

LA INTIMITAT I LA PRIVACITAT DEL TREBALLADOR EN L'ERA DE LES TIC

GRAU DE RELACIONS LABORALS

Jordi Pujadas Fernàndez

Treball de Final de Grau, Relacions Laborals. Tercer curs.

Tutor: Joan Lluís Pérez Francesch.

Data entrega: 12/05/2017

ÍNDIX

- I. Introducció/Resum.....	3
- II. Abreviatures.....	4
- III. Marc jurídic i jurisprudencial.....	5
- IV. La incorporació de les TIC al món laboral.....	8
- V. El dret a la intimitat i la privacitat en l'ús de les TIC.....	12
1. Càmeres, micròfons i escoltes.....	13
2. L'ús del correu electrònic.....	21
3. La navegació per internet.....	24
4. Xarxes socials.....	27
- VI. Conclusions.....	29
- VII. Bibliografia.....	31
- VIII. Annexos.....	32

I.INTRODUCCIÓ

El present treball neix a partir de dues reflexions. La primera d'elles consistia en l'estudi de l'autonomia del treballador, la seva llibertat d'actuació i la seva intimitat en el marc d'una relació laboral, i per tant, sota la organització i direcció empresarial. Degut a l'extensió, la complexitat i el caràcter interdisciplinari que requeriria tal projecte, la idea s'ha concretat cap a l'esfera més personal, convertint-se en un estudi sobre el dret a la intimitat i a la privacitat de les persones en el seu lloc de treball.

La segona idea, annexada a la primera, consisteix a tenir present que vivim en l'anomenada societat de la informació i que actualment s'està produint un debat sobre l'ús de les noves tecnologies i la repercussió que té sobre la intimitat i la privacitat de les persones. Tenint en compte, que l'ús de les tecnologies de la informació i la comunicació afecta als treballadors de manera global i evolutiva.

L'objecte d'aquest estudi serà analitzar i intentar determinar si, en la situació actual, existeix realment el dret a la privacitat i a la intimitat del treballador. I si és així, veure com s'articula, si es troba limitat, en quines problemàtiques es troba el seu exercici i com es resolen aquestes situacions.

II. ABREVIATURES

Art.: Article.

CE: Constitució Espanyola.

ET: Estatut dels treballadors.

ETOP: Econòmiques, Tècniques, Organitzatives o de Producció.

FD: Fonament de Dret.

FJ: Fonament Jurídic.

LOPD: Llei Orgànica de Protecció de Dades.

NTIC: Noves Tecnologies de la Informació i la Comunicació.

P. : Pàgina.

RRHH: Recursos Humans.

STC: Sentència del Tribunal Constitucional.

STS: Sentència Tribunal Suprem.

STSJ: Sentència del Tribunal Superior de Justícia.

TC: Tribunal Constitucional.

TIC: Tecnologies de la Informació i la Comunicació.

TS: Tribunal Suprem.

TSJ: Tribunal Superior de Justícia

III. MARC JURÍDIC I JURISPRUDENCIAL

Els drets de la intimitat i de la privacitat, apareixen en l'art. 18 de la Constitució Espanyola. El primer paràgraf d'aquest article, és la garantia del dret a l'honor, a la intimitat personal i familiar i a la pròpia imatge. Mentre el tercer cita que es garantirà el secret de les comunicacions i, en especial, de les postals, telegràfiques i telefòniques, excepte resolució judicial. Junt amb aquests dos punts, que conformen la garantia constitucional de la intimitat i de la privacitat de les persones a l'estat espanyol, se n'hi ha de sumar un tercer, el punt quart de l'esmentat article, que diu que la llei regularà l'ús de la informàtica per a garantir l'honor i la intimitat personal i familiar dels ciutadans i el ple exercici dels seus drets.

El fet que aquests drets siguin entre els drets fonamentals i llibertats públiques (Títol Primer, Capítol Segon, Secció Primera de la CE), significa que gaudeixen de les garanties que els atribueix l'art. 51 CE. Vinculen a tots el poders públics, s'han de regular per llei, aquestes han de respectar el seu contingut essencial, tenen un procediment preferent i sumari davant els Tribunals ordinaris i poden ser objecte de recurs d'empara davant el Tribunal Constitucional.

El desenvolupament legal del dret fonamental a la intimitat s'estableix, de manera genèrica, en la Llei Orgànica 1/1982, de 5 de maig, de protecció civil del dret a l'honor, a la intimitat personal i familiar i a la pròpia imatge.

El dret fonamental al secret de les comunicacions s'ha desenvolupat i entès de manera més ampla per part del TC, del que una lectura estricta del art. 18.3 podria comportar. Així, en la STC 142/2012, de 2 de juliol, FJ3, es diu que tant la interceptació (entre l'emissor i el destinatari) del missatge, com el coneixement antijurídic d'aquest, pot vulnerar aquest dret, ja sigui el missatge emès per via telefònica, correu electrònic o altres mitjans. I que el secret de les comunicacions no inclou només el contingut del missatge sinó també altres aspectes com la identitat subjectiva dels interlocutors.

El 18.4 CE ha estat objecte de controvèrsia jurisprudencial per part del TC, doncs si en la STC 254/1993, de 20 de juliol, FJ7, s'afirma sobre la demanda d'unes

dades a l'Administració que “la garantia de la intimitat adopta avui un contingut positiu en forma de dret de control sobre les dades relatives a la persona. L'anomenada <llibertat informàtica> és, així, també, dret a controlar l'ús de les mateixes dades inserits en un programa informàtic (*habeas data*)”, el professor Roig recorda que a partir de la STC 292/2000, de 30 de novembre, l'article 18.4 CE no s'interpreta com un aspecte especial o `vessant positiu' del dret a la intimitat, sinó “com un dret a la protecció de les dades personals (...) no són únicament les dades íntimes de la persona, sinó que inclouen, de manera més amplia totes aquelles que identifiquen o permeten la identificació de la persona” (Roig, 2010, p.15).

La Llei Orgànica de Protecció de Dades 15/1999 (LOPD) té per objecte, garantir els drets fonamentals, especialment els del art. 18 CE, pel que fa al tractament de les dades personals, com indica el seu article primer.

Entrant ja en l'àmbit laboral, l'art. 4.2, e) de l'Estatut dels Treballadors estableix que dins de la relació de treball els treballadors tenen dret al respecte de la seva intimitat y a la consideració deguda a la seva dignitat.

Aquest drets fonamentals han de ser objecte d'especial protecció, però sovint són causa de conflicte entre els actors socials, en el marc de les relacions laborals. I això perquè l'empresariat també té reconeguts constitucionalment drets fonamentals com el de la propietat privada, en l'art. 33 CE, o el de llibertat d'empresa en el marc d'una economia de mercat, en l'art. 38 CE. Que doten als empresaris de la facultat de posseir els mitjans i de donar forma a la seva organització.

Aquests drets fonamentals són situats a “Dels drets y deures dels ciutadans” a la CE (Títol Primer, Capítol Segon, Secció Segona de la CE) i per tant, gaudeixen de les garanties de l'art. 53.1 CE: Vinculen a tots els poders públics i només podran ser regulats per llei, que haurà de respectar el seu contingut essencial.

En l'àmbit laboral, l'ET és molt taxatiu sobre les competències del empresari en matèria de control, en l'art. 20.3, on el dota de la capacitat d' “adoptar les mesures que estimi més oportunes de vigilància i control per a verificar el compliment per

part del treballador, de les seves obligacions i deures laborals, guardant en la seva adopció i aplicació la consideració deguda a la seva dignitat humana”.

Resumint, en el nostre marc constitucional, desenvolupat per la llei i/o per la jurisprudència constitucional, el treballador té reconeguts els drets fonamentals de la intimitat i de la privacitat, així com l'empresari té la facultat de posseir els mitjans de producció, d'organitzar la mateixa i de controlar el treballador en l'àmbit de la seva activitat laboral. Això porta a pensar, des d'una perspectiva conciliadora, que aquests drets han de trobar la manera de conviure. En aquest sentit la qüestió ha passat a “centrar-se en la realització d'una ponderació equilibrada entre aquells drets [els dels treballadors] i els interessos de l'empresari” (Rodríguez Escanciano, 2015, p.49)

La doctrina constitucional utilitza el principi de proporcionalitat (també anomenat test de proporcionalitat) com a eina per a dirimir els conflictes sorgits a partir d'una mesura empresarial que restringeix un dret fonamental. Per a comprovar si aquesta mesura vulnera o no el dret fonamental,

“es necessari constatar si compleix els tres requisits o condicions següents (test gradualista): si tal mesura és susceptible d'aconseguir l'objectiu proposat (judici d'idoneïtat); si, a més, és necessària, en el sentit que no existeixi una altre de més moderada per a la consecució de tal propòsit amb igual eficàcia (judici d'indispensabilitat o estricta necessitat); y finalment, si la mateixa és ponderada o equilibrada, per derivar-se d'ella més beneficis o avantatges per a l'interès empresarial que perjudicis sobre altres bens o valors en conflicte (judici rigorós d'adequació).” (Rodríguez Escanciano, 2015, p.50)

Per últim, cal tenir en compte que en la ponderació de si una mesura és o no és proporcional, aquesta ha de respectar, en tot cas, el contingut essencial del dret fonamental. En la STC 11/1981, de 8 d'abril, FJ8, aquest es descriu per dues vies complementaries: Com aquelles facultats o possibilitats d'actuació per a que el dret es pugui reconèixer com el descrit pel llenguatge i sense les quals queda desnaturalitzat. O com els interessos jurídicament protegits com a nucli i medul·la dels drets subjectius.

IV. LA INCORPORACIÓ DE LES TIC AL MÓN LABORAL

Entenem les TIC o NTIC com un concepte dinàmic que desenvolupa el de noves tecnologies i que es centra sobre aquelles que permeten captar i enregistrar dades, o facilitar la comunicació per mitjans tecnològics, sense perjudici d'admetre també, en aquest estudi, aquelles que envaeixin l'espai del treballador, de les seves tasques o de les relacions laborals.

Si bé les TIC són utilitzades inicialment, com qualsevol tecnologia, per a millorar l'eficiència de les empreses en seus processos de producció, no tarden en expandir-se molt més enllà, dins el sí de l'empresa. Tal com expressa Rodríguez Escanciano (2015), "l'aparició, primer, y la definitiva consolidació més tard, d'aquesta nova revolució tecnològica va a mostrar d'immediat una inequívoca voluntat de transcendir la funció instrumental (...) assumint altres afers més ambiciosos" (p.11). Efectivament, la propagació de les TIC canviarà, en les últimes dècades, les pròpies organitzacions, cosa que afectarà, com és normal, a l'organització del treball.

El treballador es veu afectat per aquests canvis en, pràcticament, la seva totalitat. Ni que sigui per la informatització de les seves dades o pels nous sistemes de registre al començar la jornada, l'empresari estarà, amb un clic, més a prop d'obtenir molta més informació, amb més immediatesa: Des del l'inici del treball efectiu del treballador, fins a les tasques realitzades, els requeriments emesos o les queixes expressades per canals implantats per l'empresa, les pauses, els reports metòdics d'altres departaments (com el de RRHH), l'administració del temps dedicat a cada tasca, la videovigilància i l'escolta ja siguin en temps real o mitjançant gravacions, o el moment efectiu de cessament del treball dins la jornada laboral, entre altres. En resum, tecnològicament, a partir del nivell d'implantació de les TIC, l'empresari "comptarà amb majors eines per a vigilar les activitats y recopilar dades, cada cop, més completes dels seus treballadors" (Aparicio Aldana, 2016, p.80).

No es estrany doncs evidenciar com ho fa Rodríguez Escanciano (2015) que "aquests canvis estructurals han afectat intensa i extensament a la tipologia i a la

ordenació de les relacions jurídiques (...) senyaladament a les relacions laborals, individuals i col·lectives” (p.12).

Pel que fa a les relacions laborals individuals, la utilització de les TIC per part del treballador, el que podríem anomenar, el paper actiu del treballador en l'entorn de les TIC, planteja una sèrie de qüestions, més o menys conflictives, sobretot, com apunta Aparicio Aldana (2016), “quan no existeix una regulació expressa que disposi quina ha de ser la conducta dels treballadors al respecte” (p.79). Ja que si aquest utilitza, per exemple, qualsevol dispositiu empresarial amb connexió a internet, el dubte que es genera immediatament gira en torn a l'ús que en pot fer, deslligat de les obligacions que li són pròpies, en el seu lloc de treball. L'ús de les TIC no apareix com a element de conflicte, a priori (deixant l'ergonomia a part), per estar implementat per l'empresa com a eina de treball. “Són vitals [les TIC], ja que la nostra empresa produeix productes digitals, així que necessitem treballar amb les últimes tecnologies per (...) seguir sent competitius” (Puig, 2016). La seva valoració és, se'ns dubte, subjectiva; “Faig servir les NTIC en la meua vida personal. No seria natural per [a] mi no fer-ho també en a l'entorn laboral” (Ribas, 2017). L'ús lúdic pot ser consentit en major o menor mesura per l'empresari, “en casos en que nosaltres subministrem els dispositius o software al treballador, és possible que el treballador en faci un ús personal (...) no ens preocupa si el treballador acaba fent la seva feina de forma satisfactòria” (Puig, 2016). O pot ser considerat un ús abusiu que pot provocar no només danys econòmics per falta de rendiment del treballador sinó també “comprometre la capacitat del sistema informàtic corporatiu i la seguretat, imatge o competitivitat de l'empresa, mitjançant la transmissió d'extrems confidencials” (Rodríguez Escanciano, 2015 p.15).

L'empresari pren el seu paper actiu en relació a les TIC, tant en la implantació de les tecnologies que cregui oportunes per a desenvolupar l'activitat productiva, així com en l'establiment dels mètodes de control que cregui necessaris. Demostrant així l'enorme vàlua de les TIC, que poden actuar com a eines de treball, com a mètodes de vigilància, o com ambdues coses, “no en va molts instruments tecnològics incorporats a les prestacions laborals són a la vegada mitjà de treball i

mitjà de control” (Rodríguez Escanciano, 2015 p.39). A la vegada, en l’ús de les TIC, l’empresari es pot veure en la situació de controlar l’ús abusiu d’aquestes, per part del treballador, mentre amb les mateixes ha de vetllar del compliment de las obligacions laborals corrents. Pel que fa a l’ús abusiu o l’ús no laboral de les TIC, sent in comptables les empreses que han anat incorporant-les en el seu dia a dia, això a donat peu a la inclusió de clàusules sobre el seu ús, en els còdecs de conducta empresarials. I si bé cal tenir present que aquests còdecs poden refutats en un procés judicial, són recomanats, ja que clarifiquen els usos permesos de les TIC dins les organitzacions i si hi ha un incompliment, aquest pot entendres com una transgressió de la bona fe contractual, i en aquest sentit Aparicio Aldana (2016) apunta que “el deure de bona fe que obliga tant a treballadors com a empresaris i el seu ajust a les característiques pròpies de la relació laboral adquireix, en aquests casos, un matís de singular importància” (p. 79). Sent aquests còdecs una altre facultat de l’empresari per a pactar o establir una pauta en la utilització de les TIC, per a fins no laborals.

Pel que fa a les relacions laborals col·lectives cal considerar, en primer lloc, que la reforma laboral de 2012 ve en consonància amb el canvi tecnològic ja evident en l’entorn laboral, pel desenvolupament de les TIC. La introducció a l’ET de les causes ETOP, com a causes extintives del contracte de treball, regulades a l’art. 51.1 ET (acomiadament col·lectiu) i al art. 52, c) ET (acomiadament individual), sobretot pel que fa a tècniques, sense menystenir les organitzatives o de producció, en són una mostra, tenint present que prèviament a la reforma, l’art. 52, b) ja preveia l’acomiadament per la falta d’adaptació del treballador a les modificacions tècniques operades en el seu lloc de treball. Si bé s’estableixen unes obligacions empresarials (de formació suficient, temps, retribució, entre altres) com a garantia pel treballador. En segon lloc, podem veure que la utilització de les TIC, ja sigui per a usos laborals o personals poden ser pactades per conveni, establint així uns límits consensuats entre els actors socials i que per tant poden acotar el perill de vulneració dels drets a la intimitat i a la privacitat dels treballadors. En aquest cas cal remarcar que la praxis portada a terme fins ara ha estat la de pactar els usos a nivell empresarial, menystenint la regulació col·lectiva.

En resum, veiem que la incorporació de les TIC al món laboral faciliten la fluïdesa i l'accés a la informació i posicionen els drets a la intimitat i a la privacitat del treballador en una zona de perill, per mitjà de dues vies: L'ús negligent del treballador i l'acció empresarial en matèria de control i de vigilància.

El paper que poden jugar ambdós no és pas equitatiu, l'empresari estableix els mitjans, que poden anar des de la videovigilància, les escoltes, les monitoritzacions, els programes de seguiment de les tasques, el registre exhaustiu de dades, fins aquelles a la quals pugui accedir per mitjà de les NTIC. En opinió de Rodríguez Escanciano (2015)

“l'ús de sistemes punters per a la supervisió dels treballadors en el seu lloc de treball i fora del mateix constitueix avui una realitat indefugible (...) per les múltiples aplicacions i avantatges que comporta (...) perquè constitueix, en fi, un medi de prova per acreditar els comportaments irregulars” (p. 15).

La pregunta resultant de l'anterior reflexió és clara: Quin límit troba l'actuació de l'empresari? O quan es podrà acreditar el seu bon exercici o la negligència del treballador? La resposta és que la potestat empresarial trobarà el seu límit en la vulneració dels drets fonamentals. Pel que aquí ens interessa, els de la intimitat i de privacitat. Afirmar Aparicio Aldana (2016) que “la posició del empresari respecte als seus treballadors és anàloga a la relació entre els poders públics y els ciutadans i, per tant, pesa sobre l'empresari la obligació de facilitar l'exercici dels drets fonamentals dels seus treballadors” (p. 49).

La CE només té un article que faci menció a les noves tecnologies, el 18.4, definit com el dret a la protecció de dades personals, per tant “les altres amenaces tecnològiques hauran d'afrontar-se mitjançant la interpretació extensiva dels drets fonamentals clàssics” (Roig, 2010, p.17). És a dir, davant una actuació susceptible d'haver vulnerat el dret a la intimitat o a la privacitat del treballador, l'actuació empresarial haurà de considerar-se justificada i proporcional (judici de proporcionalitat), pel TC.

V. EL DRET A LA INTIMITAT I A LA PRIVACITAT EN L'ÚS DE LES TIC

En la situació actual en la que ens trobem, degut a la diversitat de tecnologies i de situacions que es poden donar als llocs de treball, a falta d'una regulació genèrica o per causa de la inexistència d'unes regulacions específiques en l'ús de les TIC, la casuística esdevé la norma. Això és, l'anàlisi de les situacions concretes, que coneixem per via dels nombrosos pronunciaments judicials. Procedirem doncs a analitzar part d'aquesta jurisprudència conscients que en el millor dels casos arribarem a entreveure part de la situació real (aquella que acaba en un conflicte, als tribunals), però on esperem trobar els mecanismes i les pautes que regeixen avui la controvèrsia entre la propietat i el control envers la intimitat i la privacitat.

Per a fer-ho (com ja han fet altres autors) distingirem aquelles TIC que per les seves semblances o per les seves especials característiques, han de tractar-se conjunta o individualment.

Cal tenir present, com diu Roig, A. (2010) que “el dret a la intimitat i el secret de les comunicacions (...) són drets diferents. Tot i així es troben molt relacionats y pensem que el seu estudi conjunt facilita la comprensió del problema” (p.21). Ho expressa entrant ja en una camp determinat de les TIC, però aquesta visió serà la que intentarà guiar aquest anàlisi.

1. CÀMERES, MICROFONS I ESCOLTES.

Les càmeres i els micròfons han estat els primers dispositius de control empresarial que poden ser qualificats com a TIC. Aquesta afirmació pot ser extensament rebatuda per entendre que les TIC són tecnologies molt més properes en el temps, però de fet la mateixa definició de TIC no parteix d'una concepció única; per alguns entrarien dins aquesta categoria la televisió, el telèfon, el vídeo o l'ordinador i per a altres un ordinador amb connexió a internet no configura per sí mateix una TIC, com a molt pot arribar a desenvolupar-ne una. No és aquest l'objecte d'aquest treball, que inclourà aquestes tecnologies per a ser capaces de captar una informació a l'entorn laboral, com una filmació, que pot ser visionada a distància en temps real i pot ser gravada i emmagatzemada, passant a formar part d'un registre.

En primer lloc analitzarem la STC 98/2000 de 10 de juliol, en la que el TC valora la instal·lació de micròfons en una casino que ja comptava amb un sistema de videovigilància, mitjançant un circuit tancat de televisió, sense que fossin informats els representants dels treballadors i a pesar de les protestes d'un d'ells, demandant. El TC, en el FJ 1, delimita la imputació a la lesió del dret a la intimitat (18.1) dels treballadors perquè la captació i la gravació del so no està justificada per raons de seguretat, al existir les càmeres, ni pot tenir empara en les facultats de vigilància i control de l'empresari, en el FJ 5 ve a recordar que el dret a la intimitat com a derivació de la dignitat de la persona, implica la existència d'un àmbit propi i reservat enfront a la acció i al coneixement dels altres per a mantenir una qualitat mínima de la vida, tot recordant que cap dret fonamental és absolut i que l'empresari gaudeix de les facultats de vigilància i control segons l'art.20 ET. En el FJ 6, el TC recorda que els drets fonamentals únicament admeten limitacions en el sí d'una organització que reflexa altres drets, com els de l'empresariat (333 i 38 CE). El FJ 7 diu que les limitacions als drets fonamentals han de ser les indispensables i estrictament necessàries, i que si existeixen altres possibilitats de satisfer l'interès empresarial, s'hauran d'emprar aquestes últimes. El FJ 8, que no existeixen normativa específica que regula la instal·lació i utilització d'aquests mecanismes de control i que per tant són els òrgans judicials

els encarregats de ponderar la situació. Finalment, el FJ 9 rebutja la premissa de que els treballadors no tinguin dret a la intimitat en l'empresa exceptuant zones com els vestuaris o els serveis. zones com els vestuaris o els serveis i conclou que la conveniència empresarial no legitima la instal·lació d'aquests sistemes, tenint en compte que les càmeres ja resolien la cerca de seguretat i que els micròfons permeten la gravació continua de les converses entre treballadors o entre aquests i els clients, efecte que supera les facultats de control de l'empresari. Resultant la mesura desproporcionada i configurant una intromissió il·legítima en la intimitat dels treballadors.

Aquesta sentència argumenta sobre uns punts que s'aniran repetint en successius pronunciaments judicials: Els drets vigents de l'art.18 dels treballadors, que no són absoluts, la capacitat de vigilància i control de l'empresari i la necessària justificació i proporcionalitat de les mesures per a porta-la a terme. I la no comunicació de les mesures als representants dels treballadors.

La STC 186/2000, de 10 de juliol, resol sobre l'acció d'una empresa que, degut al desquadrament de les caixes, a l'economat del que és propietari, decideix contractar una empresa per a la instal·lació d'un circuit tancat de televisió. Instal·lant tres càmeres que enfoquin únicament a les tres caixes registradores i al mostrador de les mercaderies, des del sostre. Revelant així que un treballador, repetidament sostreia diferents quantitats de la caixa. Aquest, entre altres demandes, considera que s'ha vulnerat el seu dret a la intimitat. La sentència fa en el FJ 5, ressò de l'argument del demandant que expressa que si la càmera si te com a fi controlar el treball, acaba registrant la resta dels seus actes que pertanyen a la seva intimitat. Així com que la seva implantació no va ser comunicada als representants dels treballadors. En el FJ 7 el TC considera que la mesura de la instal·lació de la càmera que controlava la zona de treball era una mesura justificada, perquè existien sospites de greus irregularitats, idònia per a comprovar la veracitat d'aquestes, necessària, doncs la gravació serviria de prova i equilibrada, ja que les gravacions d'imatge es limitaven a la zona de la caixa i en el temps suficient per a comprovar que les males pràctiques no eren un fet aïllat. La mesura doncs, segons el TC no era capritxosa, ni l'empresa pretenia divulgar

la conducta del treballador. Per tant la dona com a bona, rebutjant la lesió del dret a la intimitat. Tot i acceptar que no s'havia comunicat al Comitè d'empresa per por a una advertència. Qüestió que seria merament de legalitat ordinària i que no es va portar a terme per la por que aquest informés al treballador.

Cal fer aquí dos apunts: La idoneïtat de la mesura en aquest cas sembla clara, sobretot pel que fa a la limitació de la zona filmada. L'argument de la limitació en el temps és menys aclaridora, caldria saber quantes hores de filmació van caldre, doncs apuntar que van ser les necessàries no sembla una dada fiable per a la seva ponderació. I finalment, la no comunicació al Comitè no sembla un comportament de massa bona fe, doncs precisament això podria comportar un cessament de les conductes irregulars, i en aquest sentit sembla clar que l'empresa busca la recopilació d'aquestes per a l'acomiadament.

La STC 29/2013 difereix de les analitzades fins ara i també de l'objecte estricte o normatiu d'aquest treball però no de la finalitat que persegueix, com veurem tot seguit. La sentència d'empara tracta sobre la sanció a un treballador d'una universitat pública a qui se li imposen unes sancions i un dels motius és el no compliment del seu horari laboral, en concret, els seus retards. Per acreditar l'incompliment de la seva jornada, la universitat fa servir com a prova testifical el testimoni de persones que havien vist l'actor entrant a diverses hores mitjançant unes càmeres de videovigilància instal·lades per al control d'accés al personal de la comunitat universitària y del personal extern. El FJ 5 considera que les imatges gravades constitueixen una dada que està integrada en el dret a la protecció de dades (18.4) ja que permet identificar a la persona, en consonància amb la LOPD. Més encara, el TC considera que la qüestió s'endinsa en el contingut essencial del dret fonamental, que s'actualitza en endinsar-se dels sistemes de vigilància com les càmeres, webcams, circuits tancats de televisió i demés, advertint que les accions de vigilància i de seguretat no contravinguin el dret fonamental. I cita les dues anteriors sentències analitzades, STC 98/200, STC 186/2000 tot i estar referides aquestes al dret de la intimitat. En el FJ 7 es distingeix la necessitat d'autorització de l'afectat de, el deure d'informar de la possessió de les dades i el fi que se'n farà. No hi ha una habilitació expressa per a l'omissió d'aquest dret i

tampoc es pot justificar aquest tractament per l'interès empresarial de vigilància per mitjà de mètodes sorprenents o encoberts, no informats. En el FJ 8 es considera que la universitat ha lesionat el dret fonamental contingut en l'art. 18.4 al utilitzar aquestes imatges, a pesar de que existissin distintius que advertien de la seva existència ja que havia de ser el treballador informat del ús que se'n podia fer. Afirmar per concloure el TC que la situació de les càmeres era fora del lloc de treball i que responien oficialment a mesures de seguretat pública.

Si es fa una comparació de l'argumentació entre les dues altres sentències anteriors i aquesta (donat que les cita) ens adonem que sigui per l'especial configuració del art. 18.4 o per una distinció amb aquelles, el TC posa per davant el coneixement per part del treballador de les filmacions en aquesta sentència, cosa que no fa en la STC 186/2000, on considera ponderat que el treballador no sàpiga del control al que està sent sotmès i que tampoc ho sàpiga el Comitè (no vagi a ser que li digui). En qualsevol cas queda clar que si s'instal·la un dispositiu de vigilància, aquesta no podrà utilitzar-se com a eina de control laboral sinó és la seva finalitat.

La STS 630/2016 de 7 de juliol ve a tractar un supòsit semblant, on una treballadora d'un supermercat es gravada consumint productes de l'empresa en una zona denominada "reserva" que feia de magatzem. La recurrent, en el FJ 2 al·lega la infracció del article 18.4 en relació amb el 18.1 i el tribunal ha de valorar quina acreditació té un prova obtinguda mitjançant videocàmera. La empresa ha instal·lat càmeres en la zona en concret i en altres quedant exclosos serveis, vestuaris i oficines. Tenint coneixement tot el personal de la tenda, havent-hi cartells indicatius dels sistemes de videovigilància. Recordant que les accions organitzatives no poden ser lesives dels drets fonamentals dels treballadors i la protecció del art 18.1CE, recorda l'aplicació del judici de proporcionalitat. Exclou la zona dita "reserva" per a ser una zona d'accés només per als treballadors, dedicada a la compactació i per tant descartant-la com una àrea privada i justifica la implantació de les càmeres en les pèrdues que s'anaven produint. Exclou el factor sorpresa pel coneixement de la videovigilància i fonamenta la proporcionalitat per a ser la més idònia, considerant altres, com els

controls aleatoris, una molèstia pel gruix dels treballadors. Conclou raonant que l'ús apropiat de la videovigilància s'ajusta a les exigències raonables del respecte a la intimitat, rebutjant la seva vulneració.

En un cas sembla, la STSJ 1050/2001, de 9 de març resol el recurs de suplicació d'un treballador d'un centre comercial que és gravat consumint un suc. En el FD 1 el treballador demana la nul·litat de l'acomiadament, el tribunal detalla en el transcurs de la videovigilància, es detecta l'autor, que és objecte d'una ampliació de plànol, pel vigilant de càmera, observant-se la consumició de la beguda fins al final. En el FD 2 l'actor al·ludeix a la doctrina del STC 98/2000, quan la doctrina del TC és més complexa i ja ha estat matisada per la STC186/200. Es recorda que el dret fonamental no és absolut i que pot cedir davant altres interessos constitucionals, respectant el contingut essencial. S'afirma també que nucli més important del dret a la intimitat, és l'abstenció d'ingerències externes i que no comprèn, en principi, els fets referits a les relacions socials en l'activitat laboral. En el FD 3 es postula que segons la STC la mesura no era per a exclusiu ni específic control on l'actor treballava, sent una mesura justificada per raons de seguretat que va resultar idònia ja que van verificar el comportament del treballador, necessària ja que serveix com a prova i equilibrada, ja que no va haver-hi persecució visual del actor ni dels seus actes, no lesionant el seu dret a la intimitat. Això sí, segons consta, es tractava, en suma, de verificar les sospites de l'empresa sobre la injusta conducta del treballador. El fet que no és poses en coneixement del Comitè d'empresa no té transcendència constitucional. I ja, en el FD 5 el TSJ dictamina que el comportament del treballador és abusiu, deslleial, transgressor de la bona fe i indisciplinat i que encara que no consti en la sentència la procedència del suc, això no impedeix al Tribunal opinar que hi ha una presumpció racional de que es tractava d'un article exposat per a la venda.

En la STSJ 725/2015, de 30 de setembre, la treballadora, presta els seus serveis com a dependent a en el mateix centre de treball que la seva parella sentimental. Aquest, és acomiadat i objecte d'una investigació per part de l'empresa. L'empresa, sospitant que la treballadora podria estar passant informació sobre els resultats de la investigació, instal·la en una habitació que fa de despatx, una

gravadora a prop del telèfon, podent escoltar les converses que es dugin a terme entre ells. Ella li informa del estat de la auditoria per danys i perjudicis i que ha copiat part de la informació. En el FD 1 es cita que en nom del compliment de la funció de control per part de l'empresari, el control d'àudio vigilància, adopta l'empresari les mesures que estima més oportunes, col·loca una gravadora en el seu despatx podent gravar les converses entre la treballadora i la seva parella. En el FD 2 la jutge entén que la prova en que es basa l'empresa per acomiadar-la ha estat obtinguda amb vulneració dels drets a la intimitat i al secret de les comunicacions i no es té per practicada. La sentència fa servir la jurisprudència per a resoldre que, si hi ha una prohibició absoluta sobre l'ús d'un medi de l'empresa, aquesta porta implícita la possible instal·lació de sistemes de control, la tolerància de l'empresa és la que crea una expectativa de confidencialitat i, consegüentment, un excés en el control del empresari que vulneri el dret a la intimitat. També que ha de tenir-se en compte que entre els drets fonamentals es troba la garantia constitucional del dret a la intimitat, així com l'anomenat dret al protecció de dades personals, la sentència diferencia la funció de cadascun, recordant que no hi ha una habilitació legal expressa per a poder ometre la informació sobre el tractament de les dades personals en l'àmbit de les relacions laborals. L'empresari haurà d'assegurar la deguda informació prèvia. En el supòsit present, la infracció és molt més clara perquè el que és objecte de gravació no és un ús del ordinador, o un correu electrònic, és una conversa telefònica, privada i íntima, amb una expectativa legítima d'intimitat, ja que no existeix cap prohibició del titular del telèfon per a fer-lo servir.

I ja arribant a la STC 39/2016 es desferma la polèmica sobre la doctrina constitucional sobre els drets fonamentals del art. 18 i el seu tractament tant per la mateixa sentència, que instaura un canvi de doctrina, com pels vots particulars que conte. En aquest cas, a través d'un sistema informàtic instal·lat per l'empresa es detecten múltiples irregularitats. Per això s'encarrega la instal·lació d'una càmera de videovigilància que capta les irregularitats de la treballadora. La instal·lació com de costum no s'anuncia ni es comunica als treballadors col·locant-se un distintiu a l'entrada conforme hi ha un sistema de videovigilància. La treballadora es acomiadada i presenta demanda d'empara per la vulneració, entre altres dels

art. 18.1 i 18.4 CE. En el FJ 3 el TC aborda la qüestió respecte el 18.4 recordant que el consentiment del afectat es l'element definitori del sistema de protecció de dades personals, però apuntant més endavant que només quan la finalitat del tractament de les dades no sigui el manteniment, desenvolupament y control de la relació contractual es necessitarà consentiment del afectat, aplicant aquest criteri afirma en el FJ 4 que l'empresari no necessita el consentiment exprés del treballador, en el tractament de les seves dades, ja que es tracta d'una mesura de control en e marc del art. 20 ET. I substituint aquest dret regulat per llei orgànica, per una ponderació entre aquest i el poder empresarial, resultant que la treballadora era advertida per mitja del distintiu col·locat fora de la tenda i que la finalitat del medi era comprovar unes sospites, que els mitjans van servir per confirmar-les i per tant no es pot considerar vulnerat l'art. 18.4. En el FJ 5 es resol sobre el dret a la intimitat, dictant que la mesura era justificada per les sospites, idònia per a verificar aquestes, necessària, ja que la gravació és la prova i equilibrada, doncs es limitava a la zona de la caixa. La sentència conté, com avançàvem vots particulars. En especial el primer ve a discrepar amb força pels següents motius: Per interpretar que la present doctrina dona pas a un retrocés en la protecció dels drets fonamentals, assentant el poder de direcció empresarial i contraindicant el model de relacions laborals que instaura la constitució, atribuint als poders empresarials una connexió universal amb els art. 33 i 38 CE. Considera l'art. 20 ET una regla jurídica rectora de la relació contractual i que els poders y facultats del empresari queden delimitats pel contingut essencial dels drets fonamentals dels treballadors, contràriament a com opera la sentència que aplica un procediment metodològic on el contingut essencial es dilueix i la raó empresarial acaba sempre imposant-se. Això evidència una concepció de l'empresa segregada de la societat civil. La sentència és inobservant amb l'art.5 LOPD, amb la doctrina segons la qual l'afectat ha de conèixer el contingut de les imatges i el propòsit perseguit amb la implantació de la videovigilància. Es pregunta el magistrat si e pretén un control legítim empresarial o identificar *in fraganti* a un treballador. En aquest sentit i entrant en l'anàlisi del tractament de l'art, 18.1 rebutja també el judici de proporcionalitat perquè el seu fi no es assegurar el compliment laboral, sinó, obtindrà prova de les irregularitats.

La STS 77/2017, de 31 de gener, ve a reiterar la doctrina de la STC 39/2016 d'un treballador que és acomiadat per males praxis laborals consistents en la manipulació de tiquets i quantitats mitjançant un sistema de videovigilància que incorpora so. En el FD 1 s'explica que la prova d'imatge va ser rebutjada en primera i segona instància, en el FD 2 es valoren els drets dels articles 18.1 i 18.4 en relació a la videovigilància segons la doctrina del TC 39/2016 i per tant s'estima el recurs ja que la instal·lació de càmeres és una mesura justificada per raons de seguretat idònia per a controlar els cobraments i la caixa, necessària i necessària i proporcionada. Sense explicar ja la estricta necessitat, però considerant justificada la limitació dels drets fonamentals en joc, ressaltant que els treballadors eren informats del sistema de vigilància per raons de seguretat, concepte que el tribunal entén en sentit ampli incloent els actes il·lícits dels treballadors y de tercers, excloent altre tipus de control laboral com és la efectivitat en el treball, les absències del lloc de treball o les converses entre treballadors.

Lluny queda la STS 2045/1990 de 10 de març, on la gravació de la conversa telefònica d'un treballador dins de l'empresa, i on aquest li ofereix a un tercer uns llagostins propietat de la mateixa, queda emparada en el dret al secret de les comunicacions, rebutjant la interceptació del missatge i el coneixement antijurídic d'aquest.

2.L'ÚS DEL CORREU ELECTRÒNIC

L'ús del correu electrònic ha esdevingut una pràctica generalitzada, des de fa anys. En molts llocs de treball, és una eina més i en d'altres es fa servir en major o menor mesura. Les empreses ja solen tenir les seves regulacions internes pel que fa al seu ús, però no per això ha deixat de ser motiu de controvèrsia respecte els drets a la intimitat i a la privacitat, quan aquest ha de ser només laboral, quan s'utilitza sense consentiment o quan és motiu de registre per part de l'empresari, entre altres situacions. Vegem-ne uns exemples.

En la STSJ 1619/2003, de 9 de maig, el tribunal fa en els seus FD una llarga exposició dels nous reptes jurídics que estan provocant la noves tecnologies en relació al treball i també en relació als drets del art. 18 CE, en concret al secret de les comunicacions i a la intimitat. En el FD 5 passa aplicar aquests coneixements al cas, que és el d'una professora sobre la que pesa la sospita que, entre altres companys, fa servir els ordinadors, per a realitzar feines per tercers en el treball i el correu electrònic per emetre missatges vexatoris sobre altres companys de feina. Per a comprovar-ho, es va aixecar acta notarial y mitjançant un tècnic es va comprovar la existència d'una pàgina web amb treballs per a tercers i diversos correus i xats amb referències a aquests treballs i insults a l'empresa i a companys de feina. Cal apuntar que la comprovació ja la havia fet l'empresa prèviament. Es raona doncs si hi ha hagut vulneració dels drets del secret de comunicació i de la intimitat de l'autora, conclouent que no. En relació al secret de les comunicacions es garanteix la impenetrabilitat des de fora del procés de comunicació per tercers, però l'empresari no pot ser tercer si és, com en aquest cas el propietari dels mitjans: Ordinadors, programes i comptes de correu. I en relació al dret a la intimitat, no a revelat a tercers el contingut trobat exposant aquest als afectats i aportant-lo al procés judicial. La mesura compleix amb el judici de proporcionalitat al ser idònia la investigació dels arxius, necessària no havent-hi una altre manera tècnica per a constatar els fets i proporcionada al no investigar dades íntimes sinó només les activitats no permeses, que eren fruit de les sospites.

En la STSJ 3927/2004 d 21 de desembre, s'analitza el cas d'un treballador d'una empresa de la metal·lúrgica al que s'acomia per a realitzar operacions amb altres empreses, pel seu compte i des del seu lloc de treball. L'empresa, ja sospitant aquesta conducta, per diversos motius, procedeix, en presència d'un notari i del gerent a entrar en l'equip anomenat Roberto (nom del treballador), que no tenia clau d'accés, imprimint tots els arxius que contenien el seu nom en la seva denominació, entrant després en el seu compte d'Outlook Express imprimint tots els correus electrònics amb els arxius adjunts, compilats tots en un CD i depositat en notaria. El treballador utilitzava el correu corporatiu i consta que no se li va requerir mai que no pogués fer-ho per a fins personals. En el FD 3 es cita que cap dret fonamental es absolut i es confronta els drets del art.18 CE amb el 20 ET, procedint a analitzar la proporcionalitat de la mesura. Resultant que aquesta no complia amb el requisit d'idoneïtat, doncs si el cap de personal sospitava a partir d'unes trucades a països on no tenien negocis, entre altres comportaments, havien altres maneres, com la investigació, per a destapar el comportament del treballador, abans d'entrar en el seu correu, obrir carpetes amb el seu nom, cosa que al·ludia a la possible temàtica personal i copiar els seus missatges. Per tant el Tribunal considera aquesta, una intervenció desproporcionada.

També en la STSJ 3093/2012, de 30 de novembre, podem observar l'abast de l'acció protectora del drets a la intimitat i al secret de les comunicacions davant d'un tractament de dades invasiu. En aquesta, la treballadora feia servir el correu corporatiu de la empresa per a comunicar-se amb una companya acomiadada en el moment dels fets. Al comprovar la responsable d'informàtica que la treballadora acomiadada tenia el correu buit, aquesta va encarregar la recuperació d'aquests. A partir d'aquí es detallen una sèrie de missatges plens de bajanades i de comentaris ofensius, entesos com a comunicació privada, entre l'actora i la treballadora ja acomiadada. L'empresa te una política de seguretat que limita l'ús del correu, entre altres, als temps de descans i que prohibeix el material ofensiu i per tant tramita l'acomiadament de la treballadora. En el FD 2 el Tribunal determina que la actuació empresarial no és conforme als principis de proporcionalitat i d'intervenció mínima que regeixen la modulació dels drets en l'àmbit del art. 20 ET. Les comunicacions eren privades, s'entén la recuperació de dades per a saber

si quedaven tasques pendents, però no que es treguin a relluir els missatges incorporats. Sent aquesta una fiscalització sobre lo privat i lo íntim que vulnera frontalment ambdós drets fonamentals.

Veiem ara el parer de TC en la STC 170/2013, de 7 d'octubre. En aquesta el treballador és acomiadat per haver mantingut una conducta de màxima deslleialtat proporcionant indegudament informació a personal d'una altre empresa, de manera específica des del correu electrònic. Les proves s'han obtingut amb presència d'un notari comprovant els SMS d'un telèfon mòbil i del registre d'un ordinador portàtil, propietats de l'empresa. Impugnant la obtenció de prova, el treballador, per vulneració dels seus drets en la obtenció a la intimitat i al secret de les comunicacions. En el FJ 4 el Tribunal analitza primer el secret de les comunicacions definint-lo com un concepte purament formal que no cobreix solament el contingut sinó també la identitat subjectiva dels interlocutors, aquest dret queda afectat per la entrega de les llistes telefòniques i per l'accés al registre de trucades gravades en un telèfon mòbil. Així com determina que el 18.3 només empara les comunicacions realitzades per canals tancats i el treballador tenia per Conveni establert que l'ús del correu electrònic era només per a tasques professionals i per tant no podia tenir una expectativa raonable de confidencialitat. Així mateix si el treballador tenia el correu com una eina de treball, això feia possible que l'empresari emprés la seva facultat de vigilància sobre els correus electrònics, si bé aquest accés ha de justificada, i ho és per les sospites d'un comportament irregular per part del treballador, ha de ser idònia i ho és segons el TC per a verificar tal comportament, ha de ser necessària i el text contingut als correus serviria de prova, i finalment ha de ser ponderada, i els contingut dels correus ha estat aportat al procés d'acomiadament sense revelar-se cap dada íntima, només aportant informació relativa a la seva activitat empresarial, constitutiva de transgressió de la bona fe contractual, considerant la conducta empresarial proporcional i desestimant el recurs d'empara.

3.LA NAVEGACIÓ PER INTERNET

Amb la connectivitat com a regla general, dels ordinadors en les empreses (excepte aquelles que opten intencionadament a barrar-ne o a restringir-ne la connexió) a internet, s'ha generat un debat específic sobre la navegació. Fins i tot per part de corporacions que són obertament tolerants al seu ús, considerant-lo un recurs valuós o un dret atorgat als treballadors, com en el cas de l'entrevistat Ribas, (2017) quan comenta que "al lloc de treball (...) podem accedir a les xarxes socials, de manera moderada (...) s'han fet sessions informatives de bones pràctiques". Analitzarem tot seguit alguns casos.

En la STSJ(Galicia) AS 2001/3366, de 4 d'octubre, el treballador que ostenta la categoria d'enginyer tècnic que te assignada una direcció de correu electrònic i ple accés a Internet, sense que l'empresa hagi prohibit la seva utilització per a usos personals, se li obra un procés que acaba amb el seu acomiadament, fonamentat en el seu accés molt habitual a multitud de d'adreces de la xarxa, que suposen una gran part de l'ús total per part de tots els treballadors. En aquest context en el FD 2 es qüestiona si es troben vulnerats els drets derivats de l'art. 18 CE, en concret els de la intimitat i el secret de les comunicacions per part de l'empresari, per resumir d'una manera força espartana que en la carta d'acomiadament se li imputa una conducta impròpia en horari de feina, que ell destina a assumptes personals. I no podent plantejar si es considera nul·la la prova utilitzada per la empresa pel que fa al contingut de les direccions a les que ha accedit el treballador, ja que vulneraria el dret a la intimitat i el secret de les comunicacions, es procedeix a determinar la proporcionalitat de la mesura considerant que l'empresa te dret a vigilar els seus instruments de treball per a que no se'n faci un ús abusiu. I en conseqüència accedir als continguts visitats pel treballador és un mitjà idoni i concretar el nombre d'hores i de treball emprades y el cost econòmic que se'n deriva, el Tribunal considera complerts també els requisits de necessitat i de proporcionalitat. Considerant que el treballador ha transgredit la bona fe contractual, si bé el motiu és poc clar ja que s'esmenta que és per l'accés a direccions de qui se suposa que no hauria d'efectuar comunicacions alienes a les pròpies obligacions (quan consta com a fet provat que no hi ha establerta una

prohibició d'accés). En qualsevol cas, el TSJ estima l'acomiadament com a procedent.

L'anterior decisió eclèctica del TSJ, es totalment oposada a la del STS 723/2016, de 13 de setembre, on l'actora presenta una demanda de conflicte col·lectiu contra la seva empresa. Aquesta tot i formar part d'una corporació de radio i televisió, segons els antecedents del cas, només facilita als seus treballadors l'equipament informàtic necessari per la realització de les tasques relacionades amb el seu lloc de treball. Facilita l'accés a Internet en aquelles fonts d'informació relacionades amb la corporació o les tasques del lloc de treball. I es reserva el dret a monitoritzar i comprovar de forma aleatòria qualsevol accés a Internet iniciada per un treballador. I l'ús del correu electrònic queda reservat per a les tasques pròpies del treball. La demanda inclou la infracció del art.18 CE per atemptar contra el secret de les comunicacions y el dret de la intimitat. I el FJ 5 exposa que pel que fa a les monitoritzacions, sense cap tipus de limitació, ni traves, ha de posar-se en relació amb el poder de direcció de l'empresari, art 20.3 ET. Que si l'empresari prohibeix l'ús no hi ha expectativa d'intimitat o de secret de les comunicacions... En resum, conclou que pel que fa al judici de proporcionalitat, la exclusió de l'ús netament privat dels instruments informàtics posats a disposició per l'empresa als treballadors per a desenvolupar l'activitat laboral, és la mesura més benèvola amb els drets que s'entenen vulnerats, al ser aquesta exclusió idònia ja que compleix el legítim objectiu marcat.

En la STSJ 739/2009 de 10 de novembre, la treballadora, prestant els seus serveis com a administrativa és acomiada estan embarassada de 8 mesos. En la carta d'acomiadament, com consta en el FD ÚNIC s'esmenta la no recepció dels certificats de baixa i un llistat de les pàgines i xats que visitava la treballadora amb l'ordinador de la feina, especificant els llocs de la xarxa, la majoria dels quals tractaven temes com embaràs, nadons, guarderies i hotels. La primera instància va considerar aquests fets una violació de la bona fe contractual i un abús de la confiança. La sentència recorre a la jurisprudència per a recordar que l'ordinador és un eina de treball de l'empresari i en virtut del poder de vigilància i control empresarial (art. 20.3 ET), l'empresari no necessita consentiment, ni que el

treballador estigui davant. Però recorda també que si existeix un hàbit social generalitzat de tolerància amb certs usos personals moderats dels mitjans informàtics i de comunicació facilitats per l'empresa, aquesta tolerància crea també una expectativa general de confidencialitat en aquests usos. Tolerància que no es pot convertir en un impediment per al control empresarial, ja que aquest ha de garantir entre altres, la permanència del servei. La garantia de la intimitat s'estén també als arxius del treballador que estan en l'ordinador, que poden contenir dades íntimes dels treballadors. Aquest raonament resulta aplicable a la sentència al no constar que l'empresa advertís a la treballadora de les condicions d'ús i control de l'ordinador. Per tant, es declara l'acomiadament nul.

4.XARXES SOCIALS

La STC 241/2012, de 17 de desembre, versa sobre la demandant d'empreses d'una empresa que té un ordinador d'ús general per tots els treballadors. L'actora i una companya seva van instal·lar sense coneixement de l'empresa, el programa "Trillian" de missatgeria instantània, amb el qual van tindre diverses converses en les que van aparèixer comentaris crítics, en relació a companys de treball, superiors i clients. L'empresa va convocar una reunió amb elles on es van llegir algunes de les converses. Les treballadores van assumir l'autoria explicant que estaven tretes de context i l'empresa les va amonestar verbalment. Ambdues van interposar demanda contra la empresa i contra la responsable del servei. Una d'elles demanda empara al TC la vulneració dels seus drets a la intimitat personal (18.1 CE) i al secret de les comunicacions (art.18.3). El programa "Trillian" permet la comunicació entre os o més persones mitjançant els seus ordinadors, sent pràcticament idèntic a un sistema de telefonia, quedant arxivats en una carpeta de l'ordinador els textos transmesos, junt al nom i direcció de correu emprats. Aquí la demandant, raona la seva petició de protecció, davant l'absència de clau per accedir-hi. Més encara, així fonamenta també que degut a la prohibició d'instal·lar programes no feia falta entrar en les carpetes privades sinó era amb la voluntat de xafardejar en comunicacions alienes. En el FJ 3 es determina que el dret a la intimitat no solament preserva l'individu de la obtenció il·legítima de dades per part de tercers, sinó també de la revelació o divulgació d'aquestes dades. És a dir, està en relació amb la pròpia acotació que faci la persona de la seva intimitat. I en aquest cas no cap apreciar vulneració del dret a la intimitat des del moment en que la demandant amb els seus actes va exposar la seva privacitat de les seves converses, al incloure-les en el un ordinador que podia ser utilitzat per qualsevol altre usuari. Per això es rebutja la vulneració al dret a la intimitat. El FJ 6 analitza dos elements clau en relació al secret de les comunicacions: L'ordinador era d'ús comú per a tota l'empresa i aquesta havia prohibit la instal·lació de programes, dins del seu àmbit organitzatiu. Finalment el FJ 7 conclou que les treballadores al introduir-se en un programa d'ús comú configuren una comunicació oberta i no pot acusar-se a l'empresa de vulnerar el secret de les comunicacions quan aquesta va tenir notícia de la instal·lació del

programa per mitjà d'un altre treballador. Queda denegada així l'empara constitucional.

La STSJ 2671/2015 de 29 d'octubre, és se'ns dubte la més innovadora pel que fa a les TIC, ja que tracta de la incidència de l'ús de Facebook en el món laboral. L'actora es troba en situació de baixa laboral mentre penja fotos en el seu mur del Facebook diverses imatges on surt de viatge algunes d'elles acompanyades d'expressions que denoten un estat lúdic i no pas convalescent i altres imatges amb companys de la feina o amb productes fruit d'aquesta on consten insults i comentaris de menyspreu als seus companys, als caps i a la empresa. En el FD 1 consta la seva denuncia que compta amb la demanda de vulneració del secret de les comunicacions (18.3). El FD 3 explica que l'argumentació és que la prova pericial per a acomiadar la treballadora és denunciar la imatge dels menors en la prova pericial (18.3 més altres), però el tribunal recorda que qui ha penjat les fotos dels menors han estat els pares, ja que aquestes estan en la conta d'ambdós progenitors. Per tant, va haver-hi acord entre els progenitors per penjar les fotos dels seus fills menors doncs la publicació així ho requereix. I d'haver-hi infracció, ja que les fotos permeten identificar els fills (LOPD) la causant seria la mateixa treballadora. No existint vulneració de l'empresa del secret de les comunicacions. Més encara quan per accedir a les imatges, la empresa no ha hagut de passar cap filtre, estant el mur de la parella, obert i visible per a tothom.

VI. CONCLUSIONS

La primera conclusió en relació a l'objectiu marcat a l'inici del treball és que en l'àmbit laboral i per implantació de les TIC, els drets fonamentals a la intimitat i a la privacitat dels treballadors existeixen, però estan sent minvats. Es troben seriosament afectats per uns processos tecnològics que exposen i en la majoria de casos registren, els actes més rutinaris de les persones, ja sigui en lloc de treball o en l'àmbit de l'empresa. Concepte que amb les TIC s'amplia.

En aquest mateix sentit cal dir que els mètodes de control que faciliten les TIC, són, de fet, el panòptic d'avui dia. El poder de control empresarial s'amplia mitjançant aquestes tecnologies, que efectivament serveixen per a detectar incompliments, actes il·lícits i males pràctiques entre tot allò que registren. Però com ja havíem avançat, només visualitzem allò enjudiciat. Quantes hores de videovigilància han calgut per gravar aquell treballador bevent-se un suc? No ho sabem i si en fixem en les resolucions judicials, sembla que poc importa. Per això afirmem que aquests mètodes de controls van en camí de convertir-se en el somni dels empresaris que pretenen fiscalitzar tota l'activitat dels seus treballadors.

En segon lloc cal constatar que les TIC tenen una millor regulació en aquells sectors o aquelles empreses que més les utilitzen. Normatives sobre l'ús del correu electrònic, sobre l'accés a Internet, condicions pactades ad hoc o per conveni, aclareixen millor al treballador què pot fer amb les TIC o a través de les TIC, el que es tradueix en una millor disposició pròpia dels drets a la intimitat i a la privacitat.

En tercer lloc i en consonància total amb els vots particulars de la sentència de TC 39/2016, cal lamentar el que anomenarem judici del *in fraganti* o judici de justificació de l'empresari. Com el primer magistrat en dissentir de la sentència, trobem que el judici que ha de garantir que la mesura emprada per l'empresari te unes garanties, es converteix en una justificació banal a mesura que s'ha anat actualitzant la jurisprudència, en la qual la mesura és idònia perquè ha servit per detectar la infracció, és necessària perquè serveix com a prova i és proporcional perquè ja es tenien sospites sobre aquest treballador. I fent servir aquests

paràmetres cal coincidir altre cop amb el magistrat en que en aquest escenari sempre surt a relluir l'art. 20 ET en un procés on el contingut essencial dels drets fonamentals es dilueix i la raó empresarial preval.

En quart lloc cal destacar també el caràcter unidireccional de l'aplicació de les TIC, com a tecnologies de control. Si aquestes tecnologies són una aportació positiva en aquest camp, el seu ús hauria d'estar generalitzat en l'àmbit de l'empresa. Per contra no només les mesures de vigilància són aplicades des de qui ostenta una posició de poder a l'empresa cap al treballador, causa-efecte de la condició de subordinat, sinó que, per norma general, els qui han de suportar unes condicions més draconianes de vigilància i control són els treballadors amb un estatus més humil, que veuen més limitats encara el seus drets fonamentals a la intimitat i a la privacitat.

Com a propostes, des d'una perspectiva conciliadora, algunes de les mesures a prendre podrien ser:

Un canvi de doctrina que garantís que l'aplicació de les TIC és porti a terme amb la mínima afectació a la intimitat i a la privacitat. I on el test de proporcionalitat comporti la estricte necessitat, en el sentit que no hi ha hagut altre camí, respectant l'existència del contingut essencial.

La claredat empresarial, dins un marc de bones pràctiques. Tant pel que fa els usos permesos o no permesos de les TIC, com pel que fa als mitjans de control, els treballadors i els seus representants han de conèixer la seva existència i les conseqüències.

La immediatesa en la utilització de les TIC. Si es registra una conducta il·lícita, aquesta ha de ser posada en coneixement del treballador i dels seus representants i produir-se la sanció, no admetent-se en cap cas l'acumulació de proves.

Des d'una perspectiva conflictivista, els treballadors podrien:

Abstenir-se de mostrar cap opinió o de donar cap informació personal per mitjans de propietat empresarial, en una vaga de; només lo estricte. I pugnar per la

utilització de mitjans propis a la feina, recuperant així quotes d'intimitat i privacitat.

Finalment les TIC són cada vegada més en mans de tots. Per tant el treballador també pot fer enregistrar amb els dispositius que cregui adients la informació necessària per a utilitzar-la en el seu favor. Com ja està passant.

VII. BIBLIOGRAFIA

Aparicio Aldana, R. K. (2016). *Derecho a la intimidad y a la propia imagen en las relaciones jurídico laborales*. Cizur Menor: Aranzadi.

Balaguer Callejón, F. (2016). *Manual de derecho constitucional. Vol. II*. Madrid: Tecnos.

Corredoira, L., & Cotino Hueso, A. L. (2013). *Libertad de expresión e información en internet*. Madrid: Centre de Estudios Políticos y Constitucionales.

Rodríguez Escanciano, S. (2015). *Poder de control empresarial, sistemas tecnológicos y derechos fundamentales de los trabajadores*. València: Tirant lo Blanch.

Roig, A. (2010). *Derechos fundamentales y tecnologías de la información y de las comunicaciones (TIC's)*. Barcelona: Bosch.

ENTREVISTES

Puig, D. (08 / 12 / 2016). Entrevista per correu electrònic a D. Puig Administrador d'Ocigrup S.L. (J. P. Fernández, Entrevistador)

Ribas, J. (03 de febrer de 2007). Entrevista a J. Ribas per whatsapp programador a la Corporació de Mitjans Audiovisuals, S.A. (J. P. Fernández, Entrevistador)

VIII. ANNEXOS

Entrevista a David Puig, administrador d'Ocigrup S.L.

David Puig és el fundador i administrador de l'empresa Online Ocigrup S.L. dedicada a la creació de projectes digitals propis, principalment pàgines web i jocs online. La seva via de negoci es aconseguir audiència a les webs i monetitzar-les via publicitat, i pel costat del videojocs es també aconseguir jugadors i monetitzar-los via publicitat i micropagaments.

Bon dia Sr. Puig, gracies per accedir a realitzar aquesta entrevista que s'inclourà en el treball de fi de grau de RRL, "La intimitat i la privacitat del treballador, en l'era de les TIC".

Bon dia, és un plaer.

Sr. Puig, quina importància tenen les TIC en la seva empresa i en les tasques que realitza?

Son vitals, ja que la nostra empresa produeix productes digitals, així que necessitem treballar amb les últimes tecnologies per crear webs o videojocs per seguir sent competitiu i oferir productes interessants. També necessitem de les noves tecnologies de la comunicació per arribar als nostres consumidors i que finalment consumeixin els nostres productes o d'altres empreses que promocionem.

Com a empresari com ha implementat aquestes tecnologies en la seva empresa? És aquesta implementació, integral?

Sí, totalment integral. Fins i tot tenim el número de fax de forma digital que ens arriba al e-mail. Tenim oficina física a Barcelona i telèfon fix, però la resta es tot digital.

Entenc llavors que són una eina habitual, que fan servir tots els treballadors de la seva empresa.

Sí, totalment. Un treballador amb un ordinador amb accés a internet i el software adequat instal·lat ja pot realitzar la seva feina des de qualsevol lloc, fins i tot jo mateix puc realitzar la meva feina de la mateixa manera.

Part del treballadors, en sentit ampli, que formen part o treballen o han treballat per Ocigrup són els coneguts com a *freelance* no obstant, altre part són treballadors assalariats segons l'ET. Com gestiona l'empresa aquesta diversitat?

A nivell de feina treballen tots coordinats amb la resta de treballadors. Els *freelance* disposen de una gran flexibilitat que a molta gent els interessa, normalment qui es vol adaptar i demana treballar com a *freelance*, son gent de gran qualitat, molt professionals i productius, que els hi permet treballar unes hores i dedicar altres a projectes personals o be a treballar per altres empreses.

Els treballadors assalariats tenen mes obligacions de fer hores però a canvi d'una certa estabilitat, al final poden treballar feines similars. Com a resum sobre aquest tema la nostra experiència al llarg del temps, ens hem trobat que son mes productius els *freelance* que els assalariats, ja que una bona part dels últims, amb el temps, tendeixen a acomodar-se.

Des del procés de contractació, fins al d'acomiadament, si es dona, quins avantatges creu que li ofereix el teletreball o una gestió de personal portada a terme mitjançant les TIC?

Nosaltres contractem de forma digital, sovint buscant perfils de persones i veiem les feines que aquests han publicat als seus blocs o twitter. Si veiem que tenen el perfil de treballador que estem buscant, hi contactem, i si arribem a una acord lo normal es contractar-lo molts cops sense ni una trucada de veu. Encara que si es resident a Catalunya li proposem de passar un dia per la nostre oficina física, sovint no es dona el cas, ja que tenim gent a Madrid, Galicia, UK, Berlin i Milà. Cal apuntar que els residents al estranger sempre treballen amb nosaltres com a *freelance*.

Com a gran avantatja ens permet trobar el perfil de persona ideal, amb molta velocitat i pocs recursos, si saps on buscar.

I quins desavantatges?

Les desavantatges es que molts cops la persona no es desenvolupa exactament tal com esperaves que funcionés, però això no se si es podria solucionar amb una entrevista personal.

També la distància refreda les comunicacions “personals” entre treballadors i sovint costa q actuïn com a un grup. Després amb el temps tenim el problema que alguns treballadors s’acomoden a la seva rutina, i això fa que siguem molt menys competitius amb empreses que només contracten freelance.

Com a empresari quins mitjans fa servir per a controlar o per a verificar el treball efectiu dels seus treballadors? Quins mètodes coercitius pot aplicar en un moment donat?

Això ha anat canviant molt al llarg dels anys, al principi e-mail i Messenger, després Skype i grups de Skype , que ens permet treballar en grup , fer videotrucades, compartir pantalla del ordinador i altres avantatges per poder compartir arxius i informació de forma relativament ràpida. També tenim un software propi de gestió de tasques amb uns comptadors de temps que ens permeten saber el temps dedicat per el treballador per cada projecte o tasca que li ha esta assignada.

Sap que des de fa anys, la instal·lació de mètodes de control, com poden ser les càmeres, els micròfons o més recentment, el control del l'ús d'internet, per part dels treballadors han estat temes polèmics. Diverses sentències han mostrat una tendència a ponderar el dret empresarial i els drets fonamentals dels treballadors. Com creu que s'haurien d'encarar aquestes problemàtiques i on estaria el límit del control empresarial, mitjançant les TIC?

Personalment, penso que si tens un treballador assalariat, i el tens a la oficina, tu pots aixecar-te i anar a veure com li va la feina q esta fent, amb el teletreball no

tens aquesta possibilitat si no fas servir uns softwares especials per fer el seguiment. Però cal remarcar que al món de la tecnologia sempre hi han formes de anular o manipular aquets softwares de control, així que tampoc son 100% fiables.

Penso que seran necessaris implementar uns seguiments estrictes als treballadors assalariats ja que per experiència son els que mes intenten aprofitarse de la situació de poc control presencial. Nosaltres no fem servir web cams ni controlem el e-mail del usuari facilitat per l'empresa, tot i així a mesura que hem anat detectant un abús del treballador, les nostres mesures s'han anat endurint. Però bàsicament el mètode que més ens ha funcionat es que els encarregat del projecte estigui molt a sobre, via Skype , preguntant com van els progressos i exigint uns resultats. La contra partida es que aquesta persona ara ha de dedicar molt mes temps a controlar el equip, per garantir que es despisti lo mínim possible.

Disposen els seus treballadors d'un ús propi i personal dels mitjans informàtics?

Si , en casos que nosaltres subministrem el dispositius electrònics o software al treballador, és possible que el treballador en faci un us personal de aquets bens de la empresa, ja que ens es impossible de controlar, però tampoc no ens preocupa si el treballador acaba realitzant la seva feina de forma satisfactòria.

Tenen correu electrònic com a treballadors de l'empresa? Poden fer-lo servir per a usos no laborals? Podrien, per exemple, usar-lo per a distribuir informació sindical?

Si disposen de un e-mail propi de empresa que podrien fer-lo servir per us personal, ja que nosaltres no controlem els continguts dels e-mails. Però els treballadors saben que el dia que deixen la empresa aquest correu ja no hi tindran accés. Així q penso que pocs treballadors en fan un us personal. Per tema de distribució de informació a tota la plantilla, no disposem de una llista de correu generals a la empresa. Però de totes maneres podrien fer-ho a un dels dos grans grups de treball de Skype, on hi son tots els treballadors, desenvolupadors o editors de contingut. En aquests dos grups de Skype no existeix moderació tot hi

que el 90% dels continguts son relacionats amb la feina , també alguna vegada surten temes “offtopic” que permet humanitzar el nostre dia a dia.

Per últim Sr. Puig, es te la percepció que el teletreball va vinculat a una poca proximitat entre treballador i empresari. En aquest sentit, te l'empresa algun mitjà per a salvar aquestes distancies? Hi ha canals per a una comunicació fluida o en tot cas, per a que l'empresari pugui rebre un feedback per part del treballador?

Com ja he comentat fem un us molt intensiu de Skype, ara una eina de Microsoft. Aquest ens permet mantenir el contacte constant amb els treballadors, mantenir un feedback amb el treballador bastant bo, però no perfecte.. . Encara no hem trobat la manera que permetés un contacte tant ràpid i un feedback tant clar com tindre el treballador a deu passos. També fem servir eines del núvol, per compartir fitxers, fulles de càlcul de col·laboració on varies persones poden estar modificant el mateix arxiu i com no els e-mails.

També amb alguns treballadors ens veiem a fires internacionals de videojocs, que també són l'excusa per trobar-te cara a cara amb treballadors que durant tot l'any només parles per Skype.

Moltes gracies per haver accedit a participar en aquesta entrevista Sr Puig. Que passi bones festes i molta sort en el futur.

Gracies a tu per interessar-te per nosaltres, espero que el que hem parlat et serveixi pel treball.

Entrevista a J. Ribas, programador a la Corporació Catalana de Mitjans Audiovisuals, S.A.

Bona tarda Sr. Ribas, gracies per accedir a realitzar aquesta entrevista que s'inclourà en el treball de fi de grau de RRLL, "La intimitat i la privacitat del treballador, en l'era de les TIC".

No es mereixen, encantat.

Sr. Ribas, quina és la seva feina, actualment?

Estic assignat al departament de Mitjans Digitals, on faig de programador de "front-end".

Quina implantació i importància tenen les TIC al seu lloc de treball habitual? I quina implantació tenen en la empresa?

Al desenvolupament de la meva feina les TIC tenen molt alta implantació, especialment en els àmbits de comunicació i xarxa de recursos, però també a la gestió dels equips humans i processos concrets de producció.

Quin tipus de control es porta a terme a l'inici de la jornada?

Tenim un sistema de control de presència. A l'entrar a l'empresa hem de fer servir una targeta personal per fitxar, també la fem servir al sortir. Aquests registres poden ser consultats pel propi treballador, el caps d'àrea i el departament de recursos humans. A final d'any, si el recompte no quadra, procedeixen a demanar la recuperació d'aquestes hores. No gaire sovint els caps han demanat extractes d'aquestes dades per a altres actuacions concretes.

Quines eines/noves tecnologies feu servir per a portar a terme el treball diari?

Per a comunicar-nos tenim un correu corporatiu Outlook i Skype. Alguns processos informàtics ens envien e-mails amb informes del funcionament del serveis. Tenim diverses eines en format web per a la gestió/control de les tasques dels equips, la més freqüent és Jira. En alguns moments concrets també Trello.

Alguns equips petits han fet servir eines col·laboratives de *teamworking* com Slack. La feina es documenta amb un servei tipus wiki, de manera que el coneixement és accessible per a tots els treballadors. A més, el codi font dels projectes, es comparteix en un repositori comú, un sistema de control versionat. També tenim diversos CMS.

Moltes de les eines que fem servir al nostre dia a dia tenen control d'accés amb contrasenya. Les contrasenyes de les eines de l'empresa estan gestionades amb un gestor de privilegis d'usuari. Segons el grau que ocupa un treballador a l'organigrama o el lloc de feina que desenvolupa, tindrà privilegis per a accedir a determinades contrasenyes. També tenim automatitzades moltes tasques de la pròpia producció executant webdrivers, una mena de bots.

Teniu algun espai virtual compartit? Intranet, unitats, correu compartit...

Així és. Tenim intranet per comunicació corporativa, recursos humans, etc. També tenim unitats de disc compartides. I serveis tipus dropbox que fem servir menys habitualment. És probable que tinguem comptes de correu compartit per a coses puntuals, jo no n'he fet servir.

Es permet l'ús d'aquestes tecnologies per usos lúdics o no laborals?

Al lloc de treball podem escoltar radio o música. I podem accedir a les xarxes socials de manera moderada. Les xarxes socials són part del nostre producte, ens cal tenir-hi accés, ja que hi fem promocions, auditem impacte mediàtic, etc. S'han fet sessions informatives de bones pràctiques a les xarxes socials a molts treballadors, i en general la empresa vetlla per la imatge pública que els treballadors poden donar de l'empresa a les xarxes.

Quines restriccions hi ha en l'ús de les noves tecnologies? Hi ha normatives internes, per exemple?

Poques. Entre els companys dels equips hi ha una mínima vigilància de conducta. Per exemple evitar portar els mòbils a reunions i coses similars. L'empresa fomenta l'aprenentatge de les NTIC amb sessions informatives i cursos. Va fer

arribar de bones pràctiques als treballadors més rellevants a l'esfera pública. I a la Intranet hi ha documents informatius, etc.

De quina manera porta l'empresa el control del treball efectiu? Hi ha càmeres, micròfons, detectors de moviment? Hi ha sistemes de control com monitoritzacions o escoltes telefòniques? Hi ha control efectiu de la dedicació del temps a cada projecte? Com viu aquests amb aquests controls en relació amb el desenvolupament de la seva feina?

Tenim un sistema d'imputació de temps a les tasques de cada projecte. Fins on jo sé, es fa servir només en àmbit comptable. Crec que tenen utilitat.

Quan a dispositius de seguretat n'hi ha diversos; com càmeres a entrades i zones comunes. Hi ha alarmes, sensors d'incendi, crec que en algunes zones exteriors hi ha control perimetral. A l'edifici principal els visitants han de passar per un arc detector, també les maletes. Hi ha registres d'entrada i de sortida. Fins i tot hi ha una registre de l'ús de les impressores de paper. No tinc constància de cap tipus d'escolta telefònica o micròfon.

Creu que l'empresa distingeix, dins els espais compartits, el que vostè considera privat/personal de la resta? I en concret, en referència a la seva intimitat?

Hi ha una webcam enfocant el pati interior gran de l'entrada principal que en determinats moments pot ser connectada a l'emissió en directe del canal, però per l'angle i la distància no es distingeixen gaire les persones...

En general penso que la empresa ho distingeix i ho respecta en un grau molt alt. És cert que a vegades les pròpies dinàmiques humanes i l'ús de les xarxes socials difuminen alguns espais d'intimitat, però són fàcils de bloquejar, per tant el grau d'intimitat és en mans de cada treballador.

Ha sentit alguna vegada que l'empresa ha vulnerat la seva privacitat? I la seva intimitat?

No especialment. Tenim reconeixements mèdics voluntaris, aquest és un dels moments de més intimitat que pots compartir amb l'empresa. En general tenir disponible un servei mèdic dins l'empresa es percep positivament. Imagino que en determinats casos algú no vulgui entregar aquesta informació mèdica a l'empresa, però en el meu cas no en tinc inconvenient.

Ha passat amb algun company/a?

Hem tingut actuacions policials dins les instal·lacions. Es va detenir un treballador fent servir informació de registres corporatius...

Com viu aquesta convivència entre el treball, com a treballador assalariat, i les NTIC?

Amb normalitat, no sóc nadiu digital però me'n sento. Faig servir constantment les NTIC en la meua vida personal. No seria natural en mi no fer-ho també en l'entorn laboral.

Quines avantatges creu que aporten les TIC en el seu lloc de treball?

El sector del desenvolupament del software evoluciona a gran velocitat, les rss, els blogs i les xarxes socials faciliten estar al dia de les novetats. Ajuden en la autoformació. D'altra banda la facilitat d'accés al recursos laboral i d'informació, des de qualsevol entorn fan augmentar l'eficiència i ser més resolutius.

Quines desavantatges?

Les xarxes socials poden esdevenir una font de distracció, fins i tot fora de la feina poden arribar a provocar cert estrès o addicció. D'altra banda aquesta monitorització continuada amb càmeres, etc, atorga molt poder al controlador, em preocupa la possibilitat de que es facin servir amb intencions il·lícites.

Si us plau, si hi ha quelcom més que li agradaria afegir, li estaria agraït que ho fes constar.

Les NTIC em fan dubtar de la necessitat presencial diària a l'oficina. Permetrien aplicar models de teletreballs molt eficients. Estic estranyat de que no es fomenti

el teletreball des de les institucions, les avantatges ecològiques, familiars i econòmiques són inqüestionables.

D'altra banda admeto cert temor per l'evolució dels processos d'automatització de la feina. Els llocs de treball es reduiran i els nous perfils laborals exigiran un coneixement tècnic molt alt.