

LA ACTUACIÓN DE LOS DETECTIVOS PRIVADOS COMO INSTRUMENTO DEL CONTROL EMPRESARIAL

EVA GARRIDO PÉREZ
Catedrática de Derecho del Trabajo
Universidad de Cádiz

EXTRACTO **Palabras Clave:** Detectives privados, protección de datos, poder de control empresarial

El recurso por empleador a los servicios de un detective privado para someter a sus trabajadores a vigilancia con fines de control del cumplimiento de deberes contractuales, por muy frecuente que sea debe no obstante someterse al análisis de su corrección jurídica y constitucional desde el examen integrado de la normas específicas sobre seguridad privada y protección de datos personales. Un planteamiento que permite comprobar cómo, a pesar del refuerzo jurídico otorgado al derecho fundamental a la privacidad de datos personales (por obra de la Ley 3/2018, de 5 de diciembre, que trae causa del Reglamento 2016/679/UE) sigue habiendo fisuras interpretativas por las que se mantiene un amplio margen de operatividad para los poderes empresariales de dirección y control de la actividad laboral, amparando un interés legítimo al recurso de vigilancia privada, que a pesar de no ser ni informada ni consentida por el trabajador, se acepta como no lesiva del derecho a la privacidad de sus datos personales, y aun cuando por lo general el tratamiento de tales datos se funcionaliza a adoptar acciones disciplinarias contra el trabajador. Las fisuras normativas detectadas han de ser corregidas por una adecuada aplicación del juicio de proporcionalidad que ponga el acento en la estricta necesidad de la vigilancia privada y el tratamiento de los datos obtenidos, y no en la mera oportunidad o idoneidad de tal actuación al fin propuesto de garantizar el cabal cumplimiento del contrato de trabajo.

ABSTRACT **Key Words:** Private detectives, data protection, power of employer control

The use by employer of the services of a private detective to subject his workers to surveillance for the purpose of monitoring the performance of contractual duties, however often, it must nevertheless be subject to the analysis of its legal and constitutional correction since the integrated examination of the specific rules on private security and the protection of personal data. An approach that allows to see how, despite the legal reinforcement granted to the fundamental right to privacy of personal data (by the work of Law 3/2018, of 5 December, which gives rise to Regulation 2016/679/EU) there are still interpretative fissures maintaining a wide margin of operation for the business powers of management and control of the work, covering a legitimate interest in the use of private surveillance, which, despite being neither nor informed nor informed by the worker, is you agree as not harmful to the right to privacy of your personal data, and even though the processing of such data is usually functionalized to take disciplinary action against the worker. The regulatory cracks detected must be corrected by an adequate application of the proportionality judgment that emphasizes the strict need for private surveillance and the processing of the data obtained, and not on the mere opportunity or suitability of such action in order to ensure the full fulfilment of the employment contract.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. LAS ACTIVIDADES DE VIGILANCIA DE ACTUACIONES PRIVADAS: EXTENSIÓN Y LÍMITES
 - 2.1. El marco legal de la vigilancia privada
 - 2.2. Elemento técnico: actividad y medios de vigilancia privada
 - 2.3. Elemento material: afectación de la actividad de vigilancia privada a derechos de la personalidad
3. EL RECURSO POR EL EMPRESARIO A VIGILANCIA PRIVADA DE SUS TRABAJADORES: FUNDAMENTO CONTRACTUAL
4. EL LEGÍTIMO Y LIMITADO USO DE LOS DATOS OBTENIDOS POR LA VIGILANCIA DEL TRABAJADOR

1. INTRODUCCIÓN

No es necesario insistir en la habitualidad y frecuencia con la que las direcciones empresariales recurren a los servicios de vigilancia privada de sus trabajadores a los fines de comprobar o contrastar el no cumplimiento debido de obligaciones laborales y de conducta que pesan sobre aquellos en virtud del contrato de trabajo. No solo se trata, como en el mayor número de casos, de comprobar si el trabajador realmente se encuentra incapacitado para trabajar, tal y como se reflejaría en el parte de baja médica, o si no efectúan servicios de naturaleza competencial fuera de su tiempo de trabajo para la empresa, sino también de forma particular se busca verificar si el trabajador cumple con su débito principal de prestación laboral en los términos contratados.

La seguridad privada encuentra así un particular foco de actividad en el ámbito empresarial, en el interés que desde éste ocasionalmente se expresa en conocer las actividades privadas del trabajador con afectación o incidencia en su debida prestación laboral. La declaración general prevista en el art.20.3 del Estatuto de los Trabajadores es la que en principio parece admitir y tolerar el recurso por el empresario a actividades profesionales de vigilancia privada, considerando primigeniamente que sus facultades directivas y organizativas le facultan y le legitiman no solo a vigilar al trabajador en su actividades extralaborales sino también para apropiarse de unos datos del mismo que no podría obtener directamente de la prestación laboral, y de los que hará uso para actuar por lo general en contra de los derechos contractuales del trabajador.

Se delinea así un escenario en el que se sitúan dos protagonistas enfrentados por el papel predominante: por un lado, el poder contractual del empresario de dirigir y controlar las actividades laborales de sus trabajadores, apareciendo como el fundamento para la obtención de datos personales de aquellos que se manifiestan fuera del entorno prestacional de la empresa; y por otro lado, el derecho de cada

trabajador, como ciudadano, a proteger sus datos personales y a ser protegido frente al indebido o ilícito tratamiento de los mismos.

La configuración como derecho fundamental, desde la CE, y en la misma línea la acogida también desde la UE del derecho de toda persona a la protección de los datos personales que le conciernen como derecho fundamental¹, pareciera ser suficiente a los fines de garantizar la efectividad de tal derecho frente al ejercicio de otros posibles derechos o facultades de menor entidad jurídica que pudieran lesionarlo. Ciertamente es que tal derecho a preservar los datos personales no es absoluto y requiere mantener un adecuado “equilibrio con otros derechos fundamentales, con arreglo al principio de proporcionalidad”. Esta afirmación contenida en la exposición de motivos del Reglamento 2016/7679/UE², del que trae causa la vigente Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales, vuelve atraer sobre el debate jurídico una cuestión que, no siendo discutida desde el planteamiento constitucional, sí ha sufrido claras desviaciones argumentales desde las resoluciones judiciales a partir de una posición confrontada de derechos protegidos que resulta cuanto menos controvertida en su formulación y discutible en su resultado.

El recurso a los servicios de detectives privados por parte del empleador vuelve a traer al debate jurídico el tratamiento y utilización de datos personales del trabajador, pero esta vez ya no por referencia a los medios de videovigilancia en el centro de trabajo, con su particular problemática asociada, sino en relación a la actividad desarrollada por detectives privados fuera del entorno físico del centro de trabajo con afectación en la esfera de libertad, intimidad y privacidad de sus datos personales del sujeto trabajador.

El planteamiento analítico debe partir pues necesariamente de la naturaleza de las actividades de vigilancia realizadas por profesionales de la seguridad privada, contemplando su marco legal de actuación, su contenido, características y límites, en particular en lo referente a la afectación de este tipo de actividad de investigación privada en los derechos de los ciudadanos afectados; en segundo lugar, se abordaría el tratamiento de su recurrente confrontación de tales derechos residenciados en la persona del trabajador, con aquellos otros derechos e intereses del empresario cuando es quien solicita los servicios de vigilancia sobre aquél; para finalizar con las opciones materiales y procedimentales de uso de la información reservada o privada obtenida por tales servicios como sustrato para el ejercicio de poderes organizativos o disciplinarios del empresario. Se trata en definitiva de describir, desde el poder empresarial de dirección y control de las actividades la-

¹ Art.16.1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (versión consolidada DOUE 26.10.2012); Art.8.1 Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (DOUE 30.3.2010).

² Reglamento 2016/679/UE, de 27 de abril, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por la que se deroga la Directiva 95/46/CE, Reglamento general de protección de datos.

borales, su margen de actuación, sus límites y sus fisuras en relación a la captación y tratamiento de datos personales del trabajador obtenidos por detectives privados en el ejercicio de su actividad profesional.

2. LAS ACTIVIDADES DE VIGILANCIA DE ACTUACIONES PRIVADAS: EXTENSIÓN Y LÍMITES

2.1. El marco legal de la vigilancia privada

En la exposición de motivos de la vigente Ley 5/2014, de 4 de abril, de seguridad privada, es significativo el razonamiento que se incluye sobre el cambio de orientación desde la anterior ley reguladora (Ley 23/1992, de 30 de julio), basada en el control y sanción de la seguridad privada, hacia la actual norma que concibe esta actividad desde la perspectiva del interés público; concepción que justifica que, entre otros objetivos, la ley se dirija a dotar al personal de seguridad privada del respaldo jurídico necesario para el ejercicio de sus funciones “legales”. Una acogida ciertamente novedosa desde la normativa anterior a la que se acusaba de importantes lagunas y carencias entre las que se individualizaba de manera específica la ausencia de regulación de las actividades de investigación privada y los detectives privados. La Ley 5/2014 ha venido a colmar tal laguna, abordando frontalmente el marco definidor de tales actividades y de quienes las ejercitan.

De hecho, la norma acepta la legalidad de los servicios de investigación privada, reconociendo su especificidad dentro de las actividades de seguridad privada, en tanto que ésta “contribuye a garantizar la seguridad de los ciudadanos, entendida en su sentido amplio” (Exposición de motivos de la Ley). Y dentro de los ámbitos de actuación de la seguridad privada se incluye la de realizar averiguaciones sobre personas con finalidades preventivas y aseguradoras³, y más concretamente la actividad consistente en “la investigación privada en relación a personas, hechos o delitos perseguibles a instancia de parte” (art.5.1.h), única que la ley encomienda de forma exclusiva y excluyente a los despachos de detectives (art.5.2).

Ahora bien, este punto de partida en el que se le da respaldo legal a las actividades de vigilancia e investigación privada sobre personas desarrolladas por los detectives privados, se acompaña de una enorme laxitud por la norma a la hora de admitir el recurso a tales servicios, no importando su motivo o finalidad última, siempre que los hechos o conductas cuya averiguación se solicita se incardine en

³ La Ley 5/2014, define la seguridad privada como el conjunto de actividades, servicios, funciones y medidas de seguridad adoptadas, de forma voluntaria u obligatoria, por personas físicas o jurídicas, públicas o privadas, realizadas o prestados por empresas de seguridad, despachos de detectives privados y personal de seguridad privada para hacer frente a actos deliberados o riesgos accidentales, *o para realizar averiguaciones sobre personas y bienes, con la finalidad de garantizar la seguridad de las personas, proteger su patrimonio y velar por el normal desarrollo de sus actividades*” (art.2.1).

alguno de los amplios ámbitos materiales y funcionales delimitados por la norma, entre los que se incluye el laboral⁴. Asimismo, resulta irrelevante para la ley la personalidad de quien recurra a los servicios de investigación privada prestados por los detectives privados, bastando ser un usuario que pretenda “satisfacer sus necesidades legítimas de seguridad o de información (art.4 de la Ley 5/2014), esto es, un tercero legitimado cuyo “interés legítimo alegado” deberá acreditar y dejar constancia en el expediente de contratación e investigación que se abra” (art.84.2).

Se exponen así las actividades de vigilancia prestadas por detectives privados al libre mercado de bienes y servicios en el que cualquier interesado puede contratar la prestación de dichas actividades, sin importar en demasía la entidad o naturaleza del usuario contratante o de su específica necesidad informativa, siempre que encaje entre los objetivos generales mencionados en la norma. Tan solo se expresa una cautela de tipo formal, que no necesariamente arrastra otra de carácter material en orden a comprobar cierta corrección en el recurso a la vigilancia privada, al exigirse que se formalice por escrito el correspondiente contrato de prestación de servicios de seguridad privada y se comunique su celebración (con la única indicación de los datos identificativos de las partes contratantes) al Ministerio del Interior o en su caso al órgano autonómico competente con antelación al inicio de las actividades contratadas (art.9).

Si desde la orilla de los posibles usuarios contratantes de los servicios de vigilancia privada no hay prácticamente limitaciones personales y finalistas, desde aquella otra en la que se sitúan los despachos de detectives privados sí hay mayores exigencias legales tanto de carácter formal, cual es la presentación de una declaración responsable para ejercer las funciones de seguridad privada y su inscripción en el registro nacional o autonómico de seguridad privada⁵, como específicamente de naturaleza instrumental, y que resulta por lo demás una exigencia de especial significancia al entroncar con la principal y más básica limitación que encuentran estos servicios de vigilancia privada: los derechos de los ciudadanos afectados o implicados en esos servicios. En este sentido, la ley prohíbe a los detectives privados el empleo o utilización de “medidas o medios personales, materiales o técnicos de forma tal que atenten contra el derecho al honor, a la intimidad personal o familiar o a la propia imagen o al secreto de comunicación...” (art.10.1.d).

Con esta prevención, los detectives privados tienen amplio campo de actuación no solo para realizar averiguaciones en relación con personas, hechos y conductas privadas, confeccionado informes de investigación y ratificando el contenido de los

⁴ En efecto, el art.48.1 de la Ley 5/2014, admite la realización por los detectives privados de averiguaciones sobre conductas o hechos privados, entre otros, “relativos al ámbito económico, laboral, mercantil, financiero y, en general, a la vida personal, familiar o social, exceptuada la que se desarrolle en los domicilios o lugares reservados”.

⁵ Al margen de otros requerimientos generales contenidos tanto en el art.24 de la ley para proceder a la apertura de un despacho de detectives privados, como en el art.25 a la hora de desarrollar sus funciones.

mismos ante las autoridades judiciales o policiales cuando fueran requeridos para ello (art.37 Ley 5/2014), sino también para utilizar medios técnicos de vigilancia, como sistemas de cámaras o videocámaras fijas o móviles, capaces de captar y grabar imágenes y sonidos (art.42.1 Ley 5/2014), si bien con el límite de que no lesionen los derechos fundamentales del ciudadano sometido a vigilancia. No obstante, más allá de su mención, la norma no precisa cuándo o en qué circunstancias puede producirse tal confrontación, esto es, qué elementos identificarían un empleo o uso de los medios técnicos de vigilancia que resulte lesivo para tales derechos.

Cierto es que los detectives privados quedan configurados dentro de la ley como agentes que “satisfacen necesidades de información profesional con la investigación de asuntos de su legítimo interés”, pero también les exige que en el ejercicio de esa actividad de investigación privada se conduzcan en compatibilidad con los derechos de los ciudadanos, especialmente los del art.18 CE, si bien no entra la ley a definir cómo puede deducirse tal compatibilidad desde el punto de vista tanto técnico como funcional, y para lo que será necesario al menos una interpretación deductiva de uno y otro.

2.2. Elemento técnico: actividad y medios de vigilancia privada

Como se ha indicado, para desarrollar su función exclusiva de averiguar datos e informaciones sobre hechos o conductas, los detectives privados pueden recurrir a distintos medios y sistemas técnicos que les permitan captar y grabar imágenes y sonidos. La actividad de vigilancia se ejercita pues necesariamente a través de cámaras, videocámaras o similares para los fines exclusivos contratados y para el objetivo perseguido por el tercero legitimado o usuario contratante. Ni la Ley 5/2014 ni el Reglamento de seguridad privada (el aún vigente el RD 2364/1994, de 9 de diciembre), aportan dato alguno que limite técnicamente tales sistemas o medios, habida cuenta por lo demás de la importante y notoria transformación tecnológica que sustenta el nuevo entorno material, y por ende jurídico, de la actividad que desarrolla el personal de investigación privada

La vigilancia requiere pues de forma necesaria el uso de mecanismos, cualquiera que sea su entidad o morfología técnica, para retransmitir a otra u otras personas las imágenes captadas. El uso de sistemas fijos de grabación facilita la obtención de datos sin necesidad de que la persona interesada o encargada de la vigilancia esté presente en el tiempo y lugar en el que se captan las imágenes. Por su parte, los mecanismos de grabación móviles permiten la captación de imágenes y sonidos por quien observa un determinado acto o comportamiento, complementando lo que percibe directamente por sus sentidos.

Unos y otros sistemas de videovigilancia, sean móviles o fijos, a utilizar por los detectives privados en ejercicio de sus cometidos de averiguación, tienen sin

embargo un condicionante espacial, en tanto que deben limitarse a espacios públicos, con exclusión pues de los domicilios y lugares reservados donde transcurre la vida íntima de los ciudadanos (art.48.3 Ley 5/2014). Imposición limitativa deducible por lo demás de la propia naturaleza de la actividad de investigación privada en tanto que ésta encuentra su objeto técnico y funcional en vigilar a una persona para recoger y conformar hechos que se desarrollan o materializan en el ámbito público y que pueden ser observados por cualquier persona; en definitiva, actividades cotidianas o no que se realizan en espacios públicos y que requieren un mayor o menor seguimiento o vigilancia en función de su continuidad o perdurabilidad en el tiempo.

Pero lo más característico de este tipo de actividad realizada en esas condiciones instrumentales y espaciales, es que se desarrolla sin conocimiento y autorización de la persona vigilada, aduciéndose con frecuencia la irrelevancia del consentimiento del vigilado en la captación de su imagen con el argumento de que no hay espacio de privacidad o de intimidad que preservar cuando aquél se encuentra en un entorno público. Si así fuera la ley no hubiera tenido especial cuidado en subrayar la absoluta prohibición de utilizar los medios de investigación privada de forma tal que atenten contra el derecho a la intimidad personal o familiar, a la propia imagen, y al honor de quien está sometido a vigilancia por detectives privados (art.48. 3 Ley 5/2014).

Así pues, ya sea a través de sistemas fijos de videovigilancia que se ubican en localizaciones públicas por motivos precisamente de seguridad pública, o sea por mediación de los mismos o similares medios técnicos utilizados por los detectives privados con fines de investigación de hechos o conductas privadas, la captación y grabación de imágenes de ciudadanos en entornos públicos no requiere legalmente su autorización, pero sí hay una preservación legal de los derechos de la personalidad que pudieran quedar indebidamente afectados por el uso de unos y otros sistemas, solo que la norma no da pistas sobre cuándo podría producirse tal circunstancia lesiva o cómo podría ésta eludirse.

2.3. Elemento material: afectación de la actividad de vigilancia privada a derechos de la personalidad

Prohibiendo pues la ley el uso de medios de investigación privada de tal forma que pudiera lesionar los derechos de personalidad del vigilado, resulta más irrelevante el medio técnico a utilizar como supuesto elemento lesivo de esos derechos, que el uso de los mismos con dicho efecto. Esto es, conforme al marco legal no hay sistemas de videovigilancia que potencialmente resulten más lesivos que otros desde la protección de esos derechos aun en espacios públicos; o en otra lectura, todos los mecanismos y medios técnicos de vigilancia privada de por sí invaden

la esfera de intimidad de los afectados, tal y como se entiende e interpreta ésta desde el plano constitucional. De modo que el ámbito de lo prohibido se limitaría desde la ley a la utilización de aquellos sistemas con efectos lesivos, más allá de esa afectación inicial en la intimidad y propia imagen del vigilado, derivando tales efectos de la propia intensidad y extensión en el uso de los medios de vigilancia, lo que en definitiva va a depender del objeto o fin último perseguido con la misma actividad de vigilancia privada.

En este sentido, la grabación efectuada de forma generalizada e indiscriminada mediante sistemas de vigilancia fija y establecidas por motivos de seguridad pública, resultan potencialmente menos lesivos para los derechos de la personalidad precisamente en atención a la finalidad instrumental de las imágenes así captadas⁶. Del mismo modo, tal aproximación podría aplicarse a situaciones de captaciones de imágenes o sonidos por cámaras, videocámaras o dispositivos móviles que se efectúan ocasionalmente en espacios públicos, pero con fines divulgativos o de reproducción privada. En unos y otros casos, los ciudadanos o no son conscientes de que son grabados o de serlo les resulta indiferente el hecho y no se consideran lesionados en sus derechos de intimidad e imagen, precisamente por la propia irrelevancia o desafectación del motivo (seguridad pública, motivos divulgativos, turísticos, etc.).

Consideración distinta habría de merecer la vigilancia sobre una persona en concreto, contratada por un tercero poseedor de un particular y legítimo interés, y que es efectuada por un detective privado con medios de observación normalmente movibles que permiten un uso cercano, intensivo y prolongado de la labor de observación de hechos y conductas de la persona vigilada que se desarrollan en entornos públicos y/o no reservados. Podría coincidirse en que desde una percepción objetiva este tipo de vigilancia resulta más incisiva en la esfera de intimidad del ciudadano afectado, pero desde un plano jurídico tal parecer no conduce *per se* a concluir en el carácter lesivo, hacia los derechos de personalidad del ciudadano, de esta forma de proceder y actuar los medios de vigilancia privada, y con ello a su ilegalidad por incurrir en la prohibición del art. 48.3 de la Ley 5/2014.

En definitiva, la lesión o atentado a los derechos de personalidad de quien está siendo objeto de una vigilancia privada, como contingencia prohibida, se actualizará y definirá en su caso en cada situación particular, bien por la posible incursión de los medios utilizados en espacios estrictamente familiares o reservados, o bien por el recurso a tales medios y actividad para fines no legítimos o dirigidos particularmente a conseguir quebrar la intimidad u honorabilidad de la persona vigilada. De ahí pues la importancia del elemento finalista de la actividad, y de la

⁶ Habida cuenta de la finalidad instrumental de este tipo de imágenes así captadas, “al tener menor duración y un objeto mucho más concreto, la incidencia sobre los derechos fundamentales del art.18 de la CE es menor que cuando la grabación se realiza por más tiempo y de forma más amplia”. Cfr. STC 39/2016, de 3 de marzo.

necesidad de que la actuación de vigilancia privada, para ser legal, se fundamente en un interés legítimo y admisible igualmente desde el punto de vista normativo.

Desde todas estas coordenadas de carácter técnico, material y finalista de la actividad de vigilancia por parte de los detectives privados, surgen de inmediato una serie de cuestiones ante situaciones de recurso por parte del empresario de tal servicio para investigar a sus trabajadores en actividades que se desarrollan fuera del entorno empresarial y donde no llega pues su poder de vigilancia: ¿qué especial interés o derecho legítimo pudiera acreditar el empresario de ser un usuario contratante de los servicios de detectives privados? ¿cuál podría ser el alcance y cuáles las limitaciones de los servicios que pudiera contratar el empresario? ¿cuál sería la finalidad admisible para el uso por el empleador de una serie de datos personales del trabajador obtenidos por motivo u ocasión de la investigación privada? y ¿cómo se preservan estos frente al tratamiento y uso no adecuado de los mismos?

Estas y otras preguntas similares pueden concretarse en dos grandes cuestiones: por un lado, la posible facultad que tuviera el empresario de controlar las actividades extralaborales o privadas del trabajador, y por otro lado, el uso de una información y de unos datos del trabajador a los que el empleador ha tenido acceso mediante la contratación de una vigilancia privada.

3. EL RECURSO POR EL EMPRESARIO A VIGILANCIA PRIVADA DE SUS TRABAJADORES: FUNDAMENTO CONTRACTUAL

La pregunta más básica que debe plantearse en esta sede es si en el ámbito de las relaciones laborales el empresario tiene la facultad de someter a vigilancia a un trabajador, no solo en tiempo y lugar de trabajo, sino también en ejercicio de sus actividades privadas. Este es el primer filtro al que someter la admisibilidad o no del recurso por el empresario a actividades de vigilancia privada.

Como punto de partida, ha de coincidir en que por lo general se recurre a los servicios de los detectives privados porque combinan unos medios y una posibilidad de vigilancia en lugares no privados o reservados que escapan del control espacial y material de quien es su usuario. Desde este aspecto, la actuación de un detective privado aparece como un recurso complementario de la vigilancia que pudiera desarrollar el empresario sobre la actividad del trabajador en el centro de trabajo, incluso a través de medios técnicos instalados en el mismo. En este sentido, la finalidad con la que el empresario puede recurrir a la actividad de investigación privada, cual es obtener datos personales de un trabajador pero de afectación directa en el cumplimiento y mantenimiento de la relación laboral, no tiene una entidad y naturaleza tal que reclame una supuesta y probada excepcionalidad de la vigilancia privada de ese trabajador; esto es, con el marco normativo vigente el empresario no debe demostrar, al definir su interés legítimo en el momento de

contratar el servicio de vigilancia sobre hechos y conductas del trabajador, que no sirven o son insuficientes otros medios informativos, o incluso cuando medidas de aclaración, como la propia información del sujeto, no aporten resultados concluyentes.

El empresario puede aparecer pues como usuario de la seguridad privada tan solo considerando que ésta puede cumplir el fin de “satisfacer sus necesidades legítimas de seguridad o de información”, tal como precisa el art.4 de la Ley 5/2014. Al empleador le basta en consecuencia con ser el poseedor de una genérica pero legítima necesidad de información, que puede alegar y acreditar en virtud de su más preciso interés económico como titular de un contrato de trabajo que ampara contraprestaciones mutuas. La pretensión no es otra que la de obtener ciertos datos que están afectos a un interés contractual y económico del empresario y que pueden eventualmente ser evidenciados y asociados a una decisión de mayor o menor alcance en la relación laboral preexistente.

La facultad del empresario de controlar el cumplimiento del deber laboral básico del trabajador o de aquellos otros asociados a la actividad principal, se fundamenta pues en el contrato de trabajo y se justifica en sus fines de naturaleza organizativa y disciplinaria. Este poder de dirección y control sobre el trabajo subordinado se extiende pues dentro de los márgenes temporales y prestacionales de la actividad laboral, resulta coincidente de forma ineludible con el mantenimiento del contrato de trabajo (aun en los casos en que esté suspendido), y faculta pues al empresario a establecer sistemas de vigilancia y control que permitan fiscalizar el debido y cabal cumplimiento de la deuda laboral del trabajador o de otros deberes asociados a la misma, sobre la base de la misma previsión contenida en el art.20.3 ET.

Pero posiblemente sea distinto el control que puede desplegar el empresario sobre el trabajador cuando está en tiempo de trabajo, pero fuera de los límites físicos de la empresa, que en momentos en que el trabajador no está desarrollando su actividad laboral porque el contrato se encuentre en suspenso. En el primer caso, el fin de la vigilancia privada es el de controlar el efectivo y debido cumplimiento de su prestación laboral, mientras que en el segundo la finalidad es la de confirmar el acatamiento por el trabajador de otros deberes asociados, principalmente el de no competencia desleal y el de buena fe contractual.

Si se observa, en ambos casos el fin de la vigilancia se debe a un interés legítimo de la empresa que se reduce a una motivación contractual, de correspondencia de prestaciones, y en suma a la protección de un interés económico. Y siendo común el fin último, también lo es el fundamento y por derivación también la consecuencia derivada: la defensa del derecho de la empresa a recurrir a los servicios de un detective privado y a obtener del mismo una serie de datos personales del trabajador que no podría haber conseguido de otra manera en el desarrollo de la prestación laboral.

Estas dos vertientes finalistas son las que están detrás de los supuestos más habituales de recurso del empleador a una vigilancia privada de conductas del trabajador desarrolladas en espacios no reservados (sean o no de trabajo), cuales son, por un lado, comprobar el cumplimiento por el trabajador de su actividad laboral en tiempo de trabajo pero que se desarrolla fuera del entorno físico de la empresa, y por otro, averiguar si la conducta del trabajador en tiempos de no trabajo (fuera del horario de trabajo o en suspensión del contrato) es la que corresponde conforme al deber de buena fe contractual⁷. Entre los primeros es recurrente la vigilancia del trabajador para comprobar sus actos y movimientos cuando deberían estar destinados, por situarse en tiempo de trabajo, a cumplir su prestación laboral; y entre los segundos, la habitualidad se localiza en la vigilancia de los trabajadores que se encuentran en suspensión del contrato por incapacidad, maternidad, paternidad, etc., o incluso de aquellos que en tiempo de no trabajo pueden estar realizando actividades de competencia desleal con el empresario, reconduciéndose por lo general todos estos supuestos a un posible incumplimiento del trabajador del deber de buena fe contractual.

En consecuencia, encontrando en el fundamento contractual el interés legítimo del empresario en preservar la equivalencia de las prestaciones y el debido cumplimiento de las mismas, aquél tiene libre acceso a contratar los servicios de detectives privados para someter a vigilancia y observación a alguno de sus trabajadores que puede, a criterio o simple sospecha del empleador, estar realizando conductas incumplidoras de sus deberes contractuales. El empleador se inserta así en la esfera privada del trabajador mediante una decisión que va a tener efectos sobre la misma, recurriendo a un tercero para que obtenga datos e informaciones sobre hechos y conductas del trabajador de naturaleza privada, que pertenecen a su ámbito de intimidad, aunque se desarrollen en espacios no reservados o públicos. Esta actuación del empleador sustentada en su interés económico contractual, si bien provoca pues una irrupción en el libre ejercicio de derechos de la personalidad del trabajador al someterlo a vigilancia privada, sin embargo, no genera de por sí una situación de confrontación jurídica en la defensa de estos derechos y aquel interés que deba resolverse tras un debate de proporcionalidad y preeminencia. Se esté o no conforme, la Ley 5/2014 ya se ha ocupado de solventar este tipo de planteamientos jurídicos dando el respaldo legal a actuaciones de vigilancia privada con fines legítimos, y la defensa de un interés económico contractual por parte del empleador no encuentra generales problemas de encaje dentro de tal marco habilitante.

⁷ Entre otras resoluciones analizando la corrección de la actividad de vigilancia por detectives privados, así como la instrumentalidad de las informaciones e imágenes captadas en la adopción de medidas disciplinarias, vid. SSTSJ Islas Canarias (Sta. Cruz de Tenerife), de 27 de marzo de 2017 (rec. 934/2016), y de 17 de enero de 2018 (rec. 584/2017); SSTSJ Madrid de 7 de noviembre de 2011 (rec. 1161/2011), y de 7 de julio de 2017 (rec. 467/2017); STSJ Islas Canarias (Las Palmas) de 17 de diciembre de 2013 (rec. 738/2013); STSJ Cataluña de 29 de octubre de 2012 (rec. 3738/2011); STSJ Andalucía (Granada) de 24 de mayo de 2012 (rec. 738/2012); STSJ Extremadura de 23 de diciembre de 2009 (rec.587/2009); y STSJ Andalucía (Sevilla) de 23 de noviembre de 2016 (rec. 339/2016).

Conviniendo pues en el origen y fundamento contractual de la facultad del empleador de recurrir a vigilancia privada sobre sus trabajadores, y por derivación en la admisibilidad legal de su legítimo interés para provocar tal actuación, los problemas de confrontación con los derechos del trabajador se situarían en su caso en planos distintos y sucesivos a aquel iniciado por el empleador al momento de contratar dichos servicios. Así, en primer lugar, y como ya se apuntó con anterioridad, en el desarrollo de la vigilancia actuada por los detectives privados, en la medida en que su propia actividad y el uso de medios o sistemas técnicos puedan traspasar los límites del respeto a los derechos de intimidad y honorabilidad del trabajador que está siendo vigilado, y con ello originando una lesión a tales derechos del que sería responsable el detective privado, y no el usuario contratante de sus servicios, en tanto que la norma impone claramente sobre aquél el deber de ajustar en todo momento su actuación al debido respeto de los derechos fundamentales de la persona vigilada. El interés legítimo del empleador en obtener datos personales de su trabajador para fines contractuales, ni puede justificar ni eximir una supuesta conducta indebida del detective privado de naturaleza lesiva a los derechos de personalidad del trabajador.

Pero en segundo lugar, en ese ulterior plano en que se obtienen una serie de datos e informaciones sobre el trabajador como consecuencia de la vigilancia a la que ha sido sometido, ciertamente hay una responsabilidad técnica-jurídica del detective privado en la conformación y tratamiento del fichero de los datos personales captados⁸, pero fundamentalmente hay una responsabilidad que pesa sobre el empleador respecto al tratamiento y uso de tales datos, al delimitar el destino al que los funcionaliza, puesto que éste debe ser conforme y coherente con el fin que justificó en su momento el interés y facultad del empleador en la obtención de información sobre actos y conductas del trabajador. Pero, aun así, como resultado de la actividad de vigilancia privada, el empleador puede ser poseedor de unos datos personales que han sido obtenidos sin consentimiento del trabajador y que además instrumentaliza, sin el control de éste, hacia medidas que, al margen de lesionar el derecho a la protección de datos personales del trabajador afectado, pueden perjudicar sus derechos jurídicos contractuales.

Se traslada así necesariamente el foco de atención y análisis jurídico a un escenario final donde sí surge con mayor evidencia la confrontación entre, por un lado, el derecho de la empresa a recurrir a los servicios de un detective privado y a obtener del mismo una serie de datos personales del trabajador que no podría haber conseguido de otra manera en el desarrollo de la prestación laboral; y por otro, un derecho fundamental del trabajador que se expresa en el estadio más básico de impedir que datos personales propios puedan ser obtenidos por un tercero sin

⁸ El art.49.4 de la Ley 5/2014 impone a los detectives que los informes de investigación, resultante de la actividad de vigilancia contratada, se conserven archivados al menos durante tres años, sin perjuicio de lo dispuesto en la normativa específica de protección de datos, a la que se remite igualmente en cuanto al tratamiento de las imágenes y sonidos grabado durante las investigaciones.

su consentimiento, y en última instancia en disponer y controlar la captación y tratamiento de sus datos personales.

Ese recurso a la investigación privada de hechos y conductas del trabajador fuera de entorno físico de trabajo, hace al empresario poseedor de una serie de datos de aquel (actividades, comportamientos, ubicaciones, etc.) obtenidos por el detective privado, sin conocimiento o consentimiento del trabajador, y de los que podrá disponer el empleador en ejercicio de un supuesto derecho o interés propio que le faculta jurídicamente a imponerse frente al derecho del trabajador a disponer y controlar la captación y tratamiento de sus datos personales.

4. EL LEGÍTIMO Y LIMITADO USO DE LOS DATOS OBTENIDOS POR LA VIGILANCIA DEL TRABAJADOR

Una vez superado el primer filtro de la admisibilidad legal de la actividad de vigilancia privada y de la contratación de tal servicio por parte del empleador en virtud de un interés legítimo de naturaleza económico-contractual, el elemento finalista ínsito en el recurso por el empresario a un detective privado es el segundo de los filtros de admisibilidad de tal actuación en el ámbito de las relaciones laborales. En este sentido, la cuestión más básica es si resulta lícita la presentación de informaciones, datos e imágenes captadas sin consentimiento del trabajador como medio probatorio para adoptar válidamente medidas empresariales de naturaleza sancionatoria. Y al respecto, el análisis de la corrección de esta actuación y de su funcionalidad, se encuentra con un duro elemento de confrontación, cual es el derecho a la debida protección de datos personales del trabajador obtenidos por los detectives privados en el curso de sus cometidos de investigación privada.

Como punto de partida, debe recordarse cómo la norma protege la actuación de los detectives privados frente a terceros insistiendo en el deber de confidencialidad que pesa sobre los mismos, así como en el carácter reservado de la investigación privada, con la consecuencia derivada de uno y otro de que los datos e informaciones obtenidas por aquellos durante la actividad de averiguación, solo se podrán poner a disposición del cliente contratante y en su caso de los órganos judiciales y policiales competentes para el ejercicio de sus funciones (arts.40.5 y 50.1 Ley 5/2014). Se pretende así rodear con un círculo de protección a los detectives privados en tanto que sus cometidos les conducen a ser poseedores de un archivo de datos personales que traspasan en régimen de titularidad al usuario-contratante de sus servicios, aun cuando los detectives privados deban conservar y asegurar el material de imagen y sonido obtenido⁹.

⁹ La Ley 5/2014 impone a los despachos de detectives privados la obligación de “asegurar el archivo y conservación de la documentación relativa a su ejercicio profesional, especialmente de los contratos, informes, libros y material de imagen y sonido obtenido” (art.25.1.g).

Este archivo de datos traslada el debate necesariamente a un escenario distinto, donde está en juego la debida protección de datos personales, y bajo la luz de una norma distinta de la que regula la actividad de seguridad privada. A la Ley 5/2014 le interesa básicamente enmarcar dicha actividad, no el resultado de la misma, dejando pues que sean otros marcos normativos los que contemplen y ordenen en su caso las consecuencias o efectos de la prestación de servicios de investigación privada.

En efecto, aun cuando la captación de imagen y sonido de un trabajador en un espacio público o no reservado por un detective privado pudiera ser el resultado de una actividad lícita, el centro de análisis se sitúa en un contexto distinto cuando se plantea el tratamiento y uso de los datos así obtenidos, pues en esta sede la conclusión sobre su admisibilidad se hace depender de factores bien diferentes y de un sustrato normativo que excede del mero fundamento contractual del interés o poder del empleador.

Al respecto, la normativa actualmente vigente en materia de protección de datos personales, la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales¹⁰, parte de una conceptualización amplia y generalista de aquello que deba entenderse por datos personales, acogiendo en tal sentido “cualquier información concerniente a personas físicas”¹¹, sin calificativo alguno pues sobre el tipo, entidad o naturaleza de esa información personal. Ahora bien, sin desmerecer el carácter generalista de esta conceptualización, lo verdaderamente relevante es la definición o delimitación de sus márgenes de protección, y si ante la amplitud del concepto “dato personal” la normativa es capaz de articular en paralelo una amplia esfera de protección que impida su uso y tratamiento por terceros ajenos. De hecho, la norma también hace una amplia recepción del concepto “tratamiento de datos”, perfilando y extendiendo aún más aquel que se contenía en la precedente LO 15/1999, con una clara finalidad de cubrir cualquier hendidura en su ámbito de aplicación material.

Y sobre ambos conceptos, los datos personales y su tratamiento, se sustenta un derecho de la persona física a proteger aquellos datos de carácter personal que

¹⁰ Al objeto de adaptar el ordenamiento jurídico español al Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de sus datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos), así como de la Directiva (UE) 2016/680 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por parte de las autoridades competentes para fines de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales o de ejecución de sanciones penales, y a la libre circulación de dichos datos y por la que se deroga la Decisión Marco 2008/977/JAI del Consejo.

¹¹ Recoge la LO 3/2018 la misma definición de datos personales que aparece en el Reglamento 2016/679 y que también se contenía en la Ley 15/1999, de 13 de abril, de protección de datos de carácter personal, dictada en trasposición de la Directiva 95/46/CE del Parlamento europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos.

le conciernen y a ser protegido en relación con el tratamiento de los mismos. Sin embargo, el ejercicio de tal derecho va a depender de cómo se protejan ambos amplios márgenes conceptuales relativos a los datos personales y a su tratamiento, porque cuanto más extensos y generalistas son aquellos, más fácil será encontrar fisuras y excepciones a su campo de aplicación, y con ello en la efectividad protectora del derecho a preservar los datos personales.

Ya el propio Reglamento UE 2016/679 apuntaba en su exposición de motivos a una de ellas, muy básica y primigenia: el buen funcionamiento del mercado interior exige una libre circulación de datos personales en la Unión que no puede ser “restringida ni prohibida por motivos relacionados con la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales”. A ellas une otras excepciones, que la norma española de transposición también acoge, relativas al tratamiento por enjuiciamiento de infracciones penales o ejecución de sanciones penales, o protección frente a amenazas contra la seguridad pública.

Quedando marcados de forma individualizada estos supuestos donde directa o indirectamente están en juego elementos de seguridad pública, y que en consecuencia se protegen de forma preeminente al derecho individual a la protección de datos personales propios, la ley cerraría un amplio círculo de protección ante el tratamiento indebido y no consentido o controlado de datos personales, cualquiera que sea el poseedor de estos y en principio cualquiera que sea la finalidad que amparara aquel tratamiento (respetando solo aquellas excepciones).

No obstante, el ámbito de las relaciones laborales va a mostrar alguna disparidad de encaje en dicho marco general. Por un lado, desde el punto de vista de los datos e informaciones que el empleador ha llegado a conocer por la actividad de vigilancia, resulta indiferente para aquel la naturaleza de los actos o conductas del trabajador que se han detectado en esa vigilancia (si son de tipo deportivo, familiar, religioso, político, etc.), pero sí le interesa sin duda los datos deducibles de los comportamientos vigilados y su afectación o acomodo al fin último pretendido con la observancia, esto es, el cumplimiento o no por el trabajador de sus deberes contractuales. Esos datos, con su correspondiente aporte documental de imagen o sonido, conforman el soporte físico de un fichero que los hace susceptible de tratamiento y uso posterior, pero que desde el momento en que se encuentra en posesión del empleador habría de someterse al régimen de protección que dispensa la norma.

El problema es cómo hace recaer la protección del trabajador sobre el fichero de datos personales al que accede un empleador con ocasión de una vigilancia privada, si aquel no tiene conocimiento de tal circunstancia por lo general hasta el momento mismo en que se expresa una medida o decisión empresarial contra el trabajador en base a dichos datos, y si además tal desconocimiento, y lo que es más grave, su falta de control y disposición sobre sus datos personales en posesión de un tercero (empleador), resultan absolutamente irrelevantes e innecesarios para que éste último pueda hacer uso de los datos en beneficio propio y en perjuicio del

trabajador. Porque, de hecho, ésta es en definitiva la situación de desventaja en la que se encuentra aquel cuando el empleador obtiene y usa sus datos personales, obtenidos tras una vigilancia privada no conocida y consentida por el trabajador, y para lo que le basta tener un fin legítimo en la captación y el destino de tales datos.

En efecto, en segundo lugar, la norma permite el tratamiento de datos personales de un tercero por quien es su poseedor legítimo siempre que cumpla una condición finalista: los datos personales no podrán ser usados para finalidades incompatibles con las que motivaron y justificaron su captación. El empleador debe quedar pues sometido a esta firme disposición legal y efectuar un tratamiento y uso de los datos personales de un trabajador que resulten adecuados y pertinentes en relación a las finalidades explícitas y legítimas para las que aquellos se hubieran contenido, como ya reclamaba el artículo 4.2 de la anterior LO 15/1999.

Desde esta perspectiva, no habiendo sido obtenidos los datos personales del trabajador por medios fraudulentos o ilícitos, y sí en virtud de un interés contractual legítimo que sustenta a la vez la admisibilidad legal de la actividad de vigilancia por detectives privados, no le ha de resultar difícil al empleador seguir el mismo hilo habilitante para hacer uso de tales datos como base justificativa de decisiones disciplinarias contra el trabajador afectado, e incluso su alegación como medio probatorio ante instancias judiciales si así resultara necesario.

De la acción conjunta de estas dos facultades que se abren para el empleador con tan solo ser el titular de un interés legítimo contractual, por un lado el poseer un fichero de datos personales del trabajador fruto de una actividad de vigilancia privada legítimamente contratada, y por otro lado el tratamiento y uso de tales datos incluso como elementos probatorios de medidas disciplinarias contra el trabajador, surge como resultado una amplia fisura en el campo de aplicación de la norma sobre protección de datos personales por cuanto no se garantiza que el trabajador pueda consentir, disponer o al menos controlar el tratamiento y uso de sus datos por parte del empleador. Una desprotección del trabajador que nace en la norma y que la actuación judicial no consigue corregir.

En efecto, la vigente ley mantiene el firme pilar de la información y control del sujeto en relación a sus datos personales, y que ya se había erigido en la normativa anterior cuando precisaba que si los datos de carácter personal no habían sido recabados del interesado, éste debería ser informado de forma expresa, precisa e inequívoca, por el responsable del fichero o su representante, dentro de los tres meses siguientes al momento del registro de los datos, salvo que ya hubiera sido informado previamente de la captación y tratamiento de los mismos (art.4.4 LO 15/1999). Ciertamente es que tal regla general de información previa o posterior al interesado de que se habían captado, registrado y eventualmente tratado sus datos personales, se encontraba en la letra de la norma excepcionada en atención a diversos motivos, pero en ninguno habría de tener cabida una falta o ausencia

de información al trabajador de la captación de su imagen por una actividad de vigilancia privada a la que hubiera recurrido la empresa.

Pero más aun, la norma de 1999 no solo exigía la información del interesado sino también y particularmente su consentimiento para el tratamiento de sus datos personales, considerando como tal “toda manifestación de voluntad, libre, inequívoca, específica e informada, mediante la que el interesado consienta el tratamiento de datos personales que le conciernen” (art.3 LO 15/1999). Ahora bien, también precisaba que se requería tal consentimiento inequívoco del afectado, “salvo que otra cosa dispusiera la ley” (art.6.1). Y ésta era la puerta abierta a un gran número de excepciones contempladas en la misma ley (apartado 2 del precepto), entre las que se encontraba cuando los datos “se refieran a las partes de un contrato o pre-contrato de una relación negocial, laboral o administrativa y sean necesarios para su mantenimiento o cumplimiento”. Con esta amplitud expresiva, el empresario tenía garantizado el poder de recabar y poseer los datos personales del trabajador sin necesidad de informarle, y más aún el poder de utilizar dichos datos sin obligación de recabar el consentimiento de aquel, en tanto que ambos poderes estaban funcionalizados a una actividad de control y garantía del correcto cumplimiento de las obligaciones derivadas de un contrato de trabajo.

Al afectado que no había sido informado y recabado su consentimiento, en virtud de la excepcionalidad prevista en la norma, solo le restaba la posibilidad de oponerse al uso y tratamiento de sus datos personales cuando existieran motivos fundados y legítimos relativos a una concreta situación personal (art.6.4 LO 15/1999); una condición que resultaba cuanto menos de difícil identificación y más aún de acreditación como para romper el claro respaldo que la ley otorgaba siquiera indirectamente a actuaciones de tratamiento y uso de datos personales ajenos por parte del empleador.

En suma, bajo el imperio de la anterior norma sobre protección de datos personales existían claras fisuras por las que escapaba una libre captación y utilización de datos personales del trabajador, sin que este pudiera articular su derecho de control y disposición sobre sus propios datos, y en definitiva minimizando un derecho fundamental del trabajador ante la mayor atención a la facultad del empleador de extraer datos de una vigilancia privada con fines supuestamente legítimos de control de la actividad laboral y de otros deberes contractuales.

La LO 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales, aparentemente podría alterar tal situación a partir de un firme y renovado amparo del derecho fundamental de las personas físicas a la protección de datos personales, desde su reconocimiento por el art.18.4 CE, y al amparo de las previsiones contenidas en el Reglamento UE 2016/679. No obstante, aun cuando la nueva norma extiende su campo de aplicación en paralelo al reconocimiento de un amplio derecho de la persona de control sobre sus datos personales, sobre su uso y destino, para evitar el tráfico ilícito de los mismos o

lesivo para su dignidad y demás derechos de personalidad, sigue manteniendo el criterio de un aceptable tratamiento de los datos personales solo excepcionado por la facultad del ciudadano para oponerse a la utilización de determinados datos personales para fines distintos de los que justificaron su obtención¹².

Entre otras previsiones y contenidos materiales, la Ley 3/2018 no puede por menos que respaldar dos principios básicos que ya se recogían en el art.5 del Reglamento comunitario en relación al tratamiento de sus datos personales: por un lado, el de la limitación de la finalidad, de manera que solo podrán recogerse datos personales “con fines determinados, explícitos y legítimos, y no serán tratados ulteriormente de manera incompatible con dichos fines”; y por otro lado, el de la minimización de datos, de modo que los datos personales que se recaben han de limitarse a los adecuados y pertinentes al fin para el que son tratados.

Sin duda son principios limitativos para el empleador a la hora de dar contenido a su facultad de recabar y tratar datos personales del trabajador, en tanto que solo puede limitarse a datos funcionalizados a la defensa de un interés legítimo de aquel. Pero a la vez, en lectura inversa, son principios que abren las posibilidades operativas de tal facultad en tanto que solo requiere aducir como tal interés legítimo el derivado de un contrato de trabajo para excepcionar las obligaciones de información y consentimiento del trabajador. De hecho, el empleador no solo podría acogerse con carácter general a la causa prevista en la letra f) del art.6.1 del Reglamento UE para proceder a un tratamiento lícito de datos personales del trabajador (interés legítimo)¹³, sino también en particular a la mencionada en la letra c) en tanto que dicho tratamiento resulte “necesario para la ejecución de un contrato en el que el interesado es parte”, en cuyo caso no se requiere el consentimiento de éste último¹⁴.

De nuevo, la norma permite minimizar los mecanismos de protección del sujeto de sus propios datos personales, ante el mayor valor de fines legítimos en la captación y tratamiento de aquellos, y de ahí un escaso trecho para abonar un campo de confrontación entre el derecho fundamental del trabajador a la protección de sus datos personales y la facultad del empleador de captar y tratar tales datos en

¹² STC 94/1998, de 4 de mayo, cuya declaración en este punto, de hecho, se recoge en la misma exposición de motivos de la LO 3/2018.

¹³ Conforme a la letra f) del art.6.1 del Reglamento UE, el tratamiento se considera lícito si es “necesario para la satisfacción de intereses legítimos perseguidos por el responsable del tratamiento o por un tercero, siempre que sobre dichos intereses no prevalezcan los intereses o los derechos y libertades fundamentales del interesado que requieran la protección de datos personales, en particular cuando el interesado es un niño”.

¹⁴ Con una clara diferencia de resultado respecto de un tratamiento necesario para adoptar medidas precontractuales (también precisado en la misma letra y artículo) en donde sí se requeriría el consentimiento del interesado por cuanto tal tratamiento habría de efectuarse “a petición de éste”. Sobre este diverso régimen en relación particular a la fase contractual, Cruz Villalón, J., “Protección de datos personales del trabajador en el proceso de contratación: facultades y límites de la actuación del empleador”, Bomarzo, Albacete 2019, pp. 25-27.

base a poderes de control y vigilancia del cumplimiento de deberes contractuales y en satisfacción de su legítimo interés de naturaleza económica contractual. Una confrontación cuyo resultado en sede judicial ya es conocido a favor de los poderes empresariales, y sin elementos normativos diferenciales que permitan variarlo. Más aun, el empleador ha encontrado en disposiciones jurídicas del marco comunitario (en especial, la Carta de Derechos fundamentales de la Unión Europea) un aliado argumental, posiblemente involuntario a la vista de las repercusiones, al situar la libertad de empresa dentro de la categoría de derecho fundamental, al igual que otros como el derecho a la dignidad, a la igualdad, a la libre expresión, o incluso, en lo que aquí se analiza, a la protección de datos personales. Una equiparación que sin duda refuerza aquellas resoluciones judiciales españolas que no han tenido reparo alguno en recurrir a la libertad de empresa del art. 38 CE para amparar el mayor respaldo jurídico concedido a decisiones empresariales de efectos lesivos de derechos fundamentales de los trabajadores.

Pero aun en este marco normativo y judicial que consiente una posición de debilidad jurídica del trabajador a la hora de preservar sus datos personales de la posesión y uso no consentido de los mismos por parte del empleador, no debe olvidarse la incidencia de dos exigencias contenidas en el art.6 de Reglamento UE cuya debida integración interpretativa es la que habría de facilitar el poner en primer lugar de la atención jurídica aquel derecho del trabajador a preservar la privacidad de sus datos personales. Por un lado, que sobre los interés legítimos del tercero en el tratamiento y uso de datos personales ajenos no prevalezcan los intereses o derechos fundamentales del interesado que requieran la protección de aquellos datos, de donde resulta esencial efectuar un minucioso ejercicio de interpretación y aplicación del principio de proporcionalidad¹⁵; esto es, una escrupulosa constatación de que las posibles limitaciones al derecho del trabajador a proteger sus datos personales (impidiendo o preservando de algún modo su tratamiento) derivadas del ejercicio por el empleador de sus facultades de control y vigilancia del cumplimiento del contrato, supera los juicios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, pero especialmente el de “necesidad” por venir así requerido por el segundo de los condicionantes señalados por la normativa para dar licitud al tratamiento de datos personales aun sin consentimiento del interesado. En efecto, y por otro lado, que el tratamiento sea “necesario” se confirma como la exigencia común en todas y cada una de las causas previstas de licitud del tratamiento que no requieren el consentimiento del interesado. Y es esta condición pues de la necesidad del tratamiento la que debe acompañar ineludiblemente a un interés legítimo o poder contractual que se alegue como motivo justificativo de tal tratamiento, por muy acreditados o fundados que sean aquellos. En este sentido, al empleador no le debe bastar la simple alegación de ser el titular de un contrato

¹⁵ Por todas, STC 86/2000, de 27 de marzo.

de trabajo del que deriva su poder de controlar y garantizar la ejecución y debido cumplimiento del mismo, sino que debe fundamental y primariamente probar que el tratamiento (captación y uso) de datos personales del trabajador resulta necesario a tal fin, y no en términos de oportunidad sino de esencialidad, esto es, que la ejecución del contrato o el debido cumplimiento de los deberes contractuales requiera indefectiblemente el tratamiento de los datos personales del trabajador, porque precisamente está en juego su derecho fundamental del trabajador a la preservación de los mismos.

En suma, la aplicación del principio de proporcionalidad en aquellos supuestos donde se confronte los derechos de intimidad y privacidad de los trabajadores y el ejercicio de poderes de dirección y especialmente disciplinario del empresario, no puede saldarse sin más con la admisibilidad del tratamiento de datos personales de aquellos en posesión del empleador y en su uso particularmente destinado a probar en el proceso¹⁶ decisiones disciplinarias contra el trabajador afectado. Obviar su consentimiento en el tratamiento de sus datos personales y con ello el poder controlar y disponer sobre los mismos, afectando pues a la propia esencialidad del derecho fundamental a la privacidad del ciudadano, no puede tolerarse a cualquier precio y sin una estricta ponderación de intereses en juego, lo que reclama del empleador que pretenda hacer valer su posición legitimadora frente al trabajador, un plus en su deber probatorio que conecte el fin, el medio y el resultado en una estricta relación de causalidad. Siendo así, cuando el empresario actúe una medida sancionatoria contra el trabajador por supuesto incumplimiento de sus deberes contractuales basado en datos obtenidos por vigilancia privada, no le debe resultar suficiente alegar la legitimidad del fin para la captación y tratamiento de datos personales del trabajador (art.20.3 ET); por el contrario, debe probar la existencia de un elemento de riesgo en la cabal ejecución del contrato (no una mera sospecha¹⁷) que solo pudo constatar, para garantizar su resolución, en la captación y tratamiento de datos personales del trabajador que no han sido objeto de información y consentimiento por este último (necesidad). Y es sobre esta misma base con la que tiene que actuarse en sede judicial a la hora de aplicar un juicio de proporcionalidad, valorando que las actuaciones del empresario supuestamente lesivas de los derechos de los trabajadores, sean realmente necesarias

¹⁶ Sobre el valor probatorio como medio testifical del informe de detectives (incluyendo imágenes y sonidos ya se venía pronunciando la doctrina judicial española desde antiguo (SSTS 26 de noviembre de 1986, 19 de julio de 1989, y 6 de noviembre de 1990). A este criterio judicial únase la declaración contenida en la STEDH de 27 de mayo de 2014, Asunto Flor Cabrera contra España, en el sentido de considerar que la captación de imágenes de otra persona, cuando tiene como objeto aportarlas como prueba en juicio, puede responder a una finalidad legítima relacionada con el derecho a la tutela judicial efectiva.

¹⁷ Sobre la necesidad de no confundir el interés legítimo alegado para la contratación de detectives privados con la existencia de indicios o sospechas fundantes que sirven de presupuesto para una eventual medida de investigación, se pronuncia la STSJ de Islas Canarias (Sta. Cruz Tenerife) de 17 de enero de 2018 (rec. 584/2017). Por el contrario, considerando suficientes las sospechas para acudir a medios de vigilancia alternativos, STSJ Madrid de 7 de julio de 2017 (rec.467/2017).

(más que oportunas), y fundamentales (más que simplemente idóneas) a los únicos fines de garantizar el debido cumplimiento del contrato de trabajo, pues no se olvide es el derecho fundamental a la privacidad, a la protección de la esfera más íntima y privada de una persona, el que no puede ceder ni quedar desconocido por recursos interpretativos que no lo sitúan en sus justos términos habida cuenta de su naturaleza constitucional.