sup>35</sup>.

Deste xeito, “a actividade do traballador e as informacións sobre a súa actividade constitúen un todo”<sup>36</sup> indisoluble, permitindo un control “total”<sup>37</sup> -ou, polo menos, tendente á totalidade<sup>38</sup>- da actuación do operario, creando unha situación con acerto cualificada como “panóptica”<sup>39</sup>- na cal todo pode ser controlado e rexistrado -pasando con rapidez da chamada “Sociedade da Información” á máis preocupante “Sociedade da Vixilancia”<sup>40</sup>-, e permitindo, ó cabo, a elaboración de todo tipo de informes ou perfís -segundo as necesidades do caso- achega non só dos seus caracteres profesionais senón tamén, en última instancia, da súa propia faceta persoal<sup>41</sup>.

Quen se sabe así vixiado perde, evidentemente, as máis elementais capacidade de organizar o traballo propio cunhas mínimas marxes de iniciativa e queda sometido a unha presión dificilmente soportable, capaz de poñer en perigo evidente o seu propio equilibrio físico-psíquico<sup>42</sup> (o cal, vulnera algunha das máis elementais obrigas de protección inherentes ó contrato de traballo ex art. 14 LPRL), forzándoo, en último termo, a cambiar de forma radical a súa conduta para tratar de adaptala ó standard do controlador do rendemento<sup>43</sup>.

Ó aumentar a potencialidade do poder de vixilancia e limitar a capacidade de desenvolvemento do traballador, suxeitánda a secuencias de traballo densas e estritas, a tecnificación da empresa eleva a posición empresarial a un estadio superior ó derivado

35 CARDONA RUBERT, M<sup>a</sup>.B.: *Informática y contrato de trabajo*, cit., páxinas 66 e ss.

36 GAETA, L.: “La dignidad del trabajador y las perturbaciones de la innovación”, en AA.VV. (APARICIO TOVAR, J. e BAYLOS GRAU, A., Dirs.): *Autoridad y democracia en la empresa*, Madrid (Trotta), 1992, páxina 68.

37 LLOYD, I.J.: *Legal aspects of the information society*, Londres (Butterworths), 2000, páxina 41 o SCARBROUG, H. e CORBETT, J.M.: *Technology and organization (Power; meaning and desing)*, Londres (Routledge), 1992, páxina 29.

38 McGRATH, J.E-V.: *Loving big brother: performance, privacy and surveillance space*, Londres/Nova York (Routledge), 2004, páxina 47.

39 MERCADER UGUINA, J.R.: “Derechos fundamentales de los trabajadores y nuevas tecnologías: ¿hacia una empresa panóptica?”, RL, núm. 10, 2001, páxina 11. É sen dúbida por esta razón (que non sexa xa só un ente único como é o Estado quen ameaza con controlar a privacidade das persoas, senón tamén a empresa, grande e pequena, polo que se dixó que o problema do control a través do tratamento de datos persoais non “evoca tanto ó Grande Irmán de George Orwell, coma ó Panopticon de Jeremy Bentham, onde hai moitos suxeitos públicos e privados que poden ver a todos sin ser vistos. Nace un control asimétrico moi perigoso para os cidadáns da pé”, RODOTA, S.: “Tecnología y derechos fundamentales”, *Datos personales.org. Revista da Agencia de Protección de Datos da Comunidad de Madrid*, núm. 8, 2004, páxinas 1 y 2.

40 FLAHERTY, D.H.: “The emergence of surveillance societies in the Western World”, *Government Information Quarterly*, Vol. 5, 1998, páxina 377 o FINDLAY, P. e McKINLAY, A.: “Surveillance, electronic communications technologies and regulation”, *Industrial Relations Journal*, Vol. 34, núm. 4, 2003, páxinas 305 e ss.

41 FERNANDEZ DOMINGUEZ, J.J. e RODRIGUEZ ESCANCIANO, S.: *Utilización y control de datos laborales automatizados*, cit., páxina 82.

42 LINOWES, D.F. e SPENCER, R.C.: “Privacy: the workplaces issues of the 90 's ”, *Marshall Law Review*, Vol. 23, 1990, páxinas 610 e ss.; FLANAGAN, J.A-N.: “Restricting electronic monitoring in the private workplace”, *Duke Law Journal*, Vol. 43, 1994, páxinas 1262 e ss.; ROEL, R.E-V.: “Injured by big brother? Study shows monitored workers get hurt more”, *Newsday*, 5 outubro, 1990, páxina 49 ou DWORKIN, T.M.: “Protecting private employees from enched monitoring: legislative aproches”, *American Bussiness Law Journal*, Vol. 28, 1990, páxina 759. Con todo, non falta quen pon de manifesto cómo resulta aínda máis estresante para o traballador aquel outro tipo de control que, podendo ser continuo e completo, efectúase de forma aleatoria e discontinua, GRANT, R.: “Work monitored electronically”, *HR Magazine*, núm. 5, Vol. 37, 1992, páxinas 83 e ss.

43 RAMOS LUJAN, H.V.: “La intimidad de los trabajadores y las nuevas tecnologías”, RL, núm. 17, 2003, páxinas 45 e ss. ou BAETHGE, M. e OBERBECK, H.: *Nuevas tecnologías y perspectivas profesionales de la gerencia empresarial*, Madrid (MTSS), 1995, páxinas 243-247

do seu mero poder de dirección, “e introducen un elemento novo no sinalagma contractual capaz de provocar a ruptura no necesario equilibrio de intereses”<sup>44</sup> e de poñer en perigo de xeito evidente dereitos fundamentais da persoa<sup>45</sup>.

## 2. Valoración polos Tribunais dos medios de control tecnolóxicos.

A escaseza da normativa legal neste punto, unida ó rapidísimo crecemento e desenvolvemento de novas formas de control amparadas nas tecnoloxías da información e a comunicación provocaron que sexan os Tribunais os que estean chamados a realizar a adecuación entre estes novos sistemas e os dereitos fundamentais (inespecíficos), co cal “a criticable imprecisión lexislativa obriga a un labor creador, *quasi* lexislativa, dos tribunais (que pode abocar a contradicións xurisprudenciais), provocando todo iso unha notable inseguridade xurídica”<sup>46</sup>, “e será a partir de tales pronunciamentos de onde se poida empezar a construír calquera doutrina xeral, a posteriori, das consecuencias cara ás causas”<sup>47</sup>.

Á hora de valorar a licitude, ou o abuso, na utilización polo empresario dos medios de control tecnolóxico, a reflexión dos Tribunais de Xustiza versou, principalmente, sobre dereitos fundamentais clásicos: dun lado, o dereito á intimidade; doutro, e para os específicos supostos dos controis exercidos sobre o e-mail e o teléfono, o segredo das comunicacións<sup>48</sup>. Procede, non obstante, nas páxinas seguintes, efectuar algunhas consideracións non só sobre estes, que por suposto tamén, senón sobre algún outro dereito fundamental de novo cuño, como o dereito de autodeterminación informativa, chamado a xogar un importante papel na urdidoira a penas se esbozada no discurso precedente.

### 2.1. A aplicación polo Tribunal Constitucional do principio de proporcionalidade; a propósito da videovixilancia.

Ata a data, o Tribunal Constitucional tivo que pronunciarse, tan só, sobre o concreto suposto da videovixilancia<sup>49</sup>, fixando unha doutrina que puidese considerarse como xeral en materia de intromisión das facultades empresariais nos dereitos fundamentais do traballador.

44 FERNANDEZ DOMINGUEZ, J.J. e RODRIGUEZ ESCANCIANO, S.: *Utilización y control de datos laborales automatizados*, cit., páxina 87.

45 GOÑI SEIN, J.O.: *El respeto de la esfera privada del trabajador*, Madrid (Civitas), 1988, páxs. 97 e ss.; FERNANDEZ VILLAZÓN, L.A.: *Las facultades empresariales de control de la actividad laboral*, cit., páxs. 96 e ss. o MARTINEZ FONS, D.: *El poder de control del empresario en la relación laboral*, cit., páxina 54.

46 SALGA FRANCO, T.: “El derecho a la intimidad y a la propia imagen y las nuevas tecnologías de control laboral”, en AA.VV. (BORRAJO DACRUZ, E., Dir.): *Trabajo y libertades públicas*, Madrid (La Ley), 1999, páxina 205.

47 DO REI GUANTER, S.: “Derechos de la persona del trabajador y contrato de trabajo: notas para una teoría general”, cit., páxina 30.

48 GOÑI SEIN, J.O.: “Vulneración de derechos fundamentales en el trabajo mediante instrumentos informáticos, de comunicación y archivo de datos”, cit., pág. 16; RODRIGUEZ COARASA, C.: “Algunas proyecciones del derecho constitucional a la intimidad en el ámbito laboral”, *Datos personales.org. Revista de la Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid*, núm. 6, 2003, páxs. 1 a 13 o CAMAS RODA, F.: “La intimidad y la vida privada del trabajador ante las nuevas modalidades de control y vigilancia de la actividad laboral”, en AA.VV. (ALARCON CARACUEL, M.R. y ESTEBAN LEGARRETA, R., Coords.): *Nuevas tecnologías de la información y de la comunicación y Derecho del Trabajo*, cit., pág. 161.

49 RUBIO SANCHEZ, F.: “Derecho a la intimidad de los trabajadores: vigilancia con cámaras de seguridad y otro tipo de dispositivos”, *AS*, núm. 17, 2004; en senso semellante, ESCRIBANO GUTIERREZ, J.: “El derecho a la intimidad del trabajador. A propósito de la STC 186/2000, de 10 de julio”, *RL*, T. I, 200, páxinas 931 e ss.

No seu razoamento, tras recordar cómo “a existencia dun ámbito propio e reservado fronte á acción e coñecemento dos demais constitúe un elemento necesario, segundo as pautas da nosa cultura, para manter unha calidade mínima da vida humana”<sup>50</sup>, asume que “o dereito á intimidade non é absoluto, como non o é ningún dos dereitos fundamentais, podendo ceder ante intereses constitucionalmente relevantes”<sup>51</sup>.

A continuación, reitera cómo “a relación laboral non pode implicar, en modo ningún, a privación de tales dereitos para os que prestan servizos nas organizacións produtivas, que non son alleas ós principios e dereitos constitucionais que informan o sistema de relacións de traballo”<sup>52</sup>, se ben “o exercicio de tales dereitos admite unicamente limitacións ou sacrificios na medida en que se desenvolve no seo dunha organización que reflicte outros dereitos recoñecidos constitucionalmente, o que impón, segundo os supostos, a necesaria adaptabilidade para o exercicio de todos eles”<sup>53</sup>.

A partir de tales premisas xerais chega o Alto Tribunal á conclusión de que para dilucidar se o control dos traballadores a través de sistemas de videovixilancia respecta o seu dereito á intimidade procederá efectuar un “xuízo casuístico”<sup>54</sup> no cal será mester atender “non ó o lugar do centro de traballo en que se instalan pola empresa os sistemas audiovisuais de control, [aínda cando a instalación de tales medios en lugares de descanso e esparexemento, vestiarios, aseos, comedores e análogos resulta, *a fortiori*, lesiva en todo caso do dereito á intimidade dos traballadores por razóns obvias<sup>55</sup>] senón tamén a outros elementos de xuízo, tales coma se a instalación se fai ou non indiscriminada e masivamente, se os sistemas son visibles ou se instalaron subrepticamente [aínda cando curiosamente non outorgue relevancia constitucional á ausencia da debida comunicación ós representantes dos traballadores<sup>56</sup>], a finalidade real perseguida coa instalación de tales sistemas, se existen razóns de seguridade polo tipo de actividade que se desenvolve no centro de traballo de que se trate, etc”<sup>57</sup>.

En definitiva, e como ben é coñecido, “os equilibrios e limitacións recíprocos que se derivan para ámbalas dúas partes do contrato de traballo”<sup>58</sup> só poden supoñer limitacións nos dereitos fundamentais do traballador “cando a propia natureza do traballo contratado implique a restrición ou ben conorra unha acreditada necesidade ou interese empresarial, sen que sexa suficiente a súa mera invocación” e sen que as facultades orga-

50 Declaración contida, entre outras, nas SSTCo 209/1988, do 27 de outubro; 197/1991, do 17 de outubro; 99/1994, do 11 de abril ou 207/1996, do 16 de decembro.

51 Clásica afirmación incorporada ás SSTCo 57 e 143/1994, de 28 de febreiro e 9 de maio.

52 Razoamento xa presente nas SSTCo 88/1985, do 19 de xullo; 6/1988, do 21 de xaneiro; 126/1990, do 5 de xullo; 186/1996, do 25 de novembro ou 90/1997, do 6 de maio.

53 Fundamental referencia contida nas SSTCo 99/1994, do 11 de abril; 6/1995, do 10 de xaneiro ou 136/1996, do 23 de xullo.

54 Conforme expón BORRAJO DACRUZ, E.: “Derechos fundamentales y casuismo”, *AL*, núm. 29, 2000, páxinas 2885 e ss.

55 Criterio locativo que xa fora recoñecido en numerosas ocasións por Tribunais laborais inferiores [por todas, SSTSJ Andalucía/Sevilla 17 xaneiro 1994 (Ar. 310) ou Galicia 21 abril 1995 (Ar. 1514), ], pero que, malia a súa obxectividade, non abonda para garantir a protección da intimidade do traballador no ambiente de traballo [WESTIN, A.: “Privacy in the workplace: how well does american law reflect american values?”, *Chicago Law Review*, Vol. 72, 1996, páxinas 271 e ss.].

56 SEMPERE NAVARRO, A.V. y SAN MARTIN MAZZUCONI, C.: *Nuevas tecnologías y Relaciones Laborales*, cit., páx. 133; FERNÁNDEZ VILLAZÓN, F.: *Las facultades empresariales de control de la actividad laboral*, cit., páx. 53 o SANCHEZ-RODAS NAVARRO, C.: “Videocámaras y poder de vigilancia”, cit., páxina 76.

57 STCo 98/2000, do 10 de abril.

58 STCo 292/1993, do 18 de outubro.

nizativas conferidas ó empresario polo ordenamento laboral poidan servir para “a produción de resultados inconstitucionais lesivos de dereitos fundamentais”<sup>59</sup>.

Ademais, en caso de ser necesaria, “dada a posición preeminente dos dereitos fundamentais no noso ordenamento, esa modulación só se producirá na medida estritamente imprescindible para o correcto desenvolvemento da actividade produtiva, o que entraña a necesidade de proceder a unha ponderación axeitada que respecte a correcta definición e valoración constitucional do dereito fundamental en xogo e das obrigas laborais que poidan modulalo”<sup>60</sup>.

“Estas limitacións ou modulacións teñen que ser as indispensables e estritamente necesarias para satisfacer un interese empresarial merecedor de tutela e protección, de maneira que se existen outras posibilidades de satisfacer o devandito interese menos agresivas e afectantes do dereito en cuestión haberá que empregar estas últimas e non aquelas outras máis agresivas e afectantes. Trátase, en definitiva, da aplicación do principio de proporcionalidade”<sup>61</sup>.

En efecto, nese afán por tratar de “compaxinar dereitos contraditorios”<sup>62</sup>, “a constitucionalidade de calquera medida restritiva de dereitos fundamentais vén determinada pola estrita observancia do principio de proporcionalidade. Para comprobar se unha medida supera ou non o xuízo de proporcionalidade é necesario constatar se cumpre os tres requisitos ou condicións seguintes: se tal medida é susceptible de conseguir o obxectivo proposto (xuízo de idoneidade); se, ademais, é necesaria, no sentido de que non exista outra medida máis moderada para a consecución de tal propósito con igual eficacia (xuízo de necesidade); e, finalmente, se a mesma é ponderada ou equilibrada, por derivarse dela máis beneficios ou vantaxes para o interese xeral que prexuízos sobre outros bens ou valores en conflito (proporcionalidade en sentido estrito)”<sup>63</sup>.

A partir desta doutrina xeral, o Tribunal alcanza unha conclusión conforme á cal a instalación dun sistema de videovixilancia resulta acorde ós parámetros constitucionais se existen razoables sospeitas por parte do empresario de estar a sufrir furtos por parte dos traballadores, ante constantes descadres rechamantes nos rendementos da sección, e cando a medida se limitou ademais a gravar a propia zona da caixa e tivo unha duración temporal limitada ata quedar constatada a conduta ilícita<sup>64</sup>.

59 SSTCo 94/1984, do 16 de outubro; 108/1989, do 8 de xuño; 123/1992, do 28 de setembro ou 173/1994, do 7 de xuño.

60 SSTCo 170/1987, do 30 de outubro; 20/1990, do 15 de febreiro; 240/1992, do 21 de decembro; 186/1996, do 25 de novembro ou 1/1998, do 12 de xaneiro.

61 STCo 98/2000, do 10 de abril.

62 SALA FRANCO, T.: “El derecho a la intimidad y a la propia imagen y las nuevas tecnologías de control laboral”, en AA.VV. (BORRAJO DACRUZ, E., Dir.): *Trabajo y libertades públicas*, cit., páxina 204.

63 STCo 186/2000, do 10 de xullo, sobre a doutrina previamente recollida, entre outras, en SSTCo 66/1995, do 8 de maio; 55/1996, do 28 de marzo ou 37/1998, do 17 de febreiro.

64 STCo 186/2000, do 10 de xullo.

Pola contra, e dende criterios razoables<sup>65</sup>, entende tal medida desproporcionada, e polo tanto contraria ó dereito de intimidade dos traballadores, cando a empresa, sen alegar un motivo xustificado máis alá do ambiguo de conseguir “un axeitado control da actividade laboral”, procede a completar un sistema de control xa operativo consistente nun circuíto pechado de televisión, coa instalación de micrófonos que permitisen recoller e gravar tamén as conversacións que puidesen producirse<sup>66</sup>.

En definitiva, aínda cando sexa posible atopar ese “común denominador [principio de proporcionalidade<sup>67</sup>], a tarefa necesita de moitas reflexións adicionais<sup>68</sup>, sen que poida dicirse que “existen regras seguras, dada a amplitude da que se produciu [polo Tribunal Constitucional], e resulta inoperante calquera intento apriorístico de reconstrución monolítica e sen fracturas sobre a compatibilidade dos dereitos fundamentais cos dereitos e obrigas derivados do contrato de traballo... resultando forzado, en todo caso, descender ó tema concreto que se estea a considerar e ás circunstancias que o rodean<sup>69</sup>. Por tanto, e como conclusión, “pode afirmarse que a intimidade persoal non se conculcará pola mera decisión de adopción de instrumentos de control audiovisuais, senón esencialmente polas circunstancias concorrentes que, na súa precisa aplicación, contextualizan a decisión da instalación” e poden chegar a vulnerar, nalgúns casos, dereitos fundamentais dos traballadores<sup>70</sup>.

65 Pois “non pode descoñecerse que a intromisión na esfera reservada do traballador segundo sexa un ou outro o medio empregado... as razóns que habiliten a adopción de medios de control destinados á gravación da conversación dos traballadores no lugar de traballo requirirá un maior esforzo de xustificación”, MARTINEZ FONS, D.: “El poder de control empresarial ejercido a través de medios audiovisuales en la relación de trabajo (a propósito de las SSTC 98/2000, de 10 de abril y 186/2000, de 10 de julio)”, cit., páxina 25. En igual sentido, MERCADER UGUINA, J.: *Derecho del Trabajo, nuevas tecnologías y sociedad de la información*, Valladolid (Lex Nova), 2002, páx. 104; SEMPERE NAVARRO, A.V. y SAN MARTIN MAZUCCONI, C.: *Nuevas tecnologías y relaciones laborales*, cit., pág. 147; FERNANDEZ VILLAZON, L.A.: *Las facultades empresariales de control de la actividad laboral*, cit., páx. 78; CARRIL VÁZQUEZ, X.M. e SEOANE RODRÍGUEZ, J.A.: “Vigilar y trabajar (una aproximación metodológica sobre la intimidad del trabajador como límite a las facultades de vigilancia y control del empresario)”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Coruña*, 2001, páxs. 887 e ss. o AGUT GARCIA, C.: “Las facultades empresariales de vigilancia y control sobre útiles y herramientas de la empresa”, TS, núm. 163, 2004, páxina 27.

66 STCo 98/2000, do 10 de abril.

67 Del cal púidose dicir con acerto “que é un dos parámetros máis significativos dun emerxente Dereito Público Europeo, o novo *ius commune* que parece iluminarse como consecuencia da constante e recíproca interacción das institucións europeas”, BARNES, J.: “Introducción al principio de proporcionalidad en el Derecho Comparado y Comunitario”, RAP, núm. 135, 1994, páxinas 495 e ss. ou RIVERO LAMAS, J.: “Medidas restrictivas de derechos fundamentales y principio de proporcionalidad (sobre la inconstitucionalidad de la filmación de los piquetes de una huelga general)”, en ALONSO OLEA, M. e MONTOYA MELGAR, A.: *Jurisprudencia Constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social*, T. XVI, Madrid (Civitas), 1999, páxinas 111 e ss.

68 DEL REY GUANTER, S.: “Derechos fundamentales de la persona y contrato de trabajo: notas para una teoría general”, cit., páxina 10.

69 ORTIZ LALLANA, M<sup>a</sup>.C.: “Derechos fundamentales y relación laboral”, cit., páxinas 21 y 22.

70 MARTINEZ FONS, D.: “El poder de control empresarial ejercido a través de medios audiovisuales en la relación de trabajo (a propósito de las SSTC 98/2000, de 10 de abril y 186/2000, de 10 de julio)”, cit., páx. 27; en parecido sentido, MERCADER UGUINA, J.R.: *Derecho del Trabajo, nuevas tecnologías y Sociedad de la Información*, cit., páxs. 101 e ss. o CAMAS RODA, F.: “La intimidad y la vida privada del trabajador ante las nuevas modalidades de control y vigilancia de la actividad laboral”, en AA.VV. (ALARCON CARACUEL, M.R. e ESTEBAN LEGARRETA, R., Coords.): *Nuevas tecnologías de la información y de la comunicación y Derecho del Trabajo*, cit., páxinas 171 e ss.

Ademais, a aplicación da doutrina da proporcionalidade, con ser substancialmente a única adaptable ó proteico elenco de posibles situacións vulneradoras dalgún dos dereitos fundamentais do traballador<sup>71</sup>, non deixará nunca de suscitar as máis profundas dúbidas a quen se vexa na tesitura de reclamar fronte á actuación empresarial<sup>72</sup>, podendo suceder na práctica que casos substancialmente iguais sexan valorados de formas diferentes polos Tribunais de Xustiza<sup>73</sup>.

## 2.2. A valoración polos Tribunais ordinarios da Orde Social; entre a contradición e a ausencia de doutrina unificada

A afirmación precedente cobra especial significado de valorar cómo, cando os tribunais laborais aplicaron esta doutrina da proporcionalidade a outros supostos de control empresarial por ou sobre medios tecnolóxicos distintos á videovixilancia, incorreron en severas contradicións capaces de mostrar ás claras o inconcluso dun tema ó cal resulta pouco menos que imposible dar resposta definitiva.

En todo caso, a masiva utilización por parte das empresas destes medios de control provocou, e seguirao facendo, a presentación de numerosos asuntos ante os tribunais laborais, a partir dos cales se foi formando un *corpus* xurisprudencial que adoece, en non poucas ocasións, de fisuras e contradicións. En espera dalgún pronunciamento do Tribunal Supremo destinado a unificar doutrina, ou mesmo dalgún outro ditado en amparo polo Tribunal Constitucional capaz de achegar novos criterios decisorios, o panorama no ámbito dos Tribunais Superiores de Xustiza invita a certo desalento, pois resulta posible descubrir unha serie de liñas, nalgunhas ocasións diferentes e, noutras, directamente contraditorias.

A práctica totalidade dos pronunciamentos aluden ó consolidado principio de proporcionalidade, aínda cando resulta mester denunciar cómo, en non poucas ocasións, trátase dunha mera invocación ritual, sen un descenso real ás circunstancias concretas do caso axuizado, o cal fai verdadeiramente difícil afirmar que, en tales casos, estéase a efectuar unha correcta xustificación das sentenzas capaz de satisfacer as esixencias do dereito fundamental á tutela xudicial efectiva<sup>74</sup>.

Unha análise xeral permite descubrir como indicios capaces de xustificar esa proporcionalidade da adopción da medida de control, dun lado, o feito de existir sospeitas fundadas de incumprimentos laborais ou anomalías no proceso produtivo a orixe do cal fose necesario determinar<sup>75</sup>; doutro, a presenza de razóns técnicas ou organizativas capaces de requirir a presenza dun control permanente sobre determinados lugares ou instalacións<sup>76</sup>.

71 RIVERO LAMAS, J.: "Medidas restrictivas de derechos fundamentales y principio de proporcionalidad (sobre la inconstitucionalidad de la filmación de los piquetes de una huelga general)", cit., páxinas 111 e ss.

72 ESCRIBANO GUTIERREZ, J.: "El derecho a la intimidad del trabajador; a propósito de la STC 186/2000, de 10 de julio", *RL*, núm.1, 2001, Páxina 89.

73 Véase, nunha situación que roza o paroxismo, SSTSJ Galicia 30 novembro 2001 (ÁS 2002/135) e 20 marzo 2002 (ÁS 3385).

74 GÁRATE CASTRO, J.: "Proceso laboral y reproducción, como medio de prueba, de imágenes, sonido, palabras y, en general, datos obtenidos a través del recurso a aparatos proporcionados por las nuevas tecnologías", en AA.VV.: *Problemas críticos del proceso laboral. Estudios de Derecho Judicial*, cit., páxinas 489 y 490.

75 Por exemplo, por ter evidencias do incumprimento do horario de traballo, apreciar a falta de obxectos ou diñeiro ou observar condutas estrañas do traballador consistentes en apagar o ordenador cada vez que se achegaba un compañeiro, SSTSJ Galicia 22 xaneiro 2000 (ÁS 59), La Rioja 5 decembro 2000 (ÁS 135), Extremadura 14 abril 2004 (ÁS 1071), Comunidade Valenciana 27 abril 2004 (ÁS 3821) ou Cataluña 4 novembro 2004 (Jur. 2005/16535).

76 SSTSJ Asturias 22 marzo 2002 (ÁS 632) ou Andalucía/Málaga 9 xaneiro 2003 (ÁS 1373).

Descendendo a supostos concretos, procede dar conta, por exemplo, de cómo os tribunais laborais atoparon lexítimo, á calor do principio de proporcionalidade, aquel suposto consistente en controis de acceso e localización na empresa, os cales, dito sexa de paso, atópanse moi estendidos na práctica diaria das empresas e o proceso operado para levar a cabo a súa transformación dende un sistema manual de verificación -existente dende o mesmo inicio do traballo humano- por outro moderno e informatizado parece ser aceptado sen demasiados problemas tanto polos traballadores coma polos seus representantes como unha facultade empresarial lícita e encadrada dentro do poder directivo<sup>77</sup>.

O suposto concreto versaba sobre un sistema utilizado por unha Administración Pública consistente na lectura biométrica mediante infravermellos de determinados datos da man dos funcionarios e traballadores, os cales eran utilizados como vía para verificar o control horario<sup>78</sup>, habida conta e dende o criterio de proporcionalidade, “o mesmo resulta idóneo para conseguir o obxectivo proposto, que non é outro que o de lograr un maior nivel de eficacia na Administración pública, o cal pasa por un control efectivo do cumprimento das súas obrigas por parte dos empregados, obrigas que se inician no momento do puntual acceso ós seus postos de traballo e nunha estrita observancia da xornada laboral”<sup>79</sup>.

De igual modo foi aceptado o control empresarial consistente en intervir e gravar aleatoriamente algunhas das chamadas mediante as cales uns traballadores de telemercadotecnia desenvolvían a súa prestación laboral, habida conta a devandita gravación respondía, dende o principio de proporcionalidade, a unha finalidade lexítima, cal era verificar a técnica comercial dos traballadores para proceder a impartir as oportunas instrucións para melloralas<sup>80</sup>.

77 SAMPEDRO GULLON, V.: “Facultades empresariales de vigilancia y control en el centro de trabajo”, cit., páxina 20.

78 “Todo procedemento biométrico parte de rexistrar uns determinados datos corporais para posteriormente contrastalos cos dunha persoa, o cal esixe que en todo proceso destas características se respecte a normativa sobre protección de datos”, WALKER, J.P.: “Algunos aspectos sobre la utilización de datos biométricos en el sector privado”, *Datos personales.org. Revista de la Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid*, núm. 12, 2004, páxinas 1 a 6.

79 A xuízo do Tribunal, “a existencia doutros posibles sistemas igualmente idóneos para conseguir a referida finalidade, non converte o sistema axuízado en ilegal, sendo lexítimo que a Administración opte, dentro da legalidade, por aquel sistema que considere máis conveniente... respecto do xuízo de estrita necesidade, como xa sinalamos, aínda existindo outros sistemas, hai dúas realidades que non poden negarse, dun lado a lóxica posibilidade de incorporación á Administración pública das novas tecnoloxías como método de control e, doutro, o notorio carácter imperfecto dos sistemas de control máis comunmente usados, tanto o sistema de sinatura, pola súa posible manipulación, como o sistema de reloxo e ficha, por non impedir a substituíbidade no seu cumprimento... a xuízo desta Sala, a implantación do sistema pode reportar máis beneficios ou vantaxes para o interese xeral que prexuízos sobre outros bens ou valores en conflito, máxime cando nos atopamos ante a imposición dunha obriga a un colectivo vinculado á Administración mediante unha relación de suxeición especial. A natureza desta relación, se ben non fai esquecer a esta Sala que a constitución dunha relación de suxeición especial, e polo tanto inspirada en especiais deberes de boa fe ou lealdade do empregado (funcionario) respecto do seu empregador (servizo público), non pode privar ó funcionario dos seus dereitos fundamentais e liberdades públicas, aínda que sexa transitoria ou provisionalmente, nin desembocar nun deber de suxeición extrema ou xenérico [STCo 18/2002], xustifica unha especial esixencia no cumprimento das súas obrigas.. En efecto, unha axeitada política en materia de persoal ó servizo da Administración, haberá de redundar nunha maior eficacia desta para a consecución dos intereses xerais, valor recoñecido constitucionalmente no art. 103”, STSJ Cantabria, Cont. -Adm., 21 febreiro 2003 (Jur. 122751).

80 STS 5 decembro 2003 (RJ 2004/313). A doutrina mostrou certos receos acerca da licitude dun control de semellante natureza, por abusivo e desproporcionado, FERNANDEZ VILLAZON, L.A-N.: “A vueltas con el control empresarial sobre la actividad laboral: test de honestidad, telemarketing, registro de terminales y uso -o abuso- de Internet”, cit., páx. 38 e CAMAS RODA, F.: “La intimidad y la vida privada del trabajador ante las nuevas modalidades de control y vigilancia de la actividad laboral”, en AA.VV. (ALARCON CARACUEL, M.R. e ESTEBAN LEGARRETA, R., Coords.): *Nuevas tecnologías de la información y de la comunicación y Derecho del Trabajo*, cit., páxina 169.

Tamén foron expresamente aceptados polos tribunais laborais certos medios encañadas a controlar o traballador fóra do lugar de traballo, como por exemplo un sistema de control de movementos mediante GPS instalado no vehículo da empresa utilizado polo traballador nos seus desprazamentos, o cal pode ser considerado lícito cando non exista outro mecanismo eficaz para verificar o cumprimento da prestación laboral polo traballador, por realizarse esta fóra do lugar de traballo<sup>81</sup>. Queda acollida deste xeito unha doutrina que xa fora utilizada con relativa frecuencia en canto facía ó control do traballador fóra do lugar de traballo a través de medios tradicionais, como adoitaba ser mediante a contratación dun detective privado encargado de vixiar o operario fóra da empresa<sup>82</sup>.

Quizais os problemas máis frecuentes na práctica pivoten en torno ós controis realizados sobre o ordenador do traballador para verificar o uso proporcionada ó seu correo electrónico ou ó acceso Internet. Debido á falta de contemplación legal<sup>83</sup> (a diferenza de cuanto acontece noutros países, como por exemplo Italia ou Portugal, onde recentemente se estableceron regulacións estritas, nas cales, en principio está prohibido o control tecnolóxico, salvo que concorran circunstancias excepcionais que o fagan necesario e sempre cunha serie de requisitos de garantía do traballador fronte a este tipo de actuacións empresariais<sup>84</sup>) e a falta aínda dunha doutrina rematada por parte dos órganos xudiciais do máximo rango, a contradición máis absoluta é a nota característica que preside os abundantes pronunciamentos emanados sobre o particular polos Tribunais Superiores de Xustiza<sup>85</sup>.

Así, para un primeiro grupo de pronunciamentos (en franca minoría e retroceso) o dato esencial a ponderar vén dado pola propiedade empresarial dos ordenadores utilizados como ferramenta de traballo e, en consecuencia, para esta corrente o dereito consagrado no art. 18.3 CE non pode amparar aquela situación na cal a comunicación particular foi realizada a través dun medio empresarial, e en tempo e lugar de traballo, máxime de existir unha orde expresa prohibindo tal actividade, co conseguinte descoñecemento dos deberes de boa fe esixibles en toda relación laboral. En conclusión, dende este punto de vista non se trata “dunha vulneración ó segredo das comunicacións... xa que non é unha correspondencia entre particulares... senón ante unha utilización indebida de medios e instrumentos da empresa para fins propios e alleos ós estritamente labo-

81 O Cal foi aceptado polos tribunais como medio de acreditar un incumprimento contractual capaz de xustificar o despedimento do traballador, SJS núm. 32 Madrid 1 outubro 2003, citada por SAMPEDRO GULLON, V.: “Facultades empresariais de vixilancia e control no centro de traballo”, cit., páxina 20.

82 SSTS 19 xullo 1989 (Ar. 5878), 11 xuño 1990 (Ar. 5049) ou 17 xuño 1996 (Ar. 5166); en igual sentido, entre outras, SSTSJ Extremadura 5 maio 1992 (Ar. 2558), Galicia 16 marzo 1993 (Ar. 1356), Comunidade Valenciana 1 xuño 1994 (Ar. 2624), Cataluña 13 xaneiro 1995 (Ar. 250) ou Castela-A Mancha 28 marzo 1996 (Ar. 1939).

83 O Grupo parlamentario mixto realizou unha proposición de Lei para regular o uso do correo electrónico polos traballadores e os seus representantes [BOCG, Senado, Serie III A, núm. 13 (a)] que ó final non viu a luz por motivos de índole político, CARDONA RUBERT, M<sup>a</sup>.B.: “Relaciones laborales y tecnologías de la información y de la comunicación”, cit., páxina 1.

84 Art. 4 *Statuto dei Lavoratori* ou art. 20 *Código do Traballo*, GÁRATE CASTRO, J.: “Proceso laboral y reproducción, como medio de prueba, de imágenes, sonido, palabras y, en general, datos obtenidos a través del recurso a aparatos proporcionados por las nuevas tecnologías”, en AA.VV.: *Problemas críticos del proceso laboral. Estudios de Derecho Judicial*, cit., páxina 464.

85 CAMAS RODA, F.: “La intimidad y la vida privada del trabajador ante las nuevas modalidades de control y vigilancia de la actividad laboral”, en AA.VV. (ALARCON CARACUEL, M.R. e ESTEBAN LEGARRETA, R., Coords.): *Nuevas tecnologías de la información y de la comunicación y Derecho del Trabajo*, cit., páx. 168 e ALONSO ALBELLA, R.: “El uso del correo electrónico en el lugar de trabajo”, *Datos personales.org. Revista de la Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid*, núm. 11, 2004, páxina 1.



rais, podendo a empregadora exercer un control sobre a forma de utilizar tales medios, que son da súa propiedade, así como sobre a propia actividade laboral do traballador<sup>86</sup>.

Outra liña de pronunciamentos valora especialmente, sen embargo, cómo o correo electrónico -non así o acceso a Internet<sup>87</sup>- do traballador na empresa é unha canle apropiada para transmitir informacións persoais -non en van deuse validez á dimisión do traballador efectuada a través do correo electrónico se era clara e terminante<sup>88</sup>- e, polo tanto, debe quedar protexido polo art. 18.3 do Texto Constitucional, se ben, como todos os dereitos fundamentais, admitirán certas modulacións habida conta o empresario ten tamén un interese lexítimo en exercer as súas facultades de control para evitar usos desviados ou abusivos.

En tal xuízo aplican como criterio ponderador o xa coñecido principio de proporcionalidade para considerar procedente o control empresarial sobre o e-mail do traballador cando houbese unha necesidade xustificada, obxectiva e razoable, para iso -por exemplo, unha sospeita fundada acerca do uso do ordenador da empresa para realizar traballos para terceiros competitivos coa actividade da organización produtiva<sup>89</sup> ou a evidencia de estar sendo enviados inxentes cantidades de correos electrónicos dende os ordenadores da empresa<sup>90</sup>- e non existise outra medida máis moderada -menos agresiva- para conseguir tal fin<sup>91</sup>.

Sen dúbida esta segunda interpretación resulta máis acorde co entendemento que o Tribunal Constitucional fai do art. 18.3 de a *norma normarum*, ó efectuar unha interpretación ampla do concepto de comunicación -sen circunscribilo ós medios tradicionais enumerados *ad exemplum* no precepto- para adaptalo ós avances actuais no marco das comunicacións e da informática<sup>92</sup>. Deste xeito, o ámbito de protección do dereito fundamental ó segredo das comunicacións -garantía específica do dereito á intimidade pero, á vez, dereito fundamental autónomo<sup>93</sup>- hase de estender, de forma evidente, ás efectuadas a través do correo electrónico e a súa garantía alcanza tamén ó traballador na empresa<sup>94</sup>.

86 SSTSJ Cataluña 5 xullo 2000 (Ar. 3452), 9 xullo 2002 (ÁS 2811), 6 xuño 2003 (Ar. 2272) ou 4 novembro 2004 (Jur. 2005/16535).

87 MARTINEZ FONS, D.: "Uso y control de las tecnologías de la información y comunicación en la empresa", *RL*, núms. 23-24, 2002, páx. 200 ou RUANO ALBERTOS, S.: "Facultades de control por medios informáticos", cit., pág. 35. Tampoco los conocidos como "chats", por su carácter público que mueve a muchos de sus participantes a utilizar pseudónimos para no ser reconocidos, aun cuando nada podría evitar el reconocimiento de su dirección de IP, FERNANDEZ VILLAZON, L.A.: *Las facultades empresariales de control de la actividad laboral*, cit., páxina 144.

88 STSJ Madrid 13 marzo 2001 (Ar. 1733). Decisión razoable en tanto en canto o correo electrónico constituía a vía normal de comunicación entre o traballador e a empresa, BONILLA BLASCO, J.: "Los efectos jurídicos del correo electrónico en el ámbito laboral", *RL*, núm. 13, 2001, páx. 105. Maiores problemas existen para entender que pode ser válido o despedimento efectuado por e-mail, en tanto o ET esixe forma escrita, RUANO ALBERTOS, S.: "Facultades de control por medios informáticos", cit., páxina 34.

89 STSJ Andalucía/Sevilla 9 maio 2003 (Ar. 2840).

90 STSJ Cataluña 14 novembro 2004 (Ar. 3444) e Madrid 12 xuño 2001 (Ar. 2953).

91 Con esta argumentación xeral aplicada ó caso, SSTSJ Galicia 4 outubro 2001 (Ar. 3366) e Madrid 13 maio 2003 (Ar. 3649).

92 STCo 70/2002, do 3 de abril.

93 STCo 34/1996, do 11 de marzo.

94 FALGUERA I BARO, M.A.-N.: "Uso por el trabajador del correo electrónico de la empresa para fines extraproductivos y competencias de control del empleador", *RL*, núm. 22, 2000, páxs. 17 e ss. ou RUANO ALBERTOS, S.: "Facultades de control por medios informáticos", cit., páxina 29.

Agora ben, aceptando o e-mail como medio de comunicación protexido polo dereito fundamental, este segunda liña interpretativa móstrase incongruente co concepto de “segredo protexido”, o cal, segundo o Tribunal Constitucional, presenta “un carácter formal, en tanto se predica do comunicado, sexa cal sexa o seu contido e pertenza ou non o obxecto da comunicación mesma ó ámbito do persoal, o íntimo ou o reservado... e, ademais, só pode ser interceptado por orde xudicial”, e non, obviamente -e como as sentenzas de suplicación permiten nun intento de conciliar a dogmática xeneral do dereito ó segredo das comunicacións coas facultades de control empresarial-, por unha decisión do empresario, por moi proporcionada que esta puidese chegar a ser<sup>95</sup>.

Por outro lado, é mester poñer de manifesto cómo, nos últimos tempos e como criterio de proporcionalidade axustado ó caso concreto aplicado polos tribunais tanto para o rexistro do correo electrónico coma para o dos accesos a Internet por conta do ordenador da empresa, creceu notablemente aquela tese conforme á cal os devanditos rexistros empresariais tan só serán lícitos cando sexan observados de forma analóxica os requisitos esixidos polo art. 18 ET para a inspección das taquilla dos traballadores; a saber, que o rexistro se realice en tempo de traballo, en presenza do traballador afectado e coa concorrencia dun representante dos traballadores ou, no seu defecto, coa doutro traballador da empresa se iso fose posible.

Certamente existen algúns pronunciamentos en contrario para os cales non resulta apropiado aplicar analoxicamente as devanditas garantías pois, entre outras cousas, non se trata dun efecto persoal do traballador<sup>96</sup> ou consideran apropiadas outras garantías adoptadas no caso pola empresa, como por exemplo encargar o rexistro a outra empresa de auditoría informática allea á organización produtiva<sup>97</sup>. Non menos certo é que a formulación foi crecendo e a día de hoxe se atopa xeneralizado na maior parte dos Tribunais de Xustiza, por considerar os requisitos contemplados no art. 18.4 ET como unha esixencia legal do dereito á intimidade do traballador aplicable por analoxía ó suposto agora obxecto de estudo, considerando entón que non hai lesión do dereito á intimidade cando o rexistro sobre o ordenador se practicou observando aquelas garantías e si o hai, pola contra, cando se omitiron<sup>98</sup>.

Resulta curioso comprobar cómo non conta con tan alta consideración o incumprimento doutra esixencia legal (esta non analóxica senón directa), cal é a de obter informe previo por parte dos representantes dos traballadores cando o empresario vaia adoptar unha medida de vixilancia e control (art. 64.1.4.d ET), pois, a xuízo do Tribunal Constitucional, seguido de forma unánime polos Tribunais de Suplicación, tal medida non constitúe contido do dereito individual a ó intimidade do traballador, senón que é unha prerrogativa dos representantes cuxa observancia é cuestión de legalidade ordinaria, o cal impide que a súa omisión poida determinar a nulidade da vixilancia así realizada<sup>99</sup>.

95 STCo 34/1996, do 11 de marzo.

96 SSTSJ Cataluña 5 xullo 2000 (ÁS 3452) ou Madrid 2 decembro 2002 (Ar. 789/2003).

97 STSJ Castela e León/Valladolid 8 novembro 2004 (ÁS 3073).

98 Entre outras, SSTSJ Andalucía/Málaga 25 febreiro 2000 (ÁS 626), Cataluña 11 xuño 2003 (ÁS 2516), Cantabria 20 e 23 febreiro 2004 (ÁS 443 e 444), Cataluña 22 xullo e 23 setembro 2004 (ÁS 2696 e 2880).

99 STCo 186/2000, do 10 de xullo; seguíndoa, SSTSJ Galicia 22 xaneiro 2000 (ÁS 59), La Rioja 5 decembro 2000 (ÁS 135) ou Extremadura 14 abril 2004 (ÁS 1071).

### 2.3. O dereito á autodeterminación informativa como garantía do traballador fronte a controis tecnolóxicos totais.

Se ata o momento a perspectiva adoptada practicamente de forma unánime polos tribunais de xustiza á hora de valorar a licitude dos medios tecnolóxicos utilizados con fins de control da actividade laboral foi a do seu contraste -a través do principio de proporcionalidade- cos dereitos fundamentais á intimidade (art. 18.1 CE) e, no seu caso, ó segredo das comunicacións (art. 18.3 CE), semellante realidade esixe, para a súa recta ponderación, aplicar tamén o xogo doutro dereito fundamental máis, cal é o de autodeterminación informativa (art. 18.4 CE).

En efecto, o dereito á protección fronte ó tratamento de datos persoais foi consagrado polo Tribunal Constitucional non só como garantía institucional do resto de dereitos fundamentais, senón en si mesmo como verdadeiro dereito fundamental<sup>100</sup> e, dende tal perspectiva resulta clara a súa conservación inespecífica polos traballadores no desenvolvemento da prestación laboral<sup>101</sup>. Se a tal dato se une aquel outro, xa esbozado, de conformidade co cal os medios de control empresarial a través das novas tecnoloxías, ademais de permitir un control en tempo real, adoitan recoller na memoria do ordenador central ó cal se atopan conectados todos os datos relativos ó control realizado, sistematizándoos conforme a criterios dalgunha forma preestablecer, poucas dúbidas poden haber acerca da notoria influencia sobre o ámbito do dereito recollido no art. 18.4 CE<sup>102</sup>.

Moitas veces foi posto de manifesto cómo, dentro dun mundo no que a información relativa ás persoas circula a velocidades vertixinosas nunca antes pensadas -propiciando evidentes perigos para os seus dereitos fundamentais<sup>103</sup>-, a relación laboral constitúe un caldo de cultivo ideal para que o empresario -sempre inclinado a utilizar a favor seu calquera avance tecnolóxico- leve a efecto tratamentos de enormes cantidades de

100 Entre outras, e pola súa claridade, SSTCo 254/1993, do 20 de xullo, e 290 e 292/2000, do 30 de novembro.

101 ORTIZ LALLANA, M<sup>a</sup>.C.: "Vulneración del derecho a la libertad sindical mediante el uso desviado de datos informatizados sobre la afiliación del trabajador. Libertad sindical y derecho a la intimidad informática", *AS*, T. V, 1999, páx. 360 ou, da mesma autora, "El derecho del trabajador a la intimidad informática y el respeto de su libertad sindical", en AA.VV.: *Trabajo y libertades públicas*, Madrid (La Ley), 2000, páx. 283. En igual senso, RODRIGUEZ COARASA, C.: "Algunas proyecciones del derecho constitucional a la intimidad en el ámbito laboral", *Datos personales.org. Revista de la Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid*, núm. 6, 2003, páxinas 1 a 13.

102 ACED FERNANDEZ, E.: "La protección de datos personales y videovigilancia", *Datos personales.org. Revista de la Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid*, núm. 5, 2003, páxinas 1 y 2.

103 Entre moitos e por todos, LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, P.: *El derecho a la autodeterminación informativa*, Madrid (Tecnos), 1990, páxs. 107 e ss.; HEREDERO HIGUERAS, M.: *La Ley Orgánica 5/1992, de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal*, Madrid (Tecnos), 1996, páxs. 5 e ss. ou APARICIO SALOM, J.: *Estudio sobre la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter personal*, Pamplona (Aranzadi), 2000, páxinas 67 e ss.

información sobre os seus traballadores<sup>104</sup>, debendo entón resultar de aplicación a lexislación sobre protección de datos persoais no intento por atopar garantías axeitadas<sup>105</sup>.

Particularizando esta perspectiva, cabe dar conta de cómo a inxente amálgama de informacións obtibles a partir dos medios de control tecnolóxicos [tanto as imaxes e sons obtidas a través de videocámaras instaladas na empresa e logo arquivadas ou recollidas nun fondo para o seu posterior exame<sup>106</sup>; como as conversacións telefónicas gravadas; como as informacións relativas á entrada, saída ou actuación interna dentro da empresa -e aínda externa, como se viu- a partir de calquera medio informático de identificación persoal -algo particularmente claro cando se usaron os denominados datos biométricos<sup>107</sup>-; como os correos electrónicos dos traballadores almacenados para o seu posterior control<sup>108</sup>; como, en fin, os datos relativos ó uso do ordenador ou Internet obtidos a través de sistemas de control

104 SIMTIS, S.: "Developments in the protection of workers personal data", *Contitions of Work Digest*, Vol. 10, 1991, páxina 7; NAPIER, B.: "Computeritiation and employment rights", *Industrial Law Journal*, Vol. 21, núm. 1, 1992, páxinas 2 e ss. o BROWN, C. e CAMPBELL, B.A-N.: "The impact of Technological change on work and wages", *Industrial Relations*, Vol. 41, núm. 1, 2002, páxinas 3 e ss.

105 Sobre a intrincada aplicación da normativa de protección de datos ó ámbito laboral, DEL REY GUANTER, S.: "Tratamiento automatizado de datos de carácter personal y contrato de trabajo. Una aproximación a la 'intimidad informática' del trabajador", *RL*, núm. 15, 1995, páxs. 7 e ss.; FERNANDEZ VILLAZON, L.A.: "Tratamiento automatizado de datos personales en los procesos de selección de trabajadores", *RL*, núm. 11, 1994, páxs. 7 e ss.; SAGARDOY DE SIMON, I.: "Datos personales, datos profesionales y su tratamiento automatizado", *RL*, T. I, 1995, páxs. 1.456 e ss.; FERNANDEZ DOMINGUEZ, J.J. y RODRIGUEZ ESCANCIANO, S.: *Utilización y control de datos laborales automatizados*, Madrid (APD), 1997, páxs. 19 e ss.; CARDONA RUBERT, M<sup>a</sup>.B.: *Informática y contrato de trabajo*, Valencia (Tirant lo Blanch), 1999, páxs. 19 e ss.; de la misma autora, "Tratamiento automatizado de datos personales del trabajador", *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, núm. 16, 1994, páxs. 83 e ss. o "Tutela de la intimidad informática en el contrato de trabajo", *RDS*, núm. 6, 1999, páxs. 22 e ss.; DE VICENTE PACHES, F.: "Vulneración del derecho a la libertad sindical por uso indebido de la empresa de datos informáticos relativos a afiliación sindical (Comentario a las STC 11/1998, de 13 de enero)", *AS*, T. V., 1998, páxs. 473 e ss.; GONZALEZ MOLINA, M<sup>a</sup>.D.: "Tratamiento automatizado de datos y derecho de huelga: una aproximación al posible uso de una clave informática en 'clave antisindical' (Comentario a la STC 60/1998, de 16 de marzo)", *DL*, núm. 56, 1998, páxs. 197 e ss.; ORTIZ LALLANA, M<sup>a</sup>.C.: "Vulneración del derecho a la libertad sindical mediante uso desviado de datos informatizados sobre la afiliación del trabajador. Libertad sindical y derecho a la intimidad informática", *AS*, T. V, 1999, páxs. 359 e ss.; MENENDEZ SEBASTIAN, P.: "La lesión de la libertad sindical mediante la utilización de datos informáticos automatizados", *Aranzadi TC*, núm. 14, 1999, páxs. 15 e ss.; MONTOYA MELGAR, A.: "Ficheros de datos automatizados sobre la salud del trabajador y derechos a la intimidad y la libertad informática", en ALONSO OLEA, M. y MONTOYA MELGAR, A.: *Jurisprudencia Constitucional sobre trabajo y Seguridad Social*, T. XVII, Madrid (Civitas), 1999, páxs. 300 e ss.; GARCIA MURCIA, J.: "Derecho a la intimidad y contrato de trabajo: la anotación de bajas médicas (Comentario a la STC 202/1999, de 8 de noviembre)", *Aranzadi TC*, núm. 13, 2000, páxs. 13 e ss.; THIBAUT ARANDA, J.: "La incidencia de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal, en el ámbito de las relaciones laborales", *RL*, núm. 13, 2000, páxs. 33 e ss.; PRADAS MONTILLA, R.: "Empresas y protección de datos de carácter personal", *AL*, núm. 34, 2000, páxs. 69 e ss.; GOÑI SEIN, J.L.: "Vulneración de derechos fundamentales en el trabajo mediante instrumentos informáticos, de comunicación y archivo de datos", *Justicia Laboral*, núm. 17, 2004, páxs. 14 e ss. o, recientemente, TASCÓN LÓPEZ, R.: *El tratamiento por la empresa de los datos personales de los trabajadores*, Pamplona (Thomson-Civitas), 2005, páxinas 14 e ss.

106 MARTINEZ FONS, D.: "El poder de control empresarial ejercido a través de medios audiovisuales en la relación de trabajo (a propósito de las SSTC 98/2000, de 10 de abril, y 186/2000, de 10 de julio)", cit., páxs. 41 e 42; ACED FERNANDEZ, E.: "La protección de datos personales y videovigilancia", cit., páxs. 1 e 2 o LOPEZ PARADA, R.: "Análisis jurisprudencial acerca de la instalación por el empresario de sistemas de videovigilancia en los lugares de trabajo", cit., páxinas 21 e 22.

107 WALKER, J.P.: "Algunos aspectos sobre la utilización de datos biométricos en el sector privado", cit., páxinas 1 a 6.

108 RUANO ALBERTOS, S.: "Facultades de control por medios informáticos", cit., pág. 32 o COLAS NEILA, E.: "Elementos para la construcción de una teoría general sobre el uso y control del correo electrónico corporativo", en AA.VV. (ALARCON CARACUEL, M.R. e ESTEBAN LEGARRETA, R., Coords.): *Nuevas tecnologías de la información y de la comunicación y Derecho del Trabajo*, Albacete (Bomarzo), 2004, páxinas 200 e 201.

instalados en ou cara ó PC do traballador] constitúen “datos persoais” dos traballadores, habida conta o amplo concepto achegado polo art. 3 LOPD, e, en consecuencia, a súa clasificación, arquivo e recollida conforme a “criterios estruturados”<sup>109</sup> constitúen bases de datos das cales a empresa se serve para controlar o traballador -como medio distinto ó propio dispositivo utilizado para obtelos- e, ó tempo, obter constancia documental dos seus posibles incumprimentos para os efectos de poder utilizalo como proba cando fose mester.

En consecuencia, tanto eses primeiros rexistros da actividade laboral do traballador, como calquera tratamento efectuado sobre os arquivos onde se conteñan, han de quedar plenamente sometidos á normativa sobre protección de datos persoais contida na LOPD<sup>110</sup>. Así o recoñeceu algún pronunciamento pioneiro dos Tribunais de instancia, se ben a formulación non está nin moito menos xeneralizada<sup>111</sup>, quizais, entre outras cousas, polo notable descoñecemento dos profesionais do foro á hora de alegalo como posible estratexia defensiva dos seus clientes.

A dúbida estriba entón en dirimir se o traballador así controlado ha de prestar ou non o seu consentimento para facer lícita a recollida dos seus datos. Formulada a cuestión noutros termos, procede elucidar se esa recollida de datos resulta necesaria para o desenvolvemento da relación laboral (e neste caso, e en tanto desenvolvo dunha “relación contractual”, o empresario estaría eximido, de conformidade co art. 6 LOPD, da obriga xeral de obter o consentimento do afectado) ou, pola contra, non o é (resultando en tal caso necesario obter a aquiescencia para lexitimar a recollida e tratamento dos devanditos datos).

Sen dúbida, a facultade de control empresarial, ínsita ó poder de dirección, resulta unha potestade inherente ás facultades empresariais e ninguén podería negar a súa absoluta pertinencia e necesidade no desenvolvemento da relación laboral, co cal, en principio, a solución habería de ser a primeira, quedando o tratamento de datos xustificado pola relación contractual existente entre as partes sen requirir o consentimento do traballador *ex art. 6 LOPD*.

Así o entenden determinados pronunciamentos recentes dos Tribunais de Xustiza, cando, axuízando a lexitimidade daquel xa comentado suposto no cal se estaba a utilizar un sistema de lectura biométrica mediante infravermellos de determinados datos da man dos traballadores para o control horario do persoal considera que “a excepción á regra xeral da esixencia de consentimento resulta de plena aplicación ó caso, dado que a recollida de datos se realiza no seo dunha relación xurídica laboral ou administrativa e ten como finalidade o control do seu cumprimento, posto que a observancia das normas en materia de xornada constitúe elemento imprescindible para o cumprimento do resto das obrigas derivadas da devandita relación”<sup>112</sup>.

109 Este parece ser o criterio decisivo para determinar a aplicación das garantías contidas na LOPD según os máis recentes pronunciamentos xudiciais, SANTO, Cont. -Adm., 12 maio 2004 (RJCA 533).

110 Neste sentido é de destacar cómo a Comisión de Traballo constituída *ad hoc* considerou parcialmente aplicable a Directiva 95/46 ós supostos de monitorización do correo electrónico laboral (Resolución 5401/2001/EN, de 29 maio 2002). RUANO ALBERTOS, S.: “Facultades de control por medios informáticos”, cit., páxina 32. Sobre as imaxes recollidas a través de videovigilancia e posteriormente arquivadas nos bancos da empresa, MARTINEZ FONS, D.: “El poder de control empresarial ejercido a través de medios audiovisuales en la relación de trabajo (a propósito de las SSTC 98/2000, de 10 de abril, y 186/2000, de 10 de julio”, cit., páxinas 41 e 42 ou LOPEZ PARADA, R.: “Análisis jurisprudencial acerca de la instalación por el empresario de sistemas de videovigilancia en los lugares de trabajo”, cit., páxinas 21 e 22.

111 Moi interesante a SJS, núm. 33, Madrid 21 outubro 2002 (Ar. 2993); en igual sentido, pero con máis difusos argumentos, SANTO 24 xaneiro 2003.

112 STSJ, Cont. -Adm., Cantabria, 21 febreiro 2003 (Jur. 122751).

Aceptando a solución concreta que se acaba de expoñer, non obstante, resulta preciso valorar tamén, como índice xurídico a ter presente, cómo, dende o mesmo criterio de proporcionalidade tan do gusto do Tribunal Constitucional á hora de valorar posibles intromisións nos dereitos fundamentais, as facultades de dirección e control non abranguen calquera tipo de inxerencia empresarial na posición subxectiva do traballador e, en consecuencia, seguramente un sistema de control exhaustivo, indiscriminado e tendente á totalidade de actuacións do traballador, sen existir ademais unha sospeita acerca dalgunha irregularidade contractual ou algunha outra xustificación, non poidan cualificarse como imprescindibles para o recto desenvolvemento da relación laboral e, en consecuencia, unha actividade de recollida de datos do traballador de tales características requirise o consentimento para poder proceder lícitamente ó arquivo de datos inherente.

En todo caso, procede recordar cómo “o outro polo sobre o que se asinta o dereito de [autodeterminación informativa] protexería o dereito dos traballadores a ser informados de que precisamente por medio de ficheiros de datos a empresa vai poder verificar o cumprimento das súas obrigas laborais... Así o establece de forma rotunda o art. 5.4. LOPD para cando os datos de carácter persoal non sexan solicitados do interesado, tal como nestes casos acontece..., debendo o afectado [neste caso, o traballador así controlado] ser informado de forma expresa, precisa e inequívoca polo responsable do ficheiro ou o seu representante, dentro dos tres meses seguintes ó momento do rexistro -prazo que se antolla demasiado longo para o ámbito laboral<sup>113</sup>, manifestación evidente dos moitos problemas provocados pola falta dunha regulación especificamente laboral desta cuestión<sup>114</sup>- dos datos da procedencia dos datos, así como da existencia dun ficheiro ou tratamento, da finalidade da recollida destes, dos destinatarios da información, da posibilidade de exercitar os dereitos de acceso, rectificación, cancelación e oposición e da identidade e dirección do responsable do tratamento... [Cando así non actúe,] procede chegar á conclusión de que a empresa acernou o dereito fundamental de autodeterminación informativa contemplado no art. 18.4 CE, dende o momento en que non o informou nos termos previstos na LOPD da existencia dunha base de datos controlando, con grande amplitude, o acceso a páxinas web de Internet [ler, xeneralizando a premisa, calquera extremo da relación laboral de cantos se deu noval], nin das consecuencias que en materia disciplinaria poderían derivarse de tal medida”<sup>115</sup>.

113 CARDONA RUBERT, M<sup>a</sup>.B.: *Informática y contrato de trabajo*, cit., páxinas 125 e ss.

114 SIMTIS, S.: “Reconsidering the premises of Labour Law: prolegomena to an EU regulation on the protection of employees’ persoal data”, *European Law Journal*, Vol. 5, núm. 1, 1999, páxinas 45 e ss. Na doutrina española, entre moitos, DEL REY GUANTER, S.: “Tratamiento automatizado de datos de carácter personal y contrato de trabajo. Una aproximación a la ‘intimidad informática’ del trabajador”, cit., páx. 8; CARDONA RUBERT, M<sup>a</sup>.B.: *Informática y contrato de trabajo*, cit., páx. 19; THIBAUT ARANDA, J.: “La incidencia de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal, en el ámbito de las relaciones laborales”, cit., páx. 47; ROMERO DE BUSTILLO, S.: “Intimidad e informática en el ámbito de las relaciones laborales”, en AA.VV.: *Trabajo y libertades públicas*, Madrid (La Ley), 2000, páx. 298 ou GARCIA MURCIA, J.: “Derecho a la intimidad y contrato de trabajo: la anotación de bajas médicas (Comentario a la STC 202/1999, de 8 de noviembre)”, cit., páxinas 15 e ss.

115 SJS, núm. 33, Madrid 21 outubro 2002 (Ar. 2993). En parecido sentido, STSJ, Cont. -Adm., Cantabria 16 maio 2003 (Jur. 125100).

*Item* máis, de conformidade coas normas e principios que rexen a protección de datos, só se xustifica o seu almacenamento cando conorra unha finalidade lícita e, polo tanto, “Unicamente poderán conservarse aqueles extremos que resulten imprescindibles e polo tempo necesario para cumprir con tal finalidade perseguida coa adopción dos devanditos instrumentos”<sup>116</sup>.

### III. A UTILIZACIÓN DESVIADA DOS MEDIOS TECNOLÓXICOS DE INFORMACIÓN E COMUNICACIÓN POLOS TRABALLADORES. IMPLICACIÓNS DISCIPLINARIAS DO USO ABUSIVO DOS MEDIOS TECNOLÓXICOS

Como segundo grande problema derivado da incorporación das novas tecnoloxías á dinámica da relación laboral, procede constatar cómo as devanditas ferramentas tecnolóxicas cambiaron de xeito drástico o seu desenvolvemento<sup>117</sup>, provocando non só os xa analizados problemas de control empresarial, senón tamén os derivados da posibilidade de utilización desviada polos traballadores. As novas tecnoloxías da información “viñeron para quedar”<sup>118</sup> e representan un factor insubstituíble no actual marco competitivo da denominada sociedade postindustrial<sup>119</sup>. Agora ben, como toda invención de discorrer humano, presentan “cargas ambivalentes”<sup>120</sup>, en tanto en canto, ademais dun uso lexítimo e utilísimo, a través seu poden darse -e, de feito danse- as máis viles e deplorables accións<sup>121</sup>.

Dun lado, o traballador chamado a utilizalos como ferramenta para proceder ó desempeño da súa prestación de servizos pode ademais usalos -en tempo e lugar de traballo- para fins particulares capaces de distraelos das súas obrigas laborais<sup>122</sup>, o cal, ademais de supoñer un innegable prexuízo económico para a empresa en forma de tempo de traballo perdido -e en consumo telefónico, aínda cando tal problema perdera entidade unha vez xeneralizadas as denominadas “tarifas planas” -, pode supoñer outro aínda maior en forma de destrución de información e programas a través dos posibles virus adquiridos pola negligencia ou temeridade de quen así actuara<sup>123</sup>.

116 MARTINEZ FONS, D.: “El poder de control empresarial ejercido a través de medios audiovisuales en la relación de trabajo (a propósito de las SSTC 98/2000, de 10 de abril, y 186/2000, de 10 de julio”, cit., páx. 42 ou TASCÓN LÓPEZ, R: *El tratamiento por la empresa de los datos personales de los trabajadores*, cit., páxina 115 e ss.

117 FULLER, S.; HARTMAN, A. e RAMAN, S.: “Bell meets Taylor: desmythifying Knowledge work”, en ORLIKOWSKI, W.J., *et alii*: *Information technology and changes in organizational work*, cit., páxina 18; ADDISON, J.T. e TEIXEIRA, P.: “Technology, employment and wages”, cit., páxinas 191 e ss. ou BROWN, C. e CAMPBELL, B.A.-N.: “The impact of Technological change on work and wages”, cit., páxinas 1 a 33.

118 CAPRON, H.O. e JOHNSON, J.A.-N.: *Computers: tools for an information age*, Upper Sadle River (Prentice Hall), 2004, páxina 223.

119 LLOYD, I.J.: *Legal aspects of the information society*, cit., páxina 84.

120 MARTINEZ LOPEZ, F.J.; LUNA HUERTAS, P.; INFANTE MORO, A. y MARTINEZ LOPEZ, L.: “Los sistemas de control de la actividad laboral mediante las nuevas tecnologías de la información y las comunicaciones”, cit., páxina 98.

121 LLOYD, I.J.: *Information technology law*, cit., páxina 37.

122 Un 60% dos que dispoñen de Internet no seu lugar de traballo recoñecen usalo para fins persoais durante o horario de traballo, principalmente para o intercambio de e-mail particulares, buscas en páxinas de contido sexual e acceso a programas de intercambio de temas musicais. *UCLA Internet Report*, 2001.

123 CARDONA RUBERT, M<sup>a</sup>.B.: “Relaciones laborales y tecnologías de la información y de la comunicación”, *Revista de la Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid*, núm. 9, 2004, páxina 3.

Doutro, e nos supostos máis graves, servirse deles para cometer os máis flagrantes quebrantos da boa fe contractual, baixo as formas de competencia desleal e/ou espionaxe industrial, a comisión da cal pode quedar facilitada de forma decisiva por uns medios capaces de transvasar, de forma tan rápida como silenciosa, inxentes cantidades de información dende o interior da empresa a calquera lugar do mundo de forma instantánea<sup>124</sup>. Deste xeito, o corpo de traballadores atopa a un tempo sometido ó uso da ferramenta informatizada e seducido polas súas potencialidades, a partir das cales lles será certamente difícil renunciar á posibilidade -lícita ou non, segundo diversos factores- de utilizala adaptándoa ós seus fins particulares<sup>125</sup>.

Por este motivo, non son poucas as voces alzadas en demanda dun sistema flexible, chamado a cohonestar os intereses de traballador e empresario. A súa proposta pasaría por superar unha formulación tan estrita do problema como aquela conforme á cal sería lícito o uso laboral das ferramentas informáticas e ilícito calquera outro. Máis ben, razóns de equidade levan a considerar cómo parece razoable permitir ó operario realizar un “uso social” dos medios da empresa (máxime cando as xornadas laborais poden ser moi longas e estes medios informáticos unha canle idónea para harmonizar a vida persoal e a laboral), considerando reprochable, tan só, aquel uso desproporcionado ou desleal, na concreción da cal resultan de todo punto convenientes as instrucións ou protocolos de empresa nos cales fixar a extensión e condicións baixo os cales o traballador poida desenvolver tales usos<sup>126</sup>.

Neste sentido é mester considerar cómo, cando a empresa establece unha política adecuada -mediante o establecemento de códigos de conduta<sup>127</sup>- que permite ó traballador un “uso social” do seu correo, o traballador adoita responder positivamente suxeitándose a eses límites<sup>128</sup>.

124 THORP, J.: *The information paradox: realizing the business benefits of the information technology*, Toronto (McGraw-Hill Ryerson), 2003, páxinas 32 e ss.; CANTWELL, J. e NARULA, R.: *International business and the eclectic paradigm*, Londres/Nova York, 2003, páxinas 21 e ss. ou ZEKOS, G.: “Cyberspace and globalization”, *Law, Social Justice and Global Development Journal*, núm. 1, 2002, páxina 4.

125 O'BRIEN, C.N.: “The impact of employer e-mail policies on employee rights to engage in concerted activities protected by the National Labor Relations Act”, *Labor Law Journal*, Vol. 53, núm. 2, 2002, páxinas 69 e ss.

126 CARDENAL CARRO, M.: “Desdramatizando el uso de Internet en el trabajo”, *AS*, núm. 15, 2001, páx. 36; RUANO ALBERTOS, S.: “Facultades de control por medios informáticos”, *TS*, núm. 162, 2004, páx. 26; GARCIA NINET, J.I.: “Sobre el uso y abuso del teléfono, del fax, del ordenador y del correo electrónico de la empresa para fines particulares en lugar y tiempo de trabajo. Datos para una reflexión en torno a las nuevas tecnologías”, *TS*, núm. 127, 2001, páxs. 19 e ss. o FERNANDEZ VILLAZON, L.A.: “A vueltas con el control empresarial sobre la actividad laboral: test de honestidad, telemarketing, registro de terminales y uso -o abuso- de Internet”, *TS*, núm. 168, 2004, páxinas 35 e ss.

127 COLAS NEILA, E.: “Elementos para la construcción de una teoría general sobre el uso y control del correo electrónico corporativo”, cit., páxinas 194 e ss.

128 O'BRIEN, C.N.: “The impact of employer e-mail policies on employee rights to engage in concerted activities protected by the National Labor Relations Act”, cit., páxinas 69 e ss. ou CAMAS RODA, F.: “La intimidad y la vida privada del trabajador ante las nuevas modalidades de control y vigilancia de la actividad laboral”, en AA.VV. (ALARCON CARACUEL, M.R. y ESTEBAN LEGARRETA, R., Coords.): *Nuevas tecnologías de la información y de la comunicación y Derecho del Trabajo*, cit., páxinas 172 y 173.



Non é ocioso tampouco recordar, sequera como apuntamento tanxencial, cómo, dende o punto de vista colectivo, discutiuse se, aplicando analoxicamente os arts. 81 ET e 8.1.b) LOLS -a teor dos cales a actividade sindical comprende a de difundir información sindical, fóra das horas de traballo e sen perturbar a actividade normal da empresa-, cabe apreciar a existencia dun dereito das organizacións sindicais a utilizar o correo electrónico asignado ós traballadores pola organización produtiva para transmitir información referente ós seus fins propios, permitindo así ás organizacións sindicais participar da utilización duns recursos tan beneficiosos<sup>129</sup>.

Así pareceu entendela a Audiencia Nacional cando, nun pronunciamento pioneiro, declaraba o dereito dos sindicatos a utilizar o servidor interno da empresa sempre e cando se axustase a “canons de normalidade”<sup>130</sup>, para non saturar -como acontecera nos feitos que deron orixe á demanda- a propia operatividade do sistema<sup>131</sup>. Sen embargo, tal decisión foi casada polo Tribunal Supremo, para quen, ó non existir unha norma baixo a cal xustificar o dereito do sindicato ó uso do correo electrónico da empresa para comunicarse cos seus afiliados e seccións sindicais, a utilización deberá ser expresamente consentida por titular da organización produtiva -o cal moi ben puidese desenvolverse a través de negociación colectiva<sup>132</sup>- pero, máis alá das previsións legais, nada obriga o empresario a facilitar os medios materiais para desenvolver as tarefas de información e comunicación previstas na norma laboral<sup>133</sup>.

Sexa como for, baixo as premisas apuntadas, procede entrar a debullar en profundidade os posibles ilícitos contractuais en que o traballador pode incorrer neste punto. Varios son os ilícitos laborais baixo os cales subsumir posibles condutas desviadas ou abusivas do traballador, as cales poden chegar a merecer, mesmo, o despedimento disciplinario ó encaixar en ata tres comportamentos diferentes merecedoras, se concorren as notas de gravidade e culpabilidade demandadas polo art. 54 ET, da máxima sanción laboral<sup>134</sup>. Á marxe quedarían outras posibles sancións distintas e menores previstas polo convenio colectivo aplicable<sup>135</sup>, se ben, e segundo reconece algún pronunciamento dos Tribunais laborais, cando unha concreta conduta estea tipificada na norma paccionada aparellándoa unha sanción inferior ó despedimento, o empresario non poderá proceder á extinción disciplinaria; antes ó contrario deberá impoñer a sanción menor prevista no convenio de aplicación<sup>136</sup>.

129 GREENE, A.M.; HOGAN, J. e GRIECO, M.: “Commentary e-collectivism and distributed discourse: new opportunities for trade union democracy”, *Industrial Relations Journal*, Vol. 34, núm. 4, 2003, páxinas 382 e ss. ou FIORITO, J. e BASS, W.: “The use of information technology by national unions: an exploratory analysis”, *Industrial Relations*, Vol. 41, núm. 1, 2002, páxinas 34 e ss.

130 LUJAN ALCARAZ, J.: “Uso y control en la empresa de los medios de información”, *ÁS*, núm. 3, 2001, páxina 19.

131 SANTO 6 febreiro 2001 (Ar. 84).

132 Como xa se fixo nalgún caso, por exemplo o suposto da STSJ Cataluña 29 decembro 2003 (Ar. 3865).

133 STS 26 novembro 2001 (Ar. 84).

134 Seguindo a magnífica exposición de ROQUETA BUJ, R.: “El despido por utilización personal de los medios tecnológicos de información y comunicación en la empresa”, cit., páxinas 3 e ss.

135 RUBIO DE MEDINA, M<sup>a</sup>.D.: *El despido por utilización personal del correo electrónico*, cit., páxina 25.

136 STSJ Madrid 18 xuño 2003 (ÁS 3625).

En primeiro lugar, e se ben non é a causa máis frecuentemente alegada polo empresario para proceder a xustificar o despedimento, cando o traballador emprega para fins distintos ós laborais os recursos informáticos da empresa pode estar a levar a cabo unha evidente “diminución continuada e voluntaria do rendemento de traballo normal ou pactado” [art. 54.2.e-v) ET]<sup>137</sup>.

En segundo termo, pode incurrir en “indisciplina ou desobediencia no traballo” [art. 54.2.a-n) ET] cando o empresario expresamente prohibise o uso dos recursos da empresa para fins particulares ou suxeitáseos a determinadas condicións (por exemplo, que se efectuasen de forma moderada ou fóra do horario de traballo), as cales fosen incumpridas no caso concreto polo traballador<sup>138</sup>.

En terceiro e último lugar, con maior frecuencia o empregador aduce para xustificar a extinción contractual a “transgresión da boa fe contractual” [art. 54.2.d) ET]. Agora ben, aínda cando non falten pronunciamentos xudiciais, certamente excepcionais e demasiado estritos, para os cales non existen graos dentro desta infracción<sup>139</sup>, a maior parte das veces, os tribunais de xustiza adoitan aplicar a coñecida como tese gradualista, conforme á cal resulta necesario, para apreciar xusta causa de despedimento, a presenza dunha utilización desviada dos recursos informáticos da empresa especialmente grave ou notoriamente abusiva<sup>140</sup>.

Neste sentido, a xustiza material esixe partir dunha análise individualizada das circunstancias para determinar se existe proporcionalidade entre a conduta desenvolvida, a persoa quen a cometeu e a procedencia da (máxima) sanción imposta. Entre os criterios utilizados polos Tribunais para efectuar tal xuízo de valor cabería destacar os seguintes:

1.- A frecuencia e duración da utilización para fins particulares dos medios da empresa. Dende este punto de vista, conexións illadas ou esporádicas e de curta duración non darían cobertura ó despedimento<sup>141</sup>, mentres si o farían usos manifestamente

137 Suposto de feito das SSTSJ Castela e León 29 xaneiro 2001 (Jur. 122571) e Cataluña 4 maio 2005 (AS 1872). En calquera caso, os Tribunais laborais son bastante remisos a entender que a mingua de rendemento implícita na perda de tempo derivada do uso para distraccións persoais dos medios informáticos poida ser realmente tan grave como para xustificar un despedimento. Así o entende, Así enténdeo a SJS Vigo 29 abril 2001 (Ar. 3653), para a cal “esquecendo que se trata de realidade virtual e pensando na propia realidade taxible, un traballador podería dar explicacións de por qué ó chegar ó traballo leu os titulares da prensa, de por qué cando ía realizar unhas xestións entrou nun determinado comercio, oficina ou biblioteca e a súa conexión ou non co traballo [pero só cando coñeza exactamente a conduta que se lle está a imputar], merecendo a consideración de indempnes para a boa fe contractual, por exemplo, pararse a mirar unha carteleira de cinema, saudar un coñecido ou tomar un café se iso non tivo unha negativa repercusión no seu rendemento”. De igual modo, “non é sancionable a mera conduta do traballador de conectarse a unha dirección de Internet, allea ás súas funcións, do mesmo xeito que non o sería ter enriba da súa mesa unha revista que non gardase relación co seu posto de traballo, por canto iso non implica un apartamento da súa atención ás tarefas propias do seu posto de traballo”, STSJ Madrid 23 xullo 2003 (Jur. 260414).

138 SSTSJ Cataluña 5 xullo 2000 (AS 3452) e 11 marzo 2004 (AS 1231).

139 Para os cales calquera abuso de confianza neste campo supón unha ruptura da lealdade e confianza necesarias para o desenvolvemento do contrato de traballo, SSTSJ Murcia 15 xuño 1999 (AS 2504), Castela e León/Valladolid 3 setembro 2001 (Jur. 322228), País Vasco 23 abril 2002 (Jur. 221662) ou Andalucía/Granada 22 abril 2003 (Jur. 159912). Crítico con esta liña dura de pronunciamentos, CARDENAL CARRO, M.: “El abuso de Internet en el trabajo ¿vamos bien?”, AS, núm. 12, 2004, páxinas 32 e ss.

140 Exemplos paradigmáticos, SSTSJ Madrid 25 abril 2002 (Jur. 167.962), Madrid 9 decembro 2004 (AS 3.577), País Vasco 21 decembro 2004 (AS 3.242) ou Navarra 21 xuño 2005 (AS 1.981).

141 Por exemplo, o visionado de vídeos de dez segundos de duración [STSJ Cantabria 1 marzo 2004 (Jur. 84164)]; conexións a Internet de dezoito minutos diarios de media durante o período controlado [STSJ Madrid 11 febreiro 2003 (Jur. 2004/135935)]; conexións illadas e puntuais [STSJ Madrid 9 decembro 2004 (AS 3577)]; emisión de tres correos electrónicos nun período de oito meses [STSJ 4 decembro 2001 (AS 2002/789)].

abusivos atendendo á súa natureza, número ou duración<sup>142</sup>. De igual modo, non merece o mesmo reproche recibir correos electrónicos (circunstancia esta inevitable para o traballador, aínda cando resulte agravada polo feito de inscribirse en listas e chats ou abrilos de modo imprudente, podendo provocar prexuízos no sistema<sup>143</sup>), que envialos, o cal supón un acto da vontade intrinsecamente de maior culpabilidade (aínda cando haxa determinadas circunstancias capaces de xustificar, dende criterios razoables, a súa utilización para fins non laborais como a organización dunha despedida pola marcha da empresa de dous compañeiros)<sup>144</sup>.

2.- A previa actitude empresarial cara á utilización dos medios tecnolóxicos polos traballadores. Dende este punto de vista é mester diferenciar varias posibilidades: dun lado, se o empresario ditou instrucións portadoras da prohibición expresa de utilizar os medios informáticos da empresa para fins particulares, aínda cando probablemente non sexa nin o máis xusto nin o máis eficiente, o traballador haberá de estar e pasar por ela, so pena de incorrer en indisciplina<sup>145</sup>. Se, pola contra, a empresa permitiu expresamente ós traballadores, mediante protocolo ou acordo de empresa ou por convenio, unha utilización dos seus recursos informáticos, queda clara a licitude da conduta do traballador, se ben haberá de suxeitarse ás eventuais condicións impostas pola empresa, como por exemplo, desenvolver unha utilización moderada ou fóra do horario de traballo, ou evitando determinados contidos ou circunscribíndoa a determinadas actividades.

Por último, cando a empresa gardou silencio ó respecto da posible utilización polos traballadores dos seus recursos informáticos, é mester valorar a “tolerancia” que, de feito, mostrou cara a tales comportamentos. Cando a empresa consentiu durante certo tempo e de modo xeneralizado un uso non estritamente profesional dos devanditos instrumentos tecnolóxicos (quizais en espera de certa acumulación de faltas para xustificar a gravidade dun despedimento) está a actuar en contra do deber de desenvolvemento do contrato de traballo conforme ás esixencias da boa fe e transgredindo aquel principio xeral do Dereito que prohibe *venire contra factum proprium*. Por tal motivo, non é posible pasar da permisividade á máxima sanción sen, previamente, advertir do cambio de tendencia na actuación empresarial<sup>146</sup>.

3.- As circunstancias persoais de quen utilizou os medios da empresa para fins persoais, resultando unha circunstancia capaz de agravar a conduta o feito de desempeñar un posto directivo ou de responsabilidade no seo da organización produtiva<sup>147</sup> ou

142 Por exemplo, envío de 284 correos electrónicos [STSJ Comunidade Valenciana 15 maio 2003 (Jur. 2004/117407)], unha conexión a Internet de 50 horas nun período de 29 días [STSJ Castela e León/Valladolid 8 novembro 2004 (AS 3073)] ou manter aberta unha páxina de chat durante a xornada de traballo durante varios días consecutivos [STSJ Cataluña 6 maio 2005 (ÁS 1886)].

143 STSJ País Vasco 1 xullo 2002 (Ar. 2852).

144 Pois se trata dunha actividade moi habitual en España que, ineludiblemente, sempre haberá de ser organizada por alguén e, aínda cando en tempos anteriores os convites se puidesen transmitir persoalmente, agora o envío a todos os membros do equipo a través dun e-mail pode resultar unha canle apropiada, STSJ Madrid 20 decembro 2002 (Jur. 2003/124948).

145 Valorando esta circunstancia SSTSJ Madrid 18 xuño 2003 (ÁS 3625), Cataluña 22 xullo 2004 (ÁS 2696) ou Cantabria 26 agosto 2004 (ÁS 2513).

146 SSTSJ País Vasco 4 xuño 2002 (ÁS 1543), Madrid 16 xullo 2002 (ÁS 3036), Galicia 16 xullo 2003 (Jur. 2004/178294), Cantabria 1 marzo 2004 (Jur. 84164) ou País Vasco 21 decembro 2004 (ÁS 3242).

147 STSJ Comunidade Valenciana 26 xuño 2003 (ÁS 1111).

actuar con abuso de confianza<sup>148</sup>, mentres que diminúe a gravidade o feito de prestar sen tacha un longo período de servizos para a empresa<sup>149</sup> ou utilizar o ordenador que tiña asignado en exclusiva pola empresa<sup>150</sup>.

4.- A especial natureza da conduta desenvolvida, aínda cando non fose reiterada, pero si constitutiva de especial gravidade en atención ás circunstancias, e, en consecuencia, abondase por si soa para dar xustificación a un despedimento disciplinario<sup>151</sup>.

5.- A importancia do prexuízo causado á empresa, en forma, por exemplo, de virus informáticos (capaces provocar avarías no servidor de custosa reparación)<sup>152</sup>, ou de facturas das chamadas ou conexións efectuadas (aínda cando este poida ser un problema menor ante a xeneralización das denominadas tarifas planas<sup>153</sup>) ou, en fin, tempo de traballo perdido polo empregado<sup>154</sup> ou polos seus compañeiros cando, a consecuencia dunha saturación da rede provocada polo traballador, o sistema interno da empresa quedou bloqueado<sup>155</sup>.

6.- Moito máis sinxelo é determinar o máximo reproche merecido polo traballador cando a tarefa realizada a través dos medios informáticos da empresa é constitutiva, por si soa (e aínda cando non se estivese a levar a cabo con uso desviado de recursos empresariais) do despedimento disciplinario; por exemplo cando o traballador está a realizar concorrencia desleal coa súa empresa e utiliza os propios recursos por esta postos á súa disposición para realizar e enviar traballos por conta dun terceiro<sup>156</sup>.

148 Por exemplo, por tratarse dun familiar dun dos propietarios da organización produtiva [Comunidade Valenciana 26 xuño 2003 (ÁS 1111)] ou por desempeñar os postos propios de técnico informático, utilizando os recursos da empresa no seu propio proveito [SSTSJ Navarra 4 decembro 2000 (Jur. 2001/64519) ou Madrid 17 xullo 2001 (Jur. 281968)].

149 Por exemplo, despois de vinteseis anos de servizo sen reproche ningún non é causa bastante de despedimento enviar ocasionalmente un correo electrónico particular, STSJ Madrid 11 febreiro 2003 (Jur. 135935).

150 SSTSJ Madrid 22 novembro 2002 (ÁS 1207) e Cataluña 6 xuño 2003 (ÁS 2272).

151 Reúnen esta especial gravidade condutas tales como instalar un contrasinal individual de acceso individual capaz de impedir o acceso a calquera outra persoa en contra da expresa prohibición da empresa [STSJ Cataluña 22 xullo 2004 (AS 2.696)]; utilizar o correo electrónico dun compañeiro e suplantar a súa sinatura electrónica sen o seu consentimento [STSJ Navarra 21 xuño 2005 (AS 1981)]; enviar un correo electrónico no que se amoestaba un compañeiro suplantando a personalidade do Director de Recursos Humanos [STSJ Cantabria 26 agosto 2004 (AS 2.513)]; constituír dende o ordenador da empresa un foro en Internet [STSJ País Vasco 1 xullo 2002 (Ar. 2.852)]; ou acceder ó correo do Director xeral clasificado como confidencial [STSJ Castela e León/Valladolid 11 xullo 2002 (Ar. 2213)]. É curioso comprobar cómo, para algún pronunciamento, resulta especialmente grave que o contido das páxinas web consultadas fose pornográfico [STSJ Murcia 15 xuño 1999 (Ar. 2.504), Galicia 30 maio 2003 (Ar. 3.128) ou Andalucía/Granada 22 abril 2003 (Jur. 159.912)], mentres para outros "resulta absolutamente intranscendente o contido dos ficheiros descargados e visualizados, o único realmente importante é que o traballador se dedicase en plena xornada laboral, utilizando os medios que lle asignara o empresario, obrigándoo con iso a un inxustificable gasto telefónico, a fins estritamente persoais" [SSTSJ Madrid 13 novembro 2002 (Ar. 471), Cantabria 13 novembro 2003 (Ar. 850) ou Cantabria 1 marzo 2004 (Jur. 84.164)].

152 SSTSJ Baleares 20 febreiro 2001 (AS 1207), País Vasco 23 abril 2002 (Jur. 221.662).

153 Pero se a empresa non ten tarifa plana, este pode ser un criterio a utilizar, como fan, por exemplo, as SSTSJ País Vasco 23 abril 2003 (Jur. 221.662).

154 STSJ Cantabria 13 novembro 2002 (ÁS 2003/850). Por tal motivo merecen menor reproche conexións secundarias a Internet mentres a conexión principal está a realizar unha busca [STSJ Madrid 23 xullo 2003 (AS 260.414)] ou aquelas outras realizadas durante os tempos de descanso do traballador [STSJ País Vasco 14 setembro 2004 (AS 3.984)].

155 Como por exemplo, aquel suposto no cal un traballador deixa descargando arquivos de películas e cancións durante o tempo que non está nas instalacións da empresa (mesmo durante toda a fin de semana), algo que provocaba a saturación da liña ADSL da empresa e a imposibilidade do seu uso por outros traballadores [STSJ Cataluña 22 xullo 2004 (AS 2.696)].

156 STSJ 21 setembro 2004 (AS 2.880).

#### IV. ASPECTOS PROCESAIS; A LICITUDE DA PROBA OBTIDA A TRAVÉS DOS MEDIOS TECNOLÓXICOS DE CONTROL E/OU DIRIXIDA A ACREDITAR OS INCUMPRIMENTOS LABORAIS DO TRABALLADOR NO USO DAS FERRAMENTAS INFORMÁTICAS

Resta aludir, para rematar o presente discurso, á cuestión relativa ós aspectos procesuais e, moi en particular, ós probatorios. Neste punto converxen de xeito significativo os dous grandes problemas ata agora tratados. En efecto, por hipótese, o empresario usará medios de control tecnolóxicos para descubrir os posibles incumprimentos laborais dos seus traballadores (significativamente, os labores a través desas mesmas ferramentas informáticas) e, no seu caso, sancionalos, de forma habitual (e moitas veces desproporcionada) co despedimento disciplinario; posteriormente, é posible (mesmo frecuente) a reclamación do traballador fronte á devandita sanción e, entón, o empresario tratará de levar ó proceso social as evidencias obtidas a través daqueles medios de control (de extraordinaria precisión) para acreditar os incumprimentos laborais constitutivos da base fáctica da sanción imposta<sup>157</sup>.

Ante semellante perspectiva, parece oportuno analizar as condicións de licitude esixibles para poder considerar a devandita proba como válida. Neste sentido, é mester precisar cómo, tras unha longa etapa de indefinición legal (na cal só o esforzo doutrinal e xurisprudencial fixo posible reconducir a súa validez cara á proba documental), as normas riturias viñeron a aceptar de forma expresa a súa inclusión dentro dos medios de proba.

Así o fixeron, en primeiro lugar o art. 90.1 da LPL, e, máis tarde e quizais con maior amplitude, os arts. 299 e 382 e ss. LEC 2000, de aplicación supletoria en todo o non expresamente previsto pola norma social. Agora ben, procede destacar o receo mostrado por ámbalas dúas regulacións cara ós devanditos medios probatorios, pois, reiterando de forma innecesaria o mandato xeral contido no art. 11 LOPJ, esfórzanse en deixar clara a inadmisión de tales medios cando se obteñan “directa ou indirectamente, mediante procedementos que supoñan violación de dereitos fundamentais ou liberdades públicas”.

Como puxo de manifesto a mellor doutrina, en tanto a súa formulación como proba vaise presentar asociada a unha logo da utilización daqueles instrumentos tecnolóxicos como formas de vixilancia e control da prestación de traballo, “a resposta á cuestión substantiva (xa esbozada páxinas atrás) de se semellante utilización entrañou un exercicio do correspondente poder empresarial respectuoso dos dereitos fundamentais condiciona directamente a que deba darse, no plano procesual, a se o que se pretende reproducir é admisible e eficaz como proba”<sup>158</sup>.

Dito doutro modo, cando, presentada unha proba desta natureza polo empresario, o traballador alegue unha vulneración dos seus dereitos fundamentais, o órgano xudicial deberá acudir ó consabido principio de proporcionalidade, desenvolvendo un xuízo casuístico a partir do cal determinar se a medida de control era necesaria, axeitada

157 Seguindo o lúcido discurso de GÁRATE CASTRO, J.: “Proceso laboral y reproducción, como medio de prueba, de imágenes, sonido, palabras y, en general, datos obtenidos a través del recurso a aparatos proporcionados por las nuevas tecnologías”, en AA.VV.: *Problemas críticos del proceso laboral. Estudios de Derecho Judicial*, cit., páxinas 460 y 461.

158 GÁRATE CASTRO, J.: “Proceso laboral y reproducción, como medio de prueba, de imágenes, sonido, palabras y, en general, datos obtenidos a través del recurso a aparatos proporcionados por las nuevas tecnologías”, en AA.VV.: *Problemas críticos del proceso laboral. Estudios de Derecho Judicial*, cit., páxina 465.

e proporcionada, conforme ás pautas e criterios no seu momento apuntado ós cales procede remitir agora en bloque, dando entón validez á proba.

Noutro caso, cando aprecie menoscabo efectivo nalgún dereito fundamental do traballador, haberá de determinar a nulidade e ineficacia da devandita proba, o cal significa que, por moita evidencia da certeza duns feitos, non poderá ser admitida como proba nin ser tida en conta ó tempo de ditar sentenza [pois o contrario suporía unha nova lesión, neste caso do dereito a un proceso con tódalas garantías ínsito á tutela xudicial efectiva consagrada polo art. 24.1 CE<sup>159</sup>], polo cal resulta entón máis que probable a imposibilidade do empresario de acreditar os feitos imputados ó traballador como base da sanción imposta (e impugnada), coa conseguinte declaración da súa improcedencia (nunca nulidade) en vía xudicial<sup>160</sup>.

Respecto ó valor deste tipo de proba tecnolóxica, resulta curioso comprobar cómo, aínda cando o tratamento dispensado pola Lei en case todos os seus extremos a equipara a unha proba documental [e, mesmo, con este cariz é admitida para os efectos de recurso de suplicación por revisión “dos feitos declarados probados en virtude da probas... documentais practicadas” (art. 191.b LPL)<sup>161</sup>], a regulación contida na norma de ritos civil non lle asigna a mesma forza que ós documentos (proba plena salvo impugnación pola parte a quen prexudiquen), senón dispón expresamente a valoración “conforme ás regras da sa crítica” por parte do órgano xudicial (arte. 382.3 e 384.3 LEC ‘2000), o cal non casa moi ben coa súa potencial acreditación de feitos e, mesmo, coas garantías cada vez maiores para coñecer a autenticidade dos devanditos mecanismos<sup>162</sup>.

En calquera caso, a marxe de manobra asignada ó xulgador na valoración da proba lle permitirá facer fronte a un notable problema existente na práctica, non tanto con relación ás imaxes captadas por cámaras de vídeo pero si respecto a outras formas de control cuxo modus operandi pasa por deixar un rastro, en forma de datos, respecto a cándo ou cómo se usou unha determinada ferramenta informática.

Se se aceptase de forma automática o valor pleno desa proba poderíase causar unha notable indefensión ó traballador, pois, dun lado, non se ten conciencia certa de quen foi a persoa que utilizou o ordenador para realizar a conexión -a non ser que fosen utilizadas claves persoais de acceso, e aínda así sempre poderían as mesmas se alterar ou falseado-; doutro, o acceso a páxinas web de contido extralaboral pódese producir automaticamente -circunstancia frecuente nas navegacións por Internet- dende outra utilizada con fins estritamente profesionais<sup>163</sup>. Extremos como estes haberán de ser tidos en conta

159 STCo 114/1984, do 15 de maio.

160 A maior parte dos pronunciamentos xudiciais, con bo criterio, non consideran que a nulidade da proba transmita os seus efectos á medida disciplinaria, a cal tan só merece o reproche de improcedencia por ser inxustificada [SSTSJ Cataluña 5 setembro 2000 (AS 4.574) ou Cantabria 20 e 23 febreiro 2004 (AS 433 e 444)]; sen embargo, algún pronunciamento illado e desproporcionado considerou a vulneración de dereitos fundamentais presente na obtención da proba como causa bastante para determinar a nulidade do despedimento [STSJ Galicia 30 novembro 2001 (AS 390)].

161 SSTSJ País Vasco 14 marzo 2000 (ÁS 785) ou Galicia 4 xuño 2001 (ÁS 1783).

162 GÁRATE CASTRO, J.: “Proceso laboral y reproducción, como medio de prueba, de imágenes, sonido, palabras y, en general, datos obtenidos a través del recurso a aparatos proporcionados por las nuevas tecnologías”, en AA.VV.: *Problemas críticos del proceso laboral. Estudios de Derecho Judicial*, cit., páxinas 460 y 478.

163 Circunstancias postas de manifesto nas SSTSJ Madrid 17 outubro 2001 (Jur. 24276) ou Cataluña 11 xuño 2003 (Ar. 2516).

polo xuíz social á hora de conformar o seu criterio acerca da realidade duns determinados incumprimentos.

En fin, para concluír abonde afirmar cómo podería cobrar especial importancia - pedagóxica, se se quere<sup>164</sup>- facer ver o empresario, dun lado, a inutilidade procesual de calquera proba obtida a través de medios lesivos de dereitos fundamentais, expresamente reprobadas polo art. 90 LPL<sup>165</sup>; doutro, as gravísimas consecuencias xurídicas ás que se enfronta, tanto pola posibilidade de estar a incorrer nunha conduta constitutiva de infracción da orde social (ou mesmo, nos supostos máis graves, de delito)<sup>166</sup>, como, mesmo, polas facultades do traballador de extinguir o seu contrato de traballo con dereito a indemnización

ex art. 50 ET ou de reclamarlle unha indemnización polos danos e prexuízos causados pola lesión do seu dereito fundamental, para o cal serve especialmente a vía prevista nos arts. 171 e ss. LPL<sup>167</sup>.

- 
- 164 FERNANDEZ DOMINGUEZ, J.J. e RODRIGUEZ ESCANCIANO, S.: Utilización y control de datos laborales automatizados, cit., páxina 97.
- 165 GARCIA PERROTE ESCARTIN, I.: La prueba en el proceso de trabajo, Madrid (Civitas), 1993, pág. 132; do mesmo, "El despido en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", en AA.VV. (FOLGUERA CRESPO, J., Dir.): El proceso laboral en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, Madrid (CGPJ), 1996, páxs. 121 e ss.; PEDRAJAS MORENO, A.: Despido y derechos fundamentales, Madrid (Trotta), 1992, páxs. 195 e ss.; DEL REY GUANTER, S.: "Nuevas técnicas probatorias, obtención ilícita de la prueba y derechos fundamentales del trabajador en el proceso laboral", REDT, núm. 37, 1989, páxs. 65 e ss. ou BAYLOS GRAU, A.: "Medios de prueba y derechos fundamentales. Especial referencia a la tutela de estos derechos", en AA.VV. (AGUSTI JULIA, J., Dir.): La prueba en el proceso laboral, Madrid (CGPJ), 1998, páxinas 41 e ss.
- 166 SALA FRANCO, T.: "El derecho a la intimidad y a la propia imagen y las nuevas tecnologías de control laboral", en AA.VV. (BORRAJO DACRUZ, E., Dir.): Trabajo y libertades publicas, Madrid (La Ley-actualidad), 1999, páxs. 229 e 230 o LÓPEZ PARADA, R.: "Análisis jurisprudencial acerca de la instalación por el empresario de sistemas de videovigilancia en los lugares de trabajo", cit., páxinas 23 e ss.
- 167 Sobre todas estas posibilidades, DE VICENTE PACHES, F.: El derecho del trabajador al respeto de su intimidad, cit., páxinas 303 e ss.

