

IV Jornadas Provinciales de Derecho del Trabajo, Alta Gracia, 8 11 de noviembre de 2016, organizadas por la Asociación Argentina de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, Córdoba.

Nuevas tecnologías informatizadas y derechos colectivos

Ciberhuelga y ciber lockout¹

Por César Arese

SUMARIO: I. El daño cibernético. II. La transformación tecnológica, estructural y espacial de la empresa. III. Campaña electrónica como medio de acción sindical. IV. Ciber activismo, boicot y hackeo. V. Individualización de la huelga (el caso del teletrabajo). VI. El celular en el lugar de trabajo como herramienta de acción sindical. VII. Sistemas audiovisuales e informáticos como medios de acción anti sindical. VIII. Conclusión

I. El daño cibernético.

El mundo de la Nuevas Tecnologías Informáticas (no se podría decir el submundo, todos están en él) ha venido a transformar las relaciones de espacio y tiempo. Ha cambiado una parte del sentido del espacio, de uno más o menos real o tangible a otro inmaterial, abstracto y hasta indefinido o infinito, el llamado “ciberespacio”. También se ha transformado una porción de sentido del tiempo; del tiempo cronológico secuencial al “tiempo real”, es decir, la instantaneidad, que domina la información y amenaza imperar en la forma de pensar. Si la vida empresaria en situación de conflicto, de un lado, y los movimientos sindicales, por otro, son parte de ese nuevo mundo, ¿porqué no habrían de cambiar, su morfología y dinámica real?

Tal como se la conocía, la huelga implica, en su etapa previa y en su ejecución concreta, procurar un daño destinado a forzar una negociación, una alternativa de solución negociada o la imposición de una postura y se manifiesta físicamente con acciones traducidas en pérdidas de producción o servicios. Históricamente, se visualiza a través de la actuación de los efectivos (activistas y adherentes) sindicales cuyo punto culminante, si se tiene en cuenta las variedades preparatorias y propagandísticas, se verifica con la ejecución física e personal o pluriindividualcorporizado colectivamente de los trabajadores de la abstención de prestar servicios, según la modalidad adoptada.

De ese rol caliente, de choque tradicional y personal, se apartan nuevas formas de ejecutar las medidas de acciones directas. El medio informático, frío, mediatizado, etéreo y hasta inasible en cierto sentido, ha mutado ciertas manifestaciones del conflicto. De los años setenta, el mundo no es el mismo con las Nuevas Tecnologías Informatizadas y las manifestaciones del conflicto laboral, han venido a incorporarse a esta onda mundial y definitiva, en lo cultural, tecnológica y obviamente, lo social. Fundamentalmente, se trata de

¹ Ponencia ante las IV Jornadas Provinciales de Derecho del Trabajo, Alta Gracia, 8 11 de noviembre de 2016, organizadas por la Asociación Argentina de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, Córdoba.

un medio relativamente económico en términos de relación entre esfuerzos, gastos e inversiones, por una parte, y resultados o efectos del conflicto, por otro.

Pero del lado de la economía real y de la perspectiva empresarial, las herramientas de la NTI también se expresan en situación de conflicto laboral. Al menos, dos aspectos aparecen evidentes. Uno es la posibilidad de obviar la mano de obra intensiva en determinados sectores y, con ello, la debilidad de su retención en caso de huelga. La otra, es la ligereza, volatilización, migración y transformismo que puede adquirir el componente productivo y su expresión física, el establecimiento y, más aun, la explotación o las explotaciones.

II. La transformación tecnológica, estructural y espacial de la empresa.

Naturalmente, que no es posible una generalización acerca de la fragmentación e inclusive dispersión productiva tanto estructural como espacial de la empresa. Hay sectores donde se manifiesta más claramente, como en el de las comunicaciones o informática pero, de una u otra manera y salvo reservas expresas de mercado o de cercos explícitos, la mundialización se adentró en los sistemas de producción o servicios de tal manera que ninguno escapa. Todos están impactados, al menos indirectamente.

La posibilidad de valerse de la externalización, contratación, subcontratación y cesión de partes de procesos productivos como modo, para algunos, de optimizar los resultados y la especialización, pero a la vez, reducir la concentración organizativa y de mano de obra y sus regímenes legales, convencionales y de representación.

De otro lado, la automatización e informatización procesos conlleva de por sí la posibilidad de prescindir de mano de obra y por lo tanto, no habría quién haga la huelga, sencillamente. El tema tuvo particular debate en la jurisprudencia española, en los casos de huelga en servicios de radio y televisión. Las emisoras fueron demandadas porque, mientras se cumplía con una huelga, se continuó con la difusión de programas por disposición de la empresa.

De tal suerte, podría decirse que una de las principales acciones de fuerza del sector empresarial, no es la fuerza directa, sino de la *evanescencia y la capacidad mutante y transformista* de ciertos sectores empresarios.

III. Campaña electrónica como medio de acción sindical

En verdad, la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo Español en la que niega a los sindicatos el derecho a utilizar los medios informáticos propios de las empresas para enviar correos electrónicos a sus afiliados y secciones sindicales en dichas compañías, debería tratarse como “antecedentes históricos” del tema. Tanto la cuestión del uso del correo electrónico

En efecto, en febrero de 1999, el sindicato español CCOO, desde el servidor externo Comfia.Net, y a través del servidor interno del BBVA, comenzó a enviar a los trabajadores de la empresa por correo electrónico mensajes de información de acción sindical.

No hubo oposición de la empresa a tales comunicaciones hasta el 13 de febrero de 2000, en que, debido a la "avalancha de correos masivos, de desmesurado tamaño" procedentes del sindicato, que produjo "colas de espera" de correos, la empresa decidió filtrar su entrada

rehusando los mensajes. El TS dio la razón al banco BBVA en su conflicto con el sindicato Comisiones Obreras. La resolución estima un recurso subrayando que "no hay norma jurídica alguna que conceda al sindicato el derecho a utilizar los medios informáticos del Banco para realizar la comunicación con sus afiliados y con las secciones sindicales"².

De lo que se trata, en la huelga, es utilizar un medio de daño para conseguir la solución de un conflicto, sin importar en definitiva si los medios van mutando conforme los tiempos. Desde entonces, universos tecnológicos enteros han aparecido, desaparecido o evolucionado. La universalización de Internet ha generado medios de acción sindical como las cadenas de correos y mensajes de texto electrónicos, foros, páginas, facebook, twitter, whatapps, etc. destinadas a promover el boicot o las propias medidas de presión, lo que ha dado este medio cierta efectividad. Desde los sindicatos y los trabajadores como colectivo los medios informáticos son vehículo de:

- a) Simple información.
- b) Publicidad
- c) Denuncia.
- d) Coordinación organizativa de la acción.
- e) Acción en sí misma mediante las campañas de diversidad de tipo (adhesión, protesta, denuncia, revelación de datos, etc)

IV. Ciber activismo, huelga, boicot y hackeo

El hasta hace un tiempo preponderante *mail sindical*, tiene aplicaciones que pueden ingresar en la categoría de medio de acción directa sindical. En efecto, si bien es un medio informativo, también lo puede ser de denuncia, movilización, revelación de secretos, etc. Se registran conflictos con su utilización Alemania, EEUU y en empresas multinacionales en particular. Un caso emblemático es el "Caso Nike" de ropa deportiva objeto de denuncias por la presunta utilización de trabajo esclavo.

La conformación de redes, comunidades, grupos de activistas es ya moneda corriente como parte de movimientos de diversidad de tipos (sindicales, ambientales, consumidores, política, etc.)

El uso del mail en lugar de trabajo, posee ya un largo camino transitado, desde, por ejemplo, su uso indebido o abusivo que elemento fundante del despido causado (Por ej. CNAT, Sala X, 13/8/03), "García Delia María Del Rosario c/ YPF Yacimientos Petrolíferos Fiscales SA s/despido"³) a su utilización como instrumento de expresión individual de

² Añade que la utilización del sistema podrá ser objeto de negociación colectiva o acuerdo de cualquier tipo, pero, mientras no se obtenga, "la utilización deberá ser expresamente consentida" por la empresa. Asimismo, el Supremo señala que el artículo 8 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical, de 1985, consagra el derecho de los afiliados a recibir la información que les remita su sindicato, "mas no establece que sea la empresa la que deba facilitar los medios materiales para llevarla a cabo".

³ "Con que resulte probado que la actora dedicó cierta cantidad de tiempo durante su jornada de labor en trabajos que ninguna relación tenían con sus funciones y utilizaba para ello los medios de comunicación de la compañía (porejemplo e-mails) existiría sin duda una violación al deber de diligencia y buena fe que generaría pérdida de confianza."

"El hecho de utilizar las herramientas de trabajo para fines personales (y durante el tiempo de trabajo, cabe acotar) contraría deberes del trabajador contemplados en nuestro ordenamiento, tales como el de realizar el trabajo (art. 21 LCT -Ley 20744-); el de diligencia (art. 84) en especial con dedicación adecuada a las

solidaridad y acción sindical cuya represión significa un acto discriminatorio (CNAT, Sala IX, “Greppi, Laura Karina c/Telefónica de Argentina SA s/Despido”, 31/5/05)⁴.

La expansión de estos recursos imprescindibles de la llamada “ciber-huelga” o la acción de fuerza a través de Internet u otros medios tecnológicos ha llevado a su discusión en negociación colectiva, como en el caso de Francia⁵.

La acción puede también traducirse en el “ciber boicot” sindical. De ejercicio social, externo y “de clase”, su utilización efectiva e impactante hace un siglo atrás, fue decayendo. Hasta que llegó la informática, la comunicación en red, los foros, es decir, medios de encuentro social e inclusive internacional, en que el llamado a hostilizar y no adquirir determinados productos se convirtió nuevamente en instrumento de acción (eso si no exclusivamente sindical, sino ambiental, de consumidores, etc.)

Su utilización se mueve dentro del ámbito de la manifestación, protesta y libertad de expresión humana. Difícilmente pueda impedirse, inclusive judicialmente, en tanto no se falseen hecho o se incurra en acciones criminales.

De otro lado, a nivel especulativo por lo menos, nada impide pensar en la conformación de grupo de “hackers sindicales” al modo de un piqueteo o bloqueo. El anglicismo hacker devino en peyorativo porque se lo identifica con el especialista en programación informático que ingresa ilegalmente en sistemas para extraer información o destruirla. Sin embargo, de origen se trata de expertos en programación en la utilidad de operaciones de tecnología como aparatos tecnológicos, computadoras, celulares y redes para hacerlos accesibles a todos, inclusive hacer justicia por mano propia o sostener objetivos altruistas y sociales en beneficio de sectores desvalidos o contra los focos malignos de poder mundial. El fenómeno hacker tiene un importante componente de aperturismo y liberación de conocimientos e información que, a través del activismo de estos especialistas, benefician a la sociedad en general.

características de su empleo y a los medios instrumentales que se le provean, el cual se integra con las directivas genéricas de los Arts. 62 y 63 LCT: el dependiente debe cumplir su prestación de buena fe, como un buen trabajador y obrar con criterios de colaboración y solidaridad. También cabe tener en cuenta el deber de fidelidad que está consagrado genéricamente en el art. 85 LCT Ley 20744.”

“Más allá de que la actora haya obtenido las mejores calificaciones y fuera considerada una excelente empleada a juzgar por los resultados de su trabajo, no cabe soslayar que el empleador la contrató por tiempo y no por rendimiento y que ella distrajo parte de ese tiempo en tareas ajenas y utilizó en forma impropia un medio de comunicación que le brindaba la accionada: el correo electrónico, que no está destinado al esparcimiento ni puede utilizarse para realizar solapadamente tareas paralelas sino que es provisto evidentemente para facilitar el cumplimiento del objeto de contrato y, en última instancia, para alguna comunicación personal urgente.”

“A la luz de todo lo expuesto, considero innecesario entrar en la investigación de cómo y quién contactó a los sponsors del site y que con los elementos analizados considero suficientemente cumplidos los requisitos de causalidad, proporcionalidad y oportunidad en la decisión de la ruptura contractual”.

⁴El despido sin causa dispuesto –y reconocido- por la demandada por haber el trabajador remitido una misiva vía email a sus compañeros de trabajo instándolos a adoptar acciones colectivas pacíficas en solidaridad con los trabajadores de Aerolíneas Argentinas, resulta comprendido en la categoría enumerada en el dispositivo de la ley 23592, por constituir una restricción impuesta por la empleadora al pleno ejercicio del derecho de cuño constitucional a propagar sus ideas (art. 14 C.N.). Asimilado, por influjo del art. 1 de la ley citada, el acto discriminatorio al acto nulo, la solución que prevé la norma es imponer el restablecimiento de las cosas al mismo o igual estado en que se hallaban antes del acto anulado (art. 1050 del C.Civil). (En el caso, la sentencia obligó a la demandada a reincorporar a la actora).

⁵RAY, Jean-Enmanuel, informe francés en AAVV, Antonio Marzal editor, *La huelga hoy en el derecho social comparado*, Boch E., Barcelona, 2005, p. 260, informa que cuarenta convenios establecen el derecho de los sindicatos a manejar tableros de anuncios virtuales por intranet.

Nada impediría conformar un grupo que, puesto a trabajar a favor de una causa sindical, optimice su acción en campo la programación informática.

Claro que, nadie desconoce los límites penales que determinadas conductas pueden encontrar en su camino, si se trasgreden normas establecidas en resguardo de la información. Concretamente, lo establecido en el Cap. III, Violación de Secretos y de la Privacidad, del Código Penal, en tanto se viole la comunicación electrónica (art. 153); acceso indebido a un sistema o dato informático de acceso restringido (art. 153 bis); apoderamiento o publicación indebida de correspondencia (art. 154 y 155); divulgación de secretos (156 y 157) o acceso indebido a bancos de datos personales (art. 157 bis).

V. Individualización de la huelga (el caso del teletrabajo)

En el caso particular los tele trabajadores, se replantea la posibilidad de un ejercicio de la huelga claramente atípico. El “establecimiento” es el ordenador que puede conectarse (o desconectarse, ¿quién sabe?) a un empleador o una cadena de empleadores. En cualquier caso, puede pensarse en la individualización de la huelga o, en el mejor de los casos, la huelga en cadena de ordenadores instalado o movilizándose, en cualquier parte del mundo.

La concertación podría ser colectiva como usualmente ocurre, pero esta modalidad de trabajo supone una fuerte individualización. Por otro lado, el tele trabajador puede gozar de determinada autonomía técnica, orgánica y funcional que le permite disponer de tiempos, localizaciones y hasta modalidades de tareas.

Aquí hay un “doble vía”. El empleador puede fácilmente “desconectar” o bloquear al tele trabajador suprimiendo su eventual resistencia. Pero este último puede poseer información sensible y estratégica del empresario del cual depende, según los casos. Una acción del primero podría, eventualmente, liberar al segundo de su sigilo o secreto profesional, en el peor de los casos, y de los deberes de colaboración o solidaridad en la preservación de la información. Un ejercicio del derecho de huelga en procesos continuos o de sostén de sistemas informáticos o implicando información esencial del empleador o una excepción de cumplimiento contractual por el simétrico incumplimiento del empleador (art. 1031 CCC), significaría un alto riesgo para el empleador.

VI. Dispositivos móviles y celulares en el lugar de trabajo como herramienta de acción sindical

La utilización generalizada de dispositivos móviles en los lugares de trabajo, a diferencia del fenómeno anterior, posibilita la participación instantánea de los trabajadores en la vida gremial. Significa la difusión inmediata de noticias, denuncias, consultas y decisiones sindicales.

La comunicación personal y social, se ha convertido en parte e insumo básicos de la vida cotidiana pero a la vez integra el concepto de derecho humano de libertad de pensamiento y de expresión (arts. 9 DUDH; 9, PIDCyP; 13, CADH y art. 1 y 2 de la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión, DIDH) cuyo ejercicio necesita como alimento del acceso a la información. De hecho, estos dispositivos personales móviles se están convirtiendo en el principal medio de información y comunicación social.

El móvil individual es prácticamente una extensión de la persona donde almacena datos sensibles, privados e íntimos, archivos, historiales y canales de comunicación y expresión que,

podría decirse, son ya parte de la persona misma. En determinados trabajos, son los propios empleadores los que los han incorporado a las tareas y son muy difusas las fronteras entre la utilización corporativa y personal.

Consecuentemente, la restricción de uso, topa con derechos humanos fundamentales que se manifiestan y ejercen en el lugar de trabajo y se convierten en derechos humanos laborales. No se quiere expresar que su uso no pueda sufrir limitaciones, con la consecuente restricción de derechos esenciales, en tanto sea funcional, fundada, razonable, idónea y necesaria. No se desconoce que un uso ilimitado, podría insumir buena parte de la jornada, pero una prohibición de uso durante toda o buena parte de la jornada cuando no hay alteración o sustracción en las funciones, no se justificaría en términos generales.

En definitiva, debería pactarse en convenios colectivos, la modalidad de utilización a los fines de no dejar librado al buen o mal criterio del empleador este medio imprescindible en la vida cotidiana y en la vida de relación.

VII. Sistemas audiovisuales e informáticos como medios de acción anti sindical.

Sobre la libertad de expresión en el ámbito laboral, incluido en algunos casos, en asuntos sindicales, se ha ocupado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en⁶:

- *“Palomo Sánchez y otros c. España”*, de 12 de septiembre de 2011. Se cuestionó la decisión empresarial de despedir a los trabajadores, afiliados a determinado sindicato, tras haber proferido determinadas expresiones, consideradas por las resoluciones estatales de carácter ofensivo, hacia el empresario, en boletín sindical.
- *“De Diego Nafría”*, de 14 de marzo de 2002. El demandante, funcionario público, alegaba que su despido como empleado del Banco de España, por razón del contenido de una carta que había enviado al subdirector general de esta entidad, había supuesto una violación –entre otros- de su derecho a la libertad de expresión, en la forma garantizada por el artículo 10 del Convenio)
- *“Fuentes Bobo c. España”*, de 29 de febrero de 2000. Se apreció que el Estado había incurrido en vulneración del artículo 10 del Convenio, cuando, a propósito de las críticas vertidas por un programador de TVE (el Sr. Fuentes Bobo) contra diverso personal directivo del Ente Público, y contra este mismo, fue despedido.

Del lado empleador, es paralelamente idónea la utilización de medios informáticos de modo anti gremial. En primer lugar, aparecen los medios de vigilancia y control a través de cámaras y grabaciones. Todos saben que, en principio y en países con alta inseguridad, se han vuelto imprescindibles para garantizar la defensa de personas y bienes del establecimiento. Pero, igualmente, idóneos para la información y control de la actividad de petición, decisión y acción sindical. Es obvio que, en este sentido, el empleador no puede ejercer estos controles audiovisuales sobre las áreas de deliberación y decisión gremial (locales, circulación de dirigentes y asambleas) ni indagar, de modo oculto y sin sobre-aviso, sobre cualquier actividad de los dependientes del establecimiento.

Tampoco puede incidirse en la difusión de correos y mensajes electrónicos de cualquier tipo de las entidades sindicales, aunque es conocida la existencia de filtros y bloqueos de correos “no deseados”. Estas limitaciones significan restricciones a la libertad de expresión y comunicación sindical.

⁶ MARTÍNEZ MIRANDA, Macarena, *Jurisprudencia social del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Lex Social, vol. 6, núm. 1 (2016), p. 353

VIII. Conclusión

En fin, las nuevas tecnologías informatizadas se han incorporados a la vida de conflicto colectivo de trabajo como medio de información y de acción, obligando a un replanteo de las reglas y métodos en juego⁷. Tiempos, espacios, procedimientos y contenidos del accionar colectivo, se han alterado definitiva pero no totalmente. Es que, en el fondo, está cambiando el escenario, pero la esencia de los intereses confrontados, no ha variado para nada. Vino viejos en odres nuevos.

⁷ MARTINEZ GARRIDO, Luis R. *Los nuevos sistemas de comunicación electrónica y la representación colectiva de los trabajadores en la empresa*, Derecho Colectivo, Cuadernos de Derecho Judicial, III, 2003, Madrid, p. 287.