

# EL CONTROL EMPRESARIAL DE LA PRESTACIÓN LABORAL EN LAS CONTRATAS Y SUBCONTRATAS

SOFÍA OLARTE ENCABO

*Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*  
Universidad de Granada

**EXTRACTO**      **Palabras Clave:** Contratas y subcontratas, poder de dirección, poder de control, vigilancia preventiva

El presente trabajo plantea las dificultades y especificidades del ejercicio de las potestades empresariales de vigilancia y control en relaciones de trabajo triangulares, particularmente en las contratas y subcontratas. Se estudia el uso de medios de videocámaras, grabaciones y geolocalización y sus límites y condicionantes en relación con el derecho fundamental a la intimidad del trabajador y su derecho de autodeterminación informativa. Y partiendo del régimen “común”, se determinan cuales son su alcance y los límites específicos en las contratas. Ante la falta de regulación específica tanto en la UE como en el ordenamiento interno se valora la posibilidad de adoptar el modelo cooperativo vigente en el ordenamiento preventivo de riesgos laborales.

**ABSTRACT**      **Key Words:** Contracts and subcontractors, directing power, control power, preventive surveillance

The present work raises the difficulties and specificities of the exercise of corporate powers of surveillance control in triangular labor relations, particularly in outsourcing contracts an. The use of camcorder media, recordings and geolocation and its limits and conditions in relation to the fundamental right to privacy of the worker and his right to informational self-determination are studied; and based on the “common” regime, the specific scope and limits in the outsourcing contracts are determined. In the absence of specific regulation both in the EU and in the internal system, the possibility of adopting the current cooperative model in the preventive classification of occupational hazards is assessed.

## ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN: EL EJERCICIO DE LOS PODERES DIRECTIVOS EN LAS CONTRATAS
2. EL CONTROL DEL CUMPLIMIENTO DE LA PRESTACIÓN LABORAL EN LAS CONTRATAS A PARTIR DEL RÉGIMEN “COMÚN”
3. CONTROL Y VIGILANCIA PREVENTIVA DE RIESGOS LABORALES ¿UN MODELO COOPERATIVO EXPORTABLE?
4. CONCLUSIONES

### 1. INTRODUCCIÓN: EL EJERCICIO DE LOS PODERES DIRECTIVOS EN LAS CONTRATAS

Una de las vías de penetración más relevantes de la flexibilidad en las instituciones laborales introducida en los años noventa fue sin duda la progresiva normalización de las relaciones de trabajo triangulares o mediatas. Concretamente, como máximo exponente de esta opción político-jurídica, la Ley 11/ 1994 modificó el artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores, no con el objetivo de modificar el régimen jurídico de la cesión ilegal de trabajadores, sino con el menos confesable objetivo de legalizar las Empresas de Trabajo Temporal –en adelante ETTS–, para lo cual tan sólo se dejó fuera del ámbito de aplicación de este precepto legal –prohibicionista y de “orden público laboral”–, a este tipo de empresas. Por esta razón dicha reforma legal sólo supuso la modificación del apartado primero del art. 43, que establece el ámbito de aplicación de la prohibición de contratar para prestar o ceder trabajadores, pasando a ser, a partir de ese momento, una prohibición parcial.

El avance de las relaciones de trabajo triangulares afecta a uno de los elementos estructurales del contrato de trabajo, su carácter bilateral, a la vez que desdibuja la configuración jurídica del empleador o empresario en el ámbito laboral como sujeto receptor de la prestación de trabajo que contrata en régimen de ajenidad y dependencia. Lejos de constituir un fenómeno excepcional, estas relaciones triangulares avanzan en nuestro mercado de trabajo y, aunque hoy por hoy no se han instalado como regla, al menos, sí se hallan plenamente normalizadas.

Las contratatas y subcontratatas, no siendo figuras jurídicamente equiparables a las ETT, ni constituyendo cesiones ilegales de trabajadores, son una parte muy importante de este heterogéneo entramado de relaciones de trabajo mediatas o triangulares, en la medida en que, sobre todo en el sector servicios, la consecuencia de estas formas de contratación empresarial no solo es que el sujeto destinatario de la prestación laboral contratada es un sujeto distinto de quien lo contrata, sino que el trabajador desarrolla su actividad laboral en centros o lugares de trabajo de titularidad del empresario comitente, no de quien le contrata y junto con trabajadores de la empresa cliente. En otros términos, la mayor parte de las relaciones de trabajo afectadas por contratatas o subcontratatas dan lugar a este tipo de relaciones

triangulares o mediatas y esto es lo que determina que las potestades de control y vigilancia del cumplimiento de la prestación laboral presenten algunas peculiaridades respecto de la relación de trabajo clásica o bilateral.

El objeto de este trabajo se limita a analizar cuáles son esas particularidades en la forma de ejercicio y límites de los poderes empresariales de vigilancia y control, partiendo de la base de que, a diferencia de las ETTS (que cuentan con una ley que regula expresamente el reparto de facultades directivas empresariales entre el empresario contratista y la empresa cliente), en las contratas nuestro ordenamiento no contempla el ejercicio compartido de dichas facultades, ni siquiera en los supuestos muy frecuentes en que los trabajadores del contratista prestan servicios en el centro de trabajo de la empresa cliente y/o junto a los trabajadores de ésta., en muchas ocasiones, además, de forma indefinida o de larga duración ( aun cuando en algún caso se produzcan sucesiones en las concesiones administrativas, en cuyo caso se produce, por previsión convencional la subrogación del nuevo contratista en los contratos de trabajo).

En efecto, en una economía predominantemente ya de servicios, la rápida penetración de la descentralización productiva nos sitúa ante una realidad organizativo-empresarial a penas sospechada por el ordenamiento laboral clásico, siendo la subcontratación la forma ordinaria de llevar a cabo muchas de las actividades productivas en todos los sectores. De forma que se externaliza acudiendo a empresas especializadas, la realización de funciones, tareas o fases del proceso, incidiendo ello en un abaratamiento de los costes laborales, más aún cuando la tecnología informática posibilita incluso la prestación de servicios por empresas y trabajadores desde fuera de nuestras fronteras. Y este fenómeno ya no se limita a determinadas funciones como la limpieza, el mantenimiento o la seguridad, sino que afecta o es susceptible de afectar, como hemos señalado, a cualquier prestación de servicios en todos los sectores y actividades económicas.

Junto a la extensión objetiva o productiva, la externalización experimenta además un crecimiento o ampliación temporal, en cuanto se mantiene en el tiempo, cubriendo los trabajadores de la empresa contratista necesidades permanentes de la empresa principal o cliente.

Otro rasgo relevante de este escenario productivo, brevemente descrito aquí, es que los avances tecnológicos permiten la existencia de empresas contratistas, en muchos casos, grandes empresas, que apenas necesitan infraestructuras, ni medios productivos tangibles al estilo tradicional<sup>1</sup>, desarrollando su actividad única o principalmente con el personal contratado. Es bien conocido que la doctrina del TS se ha venido centrando hasta tiempos recientes –para determinar la existencia

<sup>1</sup> El grupo empresarial Eulen es paradigmático en este sentido. Según estadísticas de 2017, contaba en España con 84.557 empleados y fuera de España con 36.893 y 1.533 millones de euros en ventas consolidadas. Desde un punto de vista estrictamente laboral es uno de los grandes empleadores de nuestro país, directamente beneficiario de la expansión de la descentralización de actividades de limpieza, mantenimiento y seguridad.

de una auténtica contrata— en la concurrencia de una actividad empresarial propia llevada a cabo mediante una organización empresarial estable, esto es, dotada de un patrimonio, instrumentos, maquinaria y una organización. Criterios que el TS se ha visto obligado a revisar, tras la doctrina contradictoria del TJUE, para incluir en la noción de empresa contratista incluso a aquellas que no cuentan con dichos medios y se sustentan única o principalmente en el trabajo de su personal<sup>2</sup>

Y finalmente, las contratistas dejan de responder al modelo de empresa especializada, conformándose en no pocas ocasiones en “empresas multiservicios”.

Todos estos cambios productivos y organizativos determinan que los criterios tradicionales —legales y jurisprudenciales— para delimitar la contrata de la cesión ilegal de trabajadores, se vean cada vez más cuestionados y faltos de realidad y que los límites legales de la contratación temporal apenas sean aplicables. Y, a partir de esta realidad, se concluye que la articulación jurídica de las relaciones de trabajo triangulares en el Estatuto de los Trabajadores (arts. 42 y 43), sustentada en la cesión legal (EETs), la cesión ilegal y las contrata, no es funcional ni eficiente en orden a garantizar los derechos de los trabajadores —muy particularmente el derecho a la no discriminación— ni la competencia leal entre empresas.

En este estudio incluido en una obra monográfica sobre el poder de control y vigilancia, nuestra hipótesis de trabajo es considerar que precisamente el ejercicio de estos poderes de forma real y efectiva por las empresas contratistas sobre sus empleados, debe ser un criterio determinante en orden a deslindar la contrata de la cesión —legal o ilegal—. Es decir, para que la contrata sea efectivamente un contrato mercantil lícito entre dos o más empresas es preciso que ambas, cliente y contratista, sean empresarios reales. Y, dado que ni el tipo de actividad, más o menos especializada, ni la duración de la prestación (cada vez más estable o de larga duración), ni la existencia de un lugar, bienes productivos, maquinaria... son identificativos de una actividad empresarial, entendemos que hay que poner el acento en la ostentación de los poderes de dirección sobre los trabajadores; es decir, que habrá empresa contratista siempre que se asuman los poderes —y responsabilidades— inherentes a su condición jurídica de empleador, por tanto, siempre que ordene y controle la prestación laboral por él contratada por su cuenta y bajo su dirección.

Ciertamente el empresario contratista no se puede equiparar a la ETT debidamente autorizada, ya que en tal caso su régimen jurídico sería otro. Sin embargo, la realidad material es muy similar, ya que en uno y otro caso, los trabajadores por ellos contratados prestan servicios para otros empresarios clientes y frecuentemente en sus centros de trabajo. Los problemas derivados del ejercicio de las facultades

<sup>2</sup> Al respecto la STJUE de 11 de julio de 2018 (Asunto Somoza Hermo), además de obligar a modificar la doctrina que sentó en la STS 565/2018, de 29 de mayo de 2018, abre interrogantes sobre los convenios colectivos que prevén la subrogación en los contratos de trabajo en supuestos de sucesión de plantillas, sin aplicar el régimen del art. 44 ET.

de control en ambos supuestos son similares, sin embargo, sólo en el caso de las ETTS, la Ley contempla la atribución parcial de facultades de control a la empresa cliente. Planteado en estos términos el problema, proponemos aquí dos posibilidades: o bien, se aplica por analogía en las contratas el régimen jurídico de las ETTS en materia de control y vigilancia del cumplimiento de la prestación laboral. O bien, se adaptan los criterios generales sobre los mecanismos de control empresarial para adecuarlos a la realidad de la contrata, en cuyo caso se ha de concretar cuáles serían esas adaptaciones o modalizaciones y cuáles sus límites específicos..

Anticipamos que consideramos que, pese a la mayor facilidad de la primera opción –aplicación analógica del régimen de vigilancia y control en las ETTS– se ha de optar por la segunda opción por razones de lógica jurídica. En la medida en que nuestro ordenamiento trata de deslindar la cesión legal de la cesión ilegal, la asimilación –aunque sea parcial– de las contratas a los supuestos de cesión legal comportaría de facto la existencia de auténticas ETTs que operarían sin autorización administrativa y al margen de su régimen jurídico. Por tanto, buscando la coherencia jurídica de estas instituciones, parece más acertado (en tanto no se lleve a cabo una reforma profunda de todas las relaciones laborales triangulares) continuar exigiendo que el contratista sea un verdadero empleador, reconsiderando los indicadores tradicionales, que actualmente han de centrarse en la existencia de una organización de prestaciones laborales y en el ejercicio real y efectivo de las facultades de dirección y vigilancia sobre sus empleados. Y a partir de ello, pretendemos avanzar en cuáles serían los medios de control más adecuados y cuáles los límites en el ejercicio de estos poderes, aceptando que en las contratas los empleadores tienen mayores dificultades para ejercer sus funciones de control y vigilancia, lo que en determinadas circunstancias puede comportar un uso más flexible de los medios de control, de la misma manera, que mayores responsabilidades. Además de la coherencia jurídico-formal de la solución propuesta, es claro que desde una perspectiva político-jurídica, la verificación de la existencia de un verdadero poder de organización, dirección y control de la actividad laboral (vinculado a los riesgos y responsabilidades inherentes a la condición de empresario) es igualmente importante en orden a delimitar la contrata de fenómenos fraudulentos de cesión ilegal, debiendo ser éste elemento, el criterio decisivo para determinar cuando estamos ante uno u otro fenómeno. Dicho en otros términos, el suministro de mano de obra –cuando se trata de empresas desmaterializadas– constituye cesión ilegal y no contrata cuando no hay ejercicio real y efectivo de los poderes directivos<sup>3</sup> porque el ejercicio de estos poderes conforma la nota de subordinación o dependencia inherente a una relación de trabajo. Y, a partir de considerar que la titularidad de la potestad de control y vigilancia corresponde al contratista –siendo un elemento

<sup>3</sup> Vid. STS de 16 de junio de 2003 (Ar. 7092), con cita de jurisprudencia anterior, donde se alude al mero ejercicio formal del poder de dirección por el contratista, no siendo real y considerando que es un mero delegado de la empresa cliente, por lo que concluye hay cesión legal y no contrata.

esencial, definitorio y diferencial de la contrata— analizaremos la viabilidad de aplicar el modelo de corresponsabilidad instaurado en materia de prevención de riesgos laborales para los fenómenos de descentralización productiva.

A continuación, una vez se ha dejado claro que el poder de vigilancia sobre los trabajadores de la empresa contratista recae sobre ésta empresa, siendo ello un elemento esencial de la existencia de una contrata y, a la vez diferenciador de la cesión ilegal, se analiza el régimen de control y vigilancia de la prestación laboral en relación con el derecho fundamental a la intimidad del trabajador y el uso de medios técnicos como videocámaras y geolocalización. Dada la ausencia de previsión legal específica al respecto, se va a analizar el régimen y doctrina general sobre el uso de estos medios en las relaciones de trabajo bilaterales, para, de forma paralela, identificar los matices o particularidades en las contratas.

## **2. EL CONTROL DEL CUMPLIMIENTO DE LA PRESTACIÓN LABORAL EN LAS CONTRATAS A LA PARTIR DEL “RÉGIMEN” COMÚN**

El control y vigilancia del cumplimiento de la prestación laboral es uno de los contenidos o manifestaciones más importantes entre el conjunto de los que conforman el poder de dirección empresarial (poder organizativo, órdenes e instrucciones sobre el trabajo, facultades disciplinarias, premiales y novatorias) y a su análisis en el ámbito de las relaciones triangulares de trabajo articuladas a través de contratas y subcontratas nos vamos a limitar en este trabajo, partiendo de lo que podemos denominar “régimen común” en el uso de medios de control y vigilancia, concebido para relaciones de trabajo bilaterales, identificando los problemas particulares se plantean en las contratas.

Partimos, tal y como hemos adelantado, de que la potestad de vigilancia y control de la prestación laboral corresponde en las contratas al empleador —el contratista— y no a la empresa cliente, aun cuando los trabajadores desempeñen su actividad en centros de trabajo de dicha empresa cliente —sin perjuicio de ciertas atribuciones reservadas a éstas en el sector de los contratos públicos, en relación con las condiciones establecida en los pliegos de condiciones<sup>4</sup>—. Sin embargo, los medios de control y vigilancia instalados en la empresa cliente pueden afectar, cuando se comparte centro de trabajo, a los trabajadores de la empresa contratista y, adicionalmente, ésta empresa puede desear instalar mecanismos de control para sus trabajadores en la empresa cliente, pudiendo afectar en algún caso a trabajadores de la empresa cliente, además de a su derecho de propiedad privada. Estas reali-

<sup>4</sup> Sobre esta particular cuestión, en orden a determinar la concurrencia de dependencia (bien respecto al contratista, bien respecto de la Administración cliente), no debiendo confundir las prerrogativas de la Administración en los contratos administrativos con las facultades empresariales de dirección de dar órdenes e instrucciones. vid por todas, STS de 27 de febrero de 2012, u. d., IL J 354/2012

dades plantean interrogantes a los que, a lo largo de este trabajo, responderemos acudiendo a criterios de interpretación, ya que ni el artículo 20 ET ni el artículo 42 ET regulan estas cuestiones.

El contratista empleador ejerce sus facultades de control de la prestación laboral sobre sus trabajadores, en principio, en las mismas condiciones que en el caso de una relación laboral bilateral o inmediata. Esta afirmación determinaría la “remisión” en bloque al marco jurídico general y doctrina jurisprudencial relativa a los medios de control y sus límites en el ámbito laboral. Sin embargo, el hecho de que en el marco de la contrata se desarrollan relaciones laborales triangulares (lo que determina que el trabajador pueda estar prestando servicios en centros de trabajo de la empresa cliente, donde existe otra estructura organizativa de las prestaciones laborales), junto a la circunstancia de que en muchos casos las empresas contratistas no pueden ejercer un control directo sobre sus propios trabajadores desplazados a las empresas clientes, determina que la cuestión sea más compleja que en las relaciones de trabajo bilaterales clásicas, comprometiendo derechos fundamentales de estos trabajadores.

El avance tecnológico aplicado al control de las prestaciones laborales<sup>5</sup> cobra en las contratas una especial relevancia, en cuanto que abre posibilidades nuevas en orden a verificar el completo y correcto cumplimiento de la prestación laboral objeto de contrato. Pero a la vez, cuando se beneficia o participa de los medios de control implantados en la empresa cliente, plantea numerosos interrogantes, algunos especialmente complejos, como es el relativo al tratamiento de datos obtenidos por la empresa cliente y su cesión a la empresa contratista.

Las respuestas a estas cuestiones pasan necesariamente por garantizar los derechos fundamentales de los trabajadores de las empresas contratistas (especialmente, derecho a la intimidad y a la propia imagen, derecho al secreto de las comunicaciones y protección de datos), valorando, en su caso, la adopción de criterios diferenciados o específicos para el ejercicio de las facultades de control y vigilancia en las contratas.

Con el fin de determinar cuáles serían dichos criterios diferenciados, conviene partir de un análisis sintético del estado de la cuestión en materia de medios de control empresarial con carácter general en las relaciones de trabajo inmediatas o bilaterales. En relación con los medios de control informático, la doctrina constitucional, la jurisprudencia del orden social y la vigente Ley Orgánica de Protección de Datos Personales –LO 3/2018, en adelante, LPPD– han fijado criterios consolidados tanto en lo que se refiere a los requisitos de acceso, como a las condiciones en las se permite la utilización de los datos obtenidos como prueba válida a los efectos de acreditar incumplimientos laborales, lo que no plantea particularidades en las contratas.

<sup>5</sup> Sobre el tema, vid. Baz Rodríguez, J.: *Privacidad y protección de datos de los trabajadores en el entorno digital*, Wolters Kluwer, 2019 y Blázquez Agudo, E.: *Aplicación práctica de la protección de datos en las relaciones laborales*, Wolters Kluwer, 2019.

El control a través de sistemas de video vigilancia ha planteado más problemas, no sólo por la carencia de una normativa específica hasta la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales, sino, sobre todo, por los cambios de criterio del Tribunal Constitucional. Muy sucintamente, podemos afirmar que el TC inició su doctrina en un sentido limitativo de estas facultades de control empresarial, en un principio, solo en relación con el derecho fundamental a la intimidad del art. 18.1 CE. Fueron sus Sentencias 98/2000, de 10 de abril y 186/2000, de 10 de julio, las que sentaron criterios al respecto. En la primera, el TC estimó el recurso de amparo planteado por el trabajador por entender que se había vulnerado su derecho a la intimidad personal y la empresa se había excedido en sus facultades de vigilancia previstas en el art. 20.3 del ET. En concreto el supuesto de hecho se refería al despido de un trabajador de un casino y utilización por la empresa de micrófonos en secciones de caja y ruleta francesa, grabando conversaciones de trabajadores y clientes.

El TC sentó aquí una serie de criterios de interpretación claros y firmes:

- Las facultades de control que afecten a derechos fundamentales sólo son admisibles, bien cuando ello sea requerido en función de la propia naturaleza de la actividad o trabajo contratado, o bien se acredite una necesidad o interés empresarial real, no bastando su mera invocación.
- El ejercicio de las facultades organizativas y disciplinarias por el empleador no puede llevar a resultados inconstitucionales (lesión de derechos fundamentales del trabajador)
- Se ha de respetar un equilibrio entre libertad de empresa y derechos fundamentales en el ámbito laboral, modulando éstos últimos; no obstante, cualquier modulación de éstos ha de limitarse a lo estrictamente imprescindible para el correcto y ordenado desenvolvimiento de la actividad productiva.
- Cualquier limitación de derechos fundamentales en el ámbito laboral ha de ser indispensable y estrictamente imprescindible para el correcto y ordenado desenvolvimiento de la actividad productiva en la empresa.

De ello se desprende, que, según esta doctrina, la utilización de estos medios de control no puede sustentarse en una mera utilidad o conveniencia para la empresa, debiendo acreditar ésta que la instalación de un sistema de captación y grabación de sonidos es indispensable para la seguridad o buen funcionamiento de la empresa. Junto a ello, un elemento relevante en relación con el juicio de constitucionalidad es el relativo a que la grabación continuada e indiscriminada de todo tipo de conversaciones rebasa ampliamente las facultades reconocidas al empresario en la legislación laboral (art. 20.3 ET) y supone una intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad del trabajador. Para el TC, aun cuando las facultades de vigilancia y control empresariales están reconocidas en nuestra legislación laboral –art. 20



ET– y cuentan con fundamento en los artículos 33 y 38 de nuestro texto constitucional, ello no ampara intromisiones ilegítimas. Para valorar en qué supuestos hay intromisión ilegítima, el TC aplica un juicio de proporcionalidad que han de superar esas medidas valorando la concurrencia de tres requisitos: que la medida sea susceptible de conseguir el objetivo propuesto –juicio de idoneidad–; que la medida sea la menos lesiva para la consecución del objetivo con la misma eficacia (necesidad) y que se deriven más ventajas para el interés general que los perjuicios sobre los derechos fundamentales afectados (proporcionalidad estricta). Además de ello el TC consideró que la validez de la prueba no depende –ni exige– de la previa información a los trabajadores ni al comité de empresa de la instalación de estas cámaras, no siendo ello parte integrante el contenido esencial del derecho a la intimidad y a la propia imagen. Éste último criterio constitucional –la información previa a los trabajadores– conviene recordar que fue corregido por la posterior STC 29/2013, de 11 de febrero, que exige el riguroso cumplimiento del deber de información previo a los trabajadores, además de referirse al derecho de autodeterminación informativa (18.4 CE) y las exigencias derivadas del respecto al contenido esencial del derecho en materia de protección de datos de carácter personal.

La STC 186/2000, de 10 de julio, analiza el control por video vigilancia (mientras que la anterior se refería a grabación de conversaciones) y el supuesto de hecho origen del recurso versaba sobre un despido disciplinario de un trabajador por sustracción de dinero en la caja de un economato de la empresa Ensidesa, habiendo utilizado la empresa como medio de prueba las grabaciones del sistema de video vigilancia (un circuito cerrado de televisión que enfocaba únicamente a las tres cajas registradoras y mostrador de paso de mercancías enfocando a las manos del cajero), que se instaló a partir de las sospechas que existían por el descuadre en los rendimientos. Las grabaciones confirmaron la sustracción de diferentes cantidades de dinero. El TC desestimó el recurso de amparo por considerar que la grabación respetó el derecho fundamental del trabajador y que las pruebas videográficas eran válidas y, reiterando la doctrina sentada en su STC 98/2000, fija como principios esenciales a tener en cuenta: que el derecho a la intimidad, aun aplicable al ámbito en el ámbito de las relaciones laborales, no es un derecho absoluto, pudiendo ceder ante intereses constitucionales relevantes, cuando se revele que ello es necesario para lograr el fin legítimo previsto, el límite sea proporcionado para alcanzarlo y se respete el contenido esencial del derecho. Y, aunque el empresario es el titular del poder de dirección (que incluye, entre otras facultades la de adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento del trabajador de sus obligaciones laborales, respetando la dignidad del trabajador), siendo ello imprescindible para el funcionamiento de la organización productiva, contando con fundamento constitucional (arts. 33 y 38 CE) y reconocimiento legal expreso, ello no significa que pueda adoptar medidas que comporten intromisiones ilegítimas en la intimidad de sus trabajadores. Por tanto, cualquier

medida que adopte ha de observar estrictamente el principio de proporcionalidad, es decir, si la medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (idoneidad), si es necesaria en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (necesidad), por derivarse de ella más ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto). A partir de estas consideraciones, el TC declara que la validez de la prueba de la grabación no requiere ni depende de la previa información ni al trabajador ni al comité de empresa de la instalación de cámaras de seguridad o de vigilancia, al menos, no como exigencia derivada del contenido esencial de los derechos fundamentales a la intimidad y a la propia imagen. En definitiva, el TC resuelve el conflicto entre el derecho a la intimidad personal del trabajador y las facultades de control empresarial de la prestación laboral aplicando el principio de proporcionalidad.

En su Sentencia 29/2013, de 11 de febrero<sup>6</sup>, el TC matizó algunos aspectos sobre el juicio de proporcionalidad, exigiendo, además, el riguroso cumplimiento del deber de información previa al trabajador para admitir la validez de la prueba de la grabación y, sobre todo, sentó unos criterios nuevos en relación con el derecho a la autodeterminación informativa, que, además, según su criterio, se integra en el derecho a la protección de datos personales. Por tanto, a partir de esta Sentencia, además de la superación del juicio de proporcionalidad, en el ámbito laboral es necesaria la “información previa y expresa, precisa, clara e inequívoca a los trabajadores de la finalidad de control de la actividad laboral a la que la captación podría ser dirigida”; información que debe concretar “las características y el alcance del tratamiento de datos que iba a realizarse, esto es, en qué casos las grabaciones podían ser examinadas, durante cuánto tiempo y con qué propósitos, explicitando muy particularmente que podrían utilizarse para la imposición de sanciones disciplinarias por incumplimientos del contrato de trabajo”. En el supuesto de hecho que está en la base del recurso de amparo, se impusieron al trabajador tres sanciones de suspensión de empleo y sueldo por infracciones muy graves relativas a incumplimientos de jornada y horario que habían sido grabados por cámaras. Aunque los trabajadores no habían sido informados previa y expresamente sobre el uso de estos medios de control y la finalidad para la que podían ser recabados, el convenio colectivo aplicable preveía la utilización de medios de control informáticos y audiovisuales y su instalación fue previamente informada al comité de empresa, existiendo también carteles informativos donde se avisaba sobre la instalación de cámaras. Pero, al no haberse informado expresa y previamente a los trabajadores de la finalidad para la que podían ser recabados esos datos personales derivados de las grabaciones, el TC considera que no se respetaron los límites constitucionales y estima el recurso de amparo.

<sup>6</sup> RTC 2013/29.

En cuanto al consentimiento, el TC precisa que éste no es necesario, a diferencia del derecho a ser informado, ya que éste es complemento indispensable del derecho fundamental, el saber en todo momento quién dispone de esos datos personales y a qué uso los está sometiendo (propósito de su tratamiento). Además, dicho derecho a ser informado no puede ser suplido ni subsanado por la existencia de anuncios sobre la instalación de cámaras, calificando la actuación empresarial de utilización encubierta de medios de control. La información debe concretar las características y el alcance del tratamiento de datos que pretendía realizarse, es decir, informar en qué casos se van a utilizar, durante cuánto tiempo y con qué propósitos iban a emplearse las grabaciones; explicitando particularmente que podían utilizarse para la imposición de sanciones disciplinarias por incumplimientos del contrato de trabajo.

Esta interpretación constitucional de tutela constitucional reforzada de los derechos fundamentales de los trabajadores fue modificada por el propio TC en su Sentencia 39/2016, de 3 de marzo (en Pleno, aun con votos particulares), en un sentido menos garantista de dichos derechos, al recortar el alcance del deber informativo previo. El supuesto de hecho origen del recurso se refería a una trabajadora que prestaba servicios como dependienta en un centro comercial de la empresa Bershka, despedida por transgresión de la buena fe contractual. La empresa había instalado un nuevo sistema de control informático de las cajas, detectó que en la caja de la recurrente en amparo se estaban produciendo irregularidades que podían deberse a una apropiación dineraria por parte de alguno de los trabajadores que prestaban servicios en dicha caja. A partir de esta sospecha, la empresa instaló cámara de videovigilancia, sin que ello se comunicara previamente a los trabajadores, aunque en el escaparate del establecimiento, en lugar visible, se colocó el distintivo informativo. En la carta de despido se imputaba a la trabajadora la apropiación de dinero en diferentes fechas y de forma habitual, especificando horas y días y la forma en que se realizó (realización de falsas devoluciones de venta de prendas de vestir). El TC desestimó el recurso de amparo, modificando la doctrina de su anterior STC 29/2013, dando un nuevo alcance al deber de información a los trabajadores, el cual se considera ahora cumplido cuando la empresa coloca los distintivos informativos cumpliendo los requisitos que establece la Instrucción 1/2006, de 8 de noviembre de la Agencia Española para la Protección de Datos. Este cambio de doctrina fue calificado en el Voto Particular de Valdés Dal-Ré como falto de motivación, lo que ciertamente es cuando menos criticable dada la extraordinaria relevancia de la alteración de su doctrina.

El derecho fundamental a la protección de datos personales comprende el derecho del afectado a consentir la recogida y uso de sus datos personales, para lo cual resulta esencial y estrictamente necesario el reconocimiento del derecho del afectado a ser informado de quien posee esos datos personales y con qué finalidad, así como el derecho a poder oponerse a esa posesión y uso. No obstante, recuerda

el TC en su STC 39/2016, la propia Ley Orgánica de Protección de Datos –en referencia a la vigente en aquél momento– excepciona los supuestos en que concurra habilitación legal para que los datos puedan ser tratados sin dicho consentimiento, lo que, señala el TC, sucede en el ámbito laboral, en el que la dispensa del consentimiento abarca a los datos necesarios para el mantenimiento y cumplimiento de la relación laboral, incluyendo las obligaciones derivadas del contrato de trabajo. Por tanto, un tratamiento de datos dirigido al control de la prestación laboral debe entenderse amparado por la excepción de consentimiento, salvo que el tratamiento de los datos se utilice con fines ajenos al cumplimiento del contrato. No obstante, recuerda el TC, la exención de consentimiento no se extiende al deber de informar al trabajador, lo que permite al trabajador ejercer los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición y conocer la dirección del responsable del tratamiento o, en su caso, del representante, como establecía el artículo 5 de la entonces vigente LOPD. Pero, dada la vinculación entre uno y otro –consentimiento e información–, el incumplimiento del deber de información sólo supondrá una vulneración del derecho fundamental a la protección de datos tras una ponderación de la proporcionalidad de la medida adoptada. El TC afirma que el empresario no necesita el consentimiento expreso del trabajador para el tratamiento de las imágenes obtenidas a través de cámaras instaladas en la empresa con la finalidad de seguridad o control laboral, ya que se trata de una medida dirigida a controlar el cumplimiento de la relación laboral amparada en el artículo 20.3 del ET. Y la ausencia o deficiencia en la información ha de ponderarse, entiende el TC, caso por caso y, en el enjuiciado, se considera que sí se cumplió el deber de información al haber colocado los distintivos informativos previstos en la mencionada Instrucción 1/2006 de la AEPD sobre tratamiento de datos personales con fines de vigilancia a través de sistemas de cámaras o videocámaras. Y al entender cumplido el deber de información previa no puede tampoco considerarse vulnerado el art. 18.4 CE, para lo que ha de determinarse si en la instalación y empleo de medios de captación y grabación de imágenes por la empresa se ha respetado el derecho a la intimidad de conformidad con el principio de proporcionalidad. Y en el caso analizado, entiende el TC que, además de haberse cumplido el deber de información previa (al haberse colocado distintivos en lugar visible avisando de la instalación de cámaras, cuya finalidad podía conocer la recurrente, sin necesidad de más especificaciones), la cámara estaba situada en el lugar donde se desarrollaba la prestación de servicios, enfocando directamente a la caja y el distintivo informativo exigido en la Instrucción 1/2006 se colocó en el escaparate de establecimiento, en un lugar visible, no siendo necesario especificar, más allá de la vigilancia, la finalidad exacta asignada a este medio de control. Junto a ello, también entiende el TC superado el juicio de proporcionalidad, considerando la medida justificada por la existencia de sospechas, idónea para la finalidad pretendida, necesaria porque la grabación serviría de prueba y equilibrada porque se limitó a grabar la zona de caja.

Esta Sentencia –STC 39/2016–, al margen de rebajar el alcance del contenido del derecho de información, supuso una merma muy importante del contenido esencial de la libertad de autodeterminación informativa, respecto a la STC 292/2000, de 30 de noviembre, un derecho derivado del derecho de protección de datos personales reconocido en el art. 18.4 CE. Doctrina que habrá de ser revisada o al menos matizada a la luz de la STEDH de 9 de enero de 2018 (Asunto López Ribalda y otros) que ha condenado a España por la admisión como prueba en un despido, de imágenes que fueron captadas de forma indiscriminada y sin información previa y específica, precisa e inequívoca a los interesados sobre la existencia y características particulares de un sistema de videovigilancia que recopila datos personales. Y añade el TEDH, aplicando su propia doctrina en relación con el art. 8 de la CEDH, que ésta debe ser especialmente matizada y tuitiva en el ámbito laboral, donde, la vigilancia de la conducta no puede ser eludida al estar obligado el trabajador a prestar sus servicios en el lugar de trabajo. Este pronunciamiento afecta a la doctrina constitucional porque el TEDH basa su juicio de no proporcionalidad en que la empresa no cumplió los requisitos de la LPPD vigente entonces al no informar a los trabajadores de la instalación de cámaras ocultas y por el carácter indiscriminado de las grabaciones, las cuales afectaron a todos los trabajadores que prestaban servicio en cajas y porque las grabaciones se prolongaron durante semanas, afectando a la totalidad de la jornada.

El empleo de estos medios de control laboral, aunque no se diga expresamente en nuestra norma interna, parece tener, dados los elevados condicionantes, un carácter subsidiario implícito, esto es, en palabras del Dictamen 4/2004, apartado D) del Grupo de Trabajo del artículo 29 de la Directiva 95/46/CE, relativo al tratamiento de datos personales mediante vigilancia por videocámara, de 11 de febrero de 2004, que *“el circuito cerrado de televisión y otros sistemas similares de vigilancia por videocámara sólo podrán utilizarse con carácter subsidiario: es decir, con fines que realmente justifiquen el recurso a tales sistemas”*. Por tanto, el empleo de estos sistemas de vigilancia por parte del empresario sólo es lícito cuando otros medios que no requieran captación de imágenes no sean aptos o sean ineficientes para el cumplimiento de los fines legítimos de vigilancia del cumplimiento de la obligación laboral y protección y seguridad de personas y cosas. O, alternativamente para situaciones graves y excepcionales. La aplicación de esta doctrina a las contratas es plena, no pareciendo razonable un uso más amplio de estos medios basados únicamente en la imposibilidad de ejercer un control directo de sus trabajadores. En cambio, la geolocalización previamente informada contaría con una fundamentación legítima y proporcional.

El Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento y del Consejo, de 27 de abril de 2016, 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 el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento General de Protección de Datos),

en adelante RGPD, ha supuesto algo más que una mera actualización normativa, tratándose de una revisión profunda de las bases del modelo europeo de protección de datos. Limitándonos aquí al tema objeto de estudio, se ha de mencionar que, entre las habilitaciones y llamadas que este Reglamento contempla para la adopción por parte de los Estados miembros de normas internas, el artículo 88, con la rúbrica *Tratamiento en el ámbito laboral*, establece en el apartado 1 la posibilidad de los Estados, a través de disposiciones legislativas o de convenios colectivos, de establecer normas “más específicas” para garantizar la protección de los derechos y libertades en relación con el tratamiento de datos personales de los trabajadores en el ámbito laboral. Y, señala este precepto, particularmente determinadas materias: contratación de personal, cumplimiento de las obligaciones, gestión, planificación y organización del trabajo, igualdad y diversidad en el lugar de trabajo, salud y seguridad en el trabajo, protección de los bienes de empleados o clientes, ejercicio y disfrute de los derechos y prestaciones relacionados con el empleo y a efectos de extinción de la relación laboral. Regulaciones internas que han de incluir medidas adecuadas para preservar la dignidad de los interesados, sus intereses legítimos y sus derechos fundamentales, prestando especial atención a la transparencia en el tratamiento, la transferencia de los datos personales dentro de un grupo empresarial o de una unión de empresas dedicadas a una actividad económica conjunta y a los sistemas de supervisión en el lugar de trabajo –art. 88.2 RGPD).

La Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales se adopta al amparo de las habilitaciones y llamadas del RGPD, a partir del establecimiento de ese régimen uniforme del derecho fundamental a la protección de datos en el contexto de la sociedad global. La nueva LOPD ha supuesto la adaptación de nuestro ordenamiento al nuevo RGPD<sup>7</sup> y en lo que se refiere al tema que nos ocupa establece algunos preceptos novedosos sobre derecho a la intimidad y tratamiento de datos en el ámbito laboral; concretamente, los artículos 87 a 91. Aunque un análisis general y en profundidad de estos preceptos excede de la extensión y objeto de este trabajo, al menos es preciso traer a colación sucintamente el contenido de estos preceptos, para poder

<sup>7</sup> El derecho fundamental a la protección de datos de las personas físicas es un derecho fundamental expresamente consagrado en el art. 18.4 CE, habiendo sido nuestro texto constitucional de 1978 pionero, garantizando que “la ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos” Fue regulado por la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre reguladora del tratamiento automatizado de datos personales y posteriormente por la Ley Orgánica 15/1999, de 5 de diciembre, de protección de datos personales, con las que se procedió a trasponer la Directiva 95/46 CE del Parlamento y del Consejo, de 24 de octubre de 1995 de protección de las personas físicas respecto al tratamiento de datos personales y libre circulación de estos datos (ya derogada por el RGPD). La STC 94/1998, de 4 de mayo, ya sentó doctrina afirmando la existencia de este derecho y su contenido esencial que garantiza a la persona el control de sus datos personales y sobre su uso y destino. Posteriormente el TC, en su STC 292/2000, de 30 de noviembre, declaró que este es un derecho fundamental autónomo e independiente consistente en el poder de disposición y control de estos datos e implica la facultad de decidir qué datos dar a un tercero, cuales puede recabar éste y saber quién posee estos datos y con qué finalidad, pudiendo oponerse a esa posesión o uso.

llevar a cabo después un análisis específico en relación con su aplicación en las contratas, lo que vamos a concretar en los siguientes puntos (excluyendo de análisis el derecho a la desconexión digital, por su escasa particularidad en las contratas):

1. Uso de dispositivos digitales en el ámbito laboral (art. 87):

- los trabajadores y empleados públicos tienen derecho a la protección de su intimidad en el uso de dispositivos digitales puestos a su disposición por el empleador, pudiendo acceder éste a los contenidos a los solos efectos de controlar el cumplimiento de las obligaciones laborales o de garantizar la seguridad de los dispositivos
- los empleadores deben establecer las condiciones de utilización de los dispositivos, debiendo participar en su elaboración los representantes de los trabajadores.
- el acceso al contenido de dispositivos digitales respecto de los que el empleadora haya admitido el uso con fines privados requerirá que se especifiquen de modo preciso los usos autorizados y se establezcan garantías para preservar la intimidad de los trabajadores, debiendo éstos ser informados de dichos criterios de utilización.

2. Derecho a la intimidad frente al uso de dispositivos de videovigilancia y de grabación de sonidos en el lugar de trabajo (art. 89):

- los empleadores pueden tratar las imágenes obtenidas a través de sistemas de cámaras o videocámaras para el ejercicio de sus funciones de control
- los empleadores han de informar previamente, de forma expresa, clara y concisa a los trabajadores y, en su caso, a los representantes legales acerca de esta medida
- en caso de captación flagrante de un acto ilícito se entenderá cumplido el deber de informar cuando existiese al menos colocación de dispositivo informativo en lugar suficientemente visible identificando al menos la existencia del tratamiento, la identidad del responsable y la posibilidad de ejercitar los derechos previstos en los arts. 15 a 22 del RGPD
- prohibición absoluta de videovigilancia y grabación de sonidos en lugares destinados al descanso o esparcimiento, tales como vestuarios aseos, comedores y análogos
- la utilización de sistemas similares a los anteriores para grabación de sonido se admitirá solo cuando existan riesgos relevantes para la seguridad de instalaciones, bienes y personas, debiendo respetar el principio de proporcionalidad, el de intervención mínima y las demás garantías anteriores
- plazo máximo de conservación de sonidos grabados, se remiten al régimen general establecido en el art. 22.3 de esta ley (un mes).

### 3. Intimidad y geolocalización (art. 90)

- los empleadores pueden tratar datos obtenidos a través de sistemas de geolocalización para el ejercicio de sus facultades de control
- con carácter previo los empleadores han de informar a los trabajadores de forma expresa, clara e inequívoca (y, en su caso, a sus representantes) acerca de la existencia de estos dispositivos, sus características y de los derechos de acceso, rectificación, limitación del tratamiento y supresión.

### 4. Remisión a la negociación colectiva (art. 91)

- los convenios podrán establecer garantías adicionales relacionadas con el tratamiento de los datos personales de los trabajadores

A partir de esta breve síntesis del contenido de la LOPDP, podemos concluir que, además de incorporar los cambios del RGPD, esta Ley viene a recoger en gran medida los criterios de nuestra doctrina constitucional anterior –y aquí relacionada–.

A la luz de lo dispuesto en la vigente LOPD y del análisis jurisprudencial precedente, podemos decir que el empleo de tecnologías como cámaras de video-vigilancia, grabaciones se configura como un mecanismo de control excepcional y subsidiario, limitado al control y vigilancia de la prestación para tutelar la seguridad de las cosas y las personas, que ha de superar el test de proporcionalidad y que está sometido a estrictos requisitos de información al trabajador y a sus representantes legales en la empresa. Licitud que ha de interpretarse en términos estrictos, dada su configuración excepcional y dado que no se requiere el consentimiento del trabajador –lo que se explica en la irrelevancia del mismo en el marco de la asimétrica relación laboral–. Consideraciones extrapolables a la geolocalización que permite ubicar al trabajador en tiempo real con fines de control, pero no a otros medios no expresamente contemplados en la Ley como el análisis de huella dactilar, geometría de la mano, imagen facial o retina para control de asistencia y cumplimiento horario.

Las novedades de la nueva LOPD son limitadas, pero, en lo que a nosotros respecta aquí, lo realmente llamativo es que la norma interna no se refiere ni contempla particularmente ningún tipo de relaciones laborales triangulares, como sí hace el Reglamento UE, siendo en éstas donde con mayor frecuencia se puede producir un uso ilícito en el tratamiento de datos, dada la circulación de datos entre las dos empresas (empleadora y cliente). Es cierto que el art. 88 del RGPD no obliga a los Estados miembros a adoptar normas específicas en la materia para el ámbito laboral, ya que tan solo contempla una habilitación (“podrán”), pero igualmente, en caso de adoptar una norma interna, el apartado 2 fija unos mínimos, al exigir



que tales normas internas específicas incluyan medidas adecuadas y específicas para preservar la dignidad, intereses legítimos y derechos fundamentales de los trabajadores prestando especial atención a “*la transparencia del tratamiento, a la transferencia de datos personales dentro de un grupo empresarial o de una unión de empresas dedicada a una actividad económica conjunta y a los sistemas de supervisión en el lugar de trabajo*”. Es decir, el RGPD se refiere a relaciones laborales triangulares y no sólo a las que pueden tener lugar en el seno de un grupo de empresas sino a lo que denomina “unión de empresas dedicadas a una actividad económica conjunta”, expresión legal amplia en la que encajan las relaciones de trabajo afectadas por contratas y subcontratas empresariales.

El hecho de que la LOPDP tenga esta laguna, determinará que nuestros Tribunales tengan que acudir a estos criterios en supuestos de transferencia de datos entre empresas clientes y empresas contratistas, de modo que el carácter triangular no incida en una inferior protección y garantía de los derechos a la intimidad y protección de datos personales de los trabajadores de empresas contratistas, contribuyendo a la brecha laboral ya existente entre unos y otros trabajadores. Y, además, para valorar la proporcionalidad de la cesión de datos entre empresa cliente y contratista, es claro que ha de exigirse, en los mismos términos que en las relaciones de trabajo bilaterales, la información previa sobre la implantación de estos medios de vigilancia extraordinaria, sobre su uso y condiciones de la cesión de datos, a los trabajadores afectados de la empresa contratista.

Pero a la vez, el RGPD, aún de un modo indirecto e intrincado, viene a admitir la transferencia de datos entre empresas vinculadas que difícilmente podrá ser calificado de ilícito *a priori*. Y por tanto, se habrá de estar al análisis del caso concreto para valorar el respeto a los principios y límites legales en el uso de estos medios de vigilancia, no sólo en una y otra empresa (comitente y contratista), sino sobre todo, en la cesión de los datos entre una y otra. Es decir, a título de ejemplo, la empresa contratista habría de informar previamente y de forma expresa, clara y concisa, a sus trabajadores, no solo de la eventual instalación de cámaras en la empresa cliente –lo que les puede afectar–, sino también de por qué, cuándo, qué y para qué la empresa cliente va a transferir grabaciones de sonido o de imagen obtenidas en el lugar de trabajo a la empleadora –la contratista–. En definitiva, los trabajadores de las empresas contratistas tienen un doble derecho de información cuando presten sus servicios en instalaciones de la empresa cliente; de un lado, la misma información y en las mismas condiciones que los trabajadores de ésta (obligación que pesa sobre la empresa cliente) y, de otro, información expresa y pormenorizada de la cesión o transferencia de estos datos (en este caso, a cargo del contratista).

Ciertamente, la LOPD es una ley general –no específicamente laboral–, razón por la que puede explicarse la falta de previsión sobre la tutela de este derecho fundamental en las relaciones laborales triangulares, sin embargo, dado que los

arts. 87 a 91 se adoptan en cumplimiento del art. 99 del RGPD, no puede por menos que criticarse la falta de visión de la Ley, sobre todo teniendo en cuenta que es en este tipo de relaciones de trabajo triangulares o mediatas, donde más puede verse afectada la transparencia en el tratamiento de datos en detrimento del derecho fundamental de autotutela informativa. Siendo además las relaciones laborales triangulares, no una realidad marginal ni excepcional, sino una tendencia que se sitúa en la normalización. En este sentido, el papel de la negociación colectiva puede ser muy relevante en orden a introducir cláusulas sobre la cesión de datos entre empresa cliente y contratista, determinando los supuestos, la finalidad, el contenido y alcance, el sujeto responsable del tratamiento y tiempo máximo de conservación. Sin embargo, por el momento, esta materia no ha sido objeto de específica atención por parte de los agentes sociales, limitándose las previsiones sobre trabajadores destinados a las contratas a desarrollar las previsiones del art. 42 del ET, que, como es sabido, no se refiere a los medios de control y vigilancia ni a la cesión de datos personales. En contraste, las empresas han adoptado diversas iniciativas unilaterales para adaptarse al RGPD, destacando los denominados avisos de privacidad, algunos de ellos, como el adoptado por el grupo empresarial BMI, dirigidos a los empleados y a los contratistas. Estos mecanismos informativos tienen la ventaja de informar a los trabajadores –y a los contratistas en muchos casos– de cómo la empresa, en calidad de responsable de tratamiento de datos, recoge y utiliza información personal durante la relación laboral y una vez finalizada.

Junto al espinoso tema del tratamiento y cesión de datos personales de los trabajadores de la empresa contratista por parte de la empresa cliente, el empleo de estos medios de vigilancia directamente por la empresa contratista plantea, además de su ejercicio en el marco de lo establecido en la LOPD (información expresa previa al trabajador, y sus representantes, existencia de una situación excepcional que lo justifique, que no sea una medida indiscriminada y que sea una medida limitada temporalmente), el problema de si la empresa contratista puede proceder a adoptar estos mecanismos de control sin el conocimiento y sin el consentimiento de la empresa cliente. La respuesta ha de ser necesariamente que no, que ello no es posible ya que la instalación de cámaras se efectúa en locales de la empresa cliente cuando se comparte centro de trabajo, afectando no sólo su derecho de propiedad sino a sus responsabilidades como titular del centro de trabajo, por ello, entendemos que, en el caso de que sea la contratista la que toma la decisión de instalar cámaras para vigilar a alguno o algunos de sus trabajadores, debe contar con el consentimiento previo de la empresa cliente –o, alternativamente, haberlo regulado en el correspondiente contrato mercantil–.

Especial mención merecen las contratas en el sector público, en el que se ha generalizado la prestación de determinados servicios –sobre todo limpieza y vigilancia– a través de contratas con empresas que asumen la prestación de servicios que responden a necesidades permanentes y que generalmente asumen la plantilla

del anterior contratista –en virtud de previsiones contempladas en los respectivos convenios sectoriales sobre subrogación de plantillas–. En estas relaciones de trabajo triangulares, pese a que los mismos trabajadores se sucedan de uno a otro contratista, permanecen prestando servicios en la entidad pública correspondiente sin pasar a formar parte de su plantilla, ya que la Administración correspondiente en ningún caso asume la posición de empleadora o empresaria. Sin entrar aquí a analizar la complejidad de esas relaciones en todas sus dimensiones, nos limitamos aquí a apuntar, que el poder de control y vigilancia de estos trabajadores corresponde a la empresa contratista o adjudicataria en cada momento, sin embargo cuando el defectuoso cumplimiento de la prestación laboral perjudique la prestación del servicio, el órgano de contratación tiene competencias, incluso resolutorias, por incumplimiento administrativo (de la misma manera que a través de cláusulas sociales en los pliegos de condiciones la Administración puede favorecer las mejoras laborales de estos trabajadores). Por tanto, contratos de trabajo y contrato administrativo constituyen relaciones jurídicas paralelas y diferenciadas que no se unifican ni se confunden, pero es evidente que existen puntos de interconexión. La vigilancia y control del cumplimiento de la prestación laboral compete a la empresa adjudicataria, que, en los supuestos y con los límites establecidos con carácter general, podrá acudir a medios extraordinarios –cámaras de vigilancia, grabación, geolocalización– en los supuestos y con los límites legales, pero, además, deberá de contar con el conocimiento y consentimiento del titular del centro de trabajo, en este caso, una Administración Pública. Los pliegos de condiciones no suelen contemplar específicamente el desarrollo de las facultades de control de cumplimiento de la prestación laboral, por lo que en situaciones de incumplimientos reiterados o defectuoso cumplimiento, salvo la resolución del contrato público en los términos que permita el pliego de condiciones, la Administración contratante cuenta con escasos mecanismos para garantizar el correcto funcionamiento de los servicios adjudicados. Por todo ello, y a la luz de las disposiciones del nuevo RGPD y la vigente LOPD, se considera recomendable la regulación expresa del tratamiento y transferencia de datos personales entre entes públicos contratantes y empresas adjudicatarias, así como su expresa previsión y desarrollo en los pliegos de condiciones.

### **3. CONTROL Y VIGILANCIA DE RIESGOS LABORALES ¿UN MODELO COOPERATIVO EXTRAPOLABLE?**

Analizamos en último lugar las facultades y obligaciones empresariales en materia de prevención de riesgos laborales, no por razón de su menor importancia, sino porque, a diferencia de las facultades de control y vigilancia de la prestación laboral, se cuenta en esta materia con una precisa y específica regulación, además

de ser una materia profusamente tratada ya por la doctrina científica. Pese a ello, una referencia al régimen jurídico de estas obligaciones, facultades y responsabilidades empresariales en relación con las contrata resulta ineludible cuando se abordan las potestades de vigilancia empresarial en las contrata. Pero sobre lo que nos interesa reflexionar fundamentalmente es cómo se articula el modelo legal preventivo en la descentralización productiva, porque de ello podemos extraer algunos principios cuya aplicación se propone para el control y vigilancia del cumplimiento de la prestación laboral en estos contextos.

El punto de partida de las potestades de vigilancia y control en materia preventiva nos remite a lo dispuesto en el artículo 24 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales y el RD 171/2004, de 30 de enero, por el que se desarrolla el artículo 24 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de riesgos laborales en materia de coordinación de actividades empresariales. Nuestro ordenamiento aborda la concurrencia de empresarios responsables en un centro de trabajo en el que prestan servicios trabajadores de diferentes empresas que cooperan entre sí, desde una perspectiva de corresponsabilidad, al existir un “*condicionamiento recíproco e influencia directa, de cada una de ellas, sobre el nivel de seguridad que las demás puedan garantizar*”<sup>8</sup>. La norma preventiva aborda de forma genérica –o no específicamente referida a las contrata– la problemática que suscitan la descentralización productiva y las relaciones laborales triangulares.

La relevante incidencia de la descentralización productiva sobre la seguridad y salud de los trabajadores en ella incursos ha sido puesta de relieve por la estadística de siniestralidad y morbilidad laboral, lo que explica que se cuente con tratamiento específico en el ámbito de la prevención de riesgos laborales y de la Seguridad Social.

A tal efecto, la coordinación de actividades empresariales, a partir de lo dispuesto en el art. 24 PLRL y art. 3 del RD 171/2004 se sustenta en una serie de principios:

- cooperación: las empresas concurrentes (empresa contratista y empresa principal en nuestro caso) son responsables conjuntamente de la aplicación de los principios de acción preventiva establecidos en el art. 15 de la LPRL
- interacción: se ha de efectuar un control de las interacciones de las diferentes actividades desarrolladas en el centro de trabajo, especialmente cuando se puedan generar riesgos graves o muy graves, o cuando se desarrollan actividades incompatibles entre sí por su incidencia en la seguridad y salud de los trabajadores
- adecuación entre los riesgos existentes en el centro de trabajo que pueden afectar a los trabajadores de las empresas concurrentes y las medidas aplicadas para su prevención.

<sup>8</sup> González Ortega, S. y Aparicio Tovar, J.: *Comentarios a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales*, Trotta, 1996, pág. 161.

Aunque el marco normativo preventivo en materia de descentralización impone a todos los empresarios concurrentes un deber de cooperación en materia preventiva para establecer la prevención en el centro de trabajo compartido y poner en funcionamiento su organización, lo cierto es que el empresario titular del centro de trabajo donde se desenvuelven las prestaciones laborales es quien asume un mayor protagonismo y responsabilidad, dado que está en mejor posición por su relación de dominio sobre el centro de trabajo, siendo éste el lugar donde se desarrollan o generan los riesgos<sup>9</sup>.

Su cumplimiento implica obligaciones informativas entre ambas empresas –información recíproca– sobre los riesgos de las actividades de unas y otras que pueden afectar a los trabajadores no pertenecientes a sus plantillas pero que prestan servicios en un mismo centro de trabajo, especialmente se ha de informar también sobre cualquier situación de emergencia y sobre los riesgos derivados del hecho de la concurrencia de actividades empresariales en un mismo centro de trabajo. Concretamente los artículos 7 y 8 del RD se refieren a las obligaciones de información (de los riesgos y las medidas dirigidas a su prevención y medidas de emergencia a aplicar) y de dar instrucciones del empresario titular; los empresarios concurrentes están obligados a tener en cuenta esta información y cumplir sus instrucciones, así como a transmitir a sus propios trabajadores esta información y las instrucciones recibidas.

Este modelo cooperativo garantiza la mejor consecución de los fines preventivos. De la misma manera, en el control y vigilancia del cumplimiento de la prestación laboral se puede pensar en un modelo cooperativo, sustentado en obligaciones de información mutua –transferencia de datos y su tratamiento– y en el respeto de los derechos fundamentales de estos trabajadores en las mismas condiciones que los trabajadores en las relaciones de trabajo bilaterales tradicionales. En definitiva, propondríamos la extrapolación del modelo legal de control preventivo al control productivo-laboral, en los mismos términos de corresponsabilidad, pero, a diferencia del modelo preventivo, la preeminencia en la vigilancia y control corresponde, en pura lógica, al empresario contratante del trabajador –el empleador–, aunque el lugar de la prestación sea de titularidad de otra empresa. Modelo que debe respetar los límites derivados del derecho fundamental a la intimidad del trabajador.

<sup>9</sup> Al respecto, vid. *in extenso*, Escudero Prieto, A.: *Prevención de riesgos laborales y descentralización productiva*, Ed. Reus, 2009.

#### 4. CONCLUSIONES

A modo de cierre, podemos concluir, a partir de las reflexiones precedentes que:

1. Pese a la profusa regulación y constante modificación del régimen jurídico-laboral de las contratas, nuestro ordenamiento no contempla las particularidades del ejercicio de las facultades directivas en estas relaciones laborales triangulares
2. La LOPD, pese a las posibilidades de desarrollo que le brinda el RGPD, al regular los sistemas de vigilancia por videocámaras no ha establecido garantías en relación con el tratamiento y cesión de datos de los trabajadores, ni en el seno de grupos de empresas ni en “uniones de empresas dedicadas a una actividad económica conjunta” (art. 88 del Reglamento (UE).
3. Aunque el titular del poder de vigilancia y control de los trabajadores de la plantilla de empresas contratistas es éste —el contratista— materialmente la empresa cliente ejerce un control material difuso que puede afectar por vía repercutida tanto a la relación laboral, como a la relación mercantil —o contrato administrativo en caso de entes públicos—. Sin que se cuente con previsiones que garanticen el derecho a la intimidad de estos trabajadores
4. Los trabajadores de contratistas están sometidos a un doble control, uno jurídico y con una regulación precisa cuyo fundamento y régimen está previsto en el art. 20.3 del ET y cuyo ejercicio corresponde al contratista; y otro material (difuso u opaco) y sin regulación que ejerce la empresa cliente sin transparencia. Esta situación provoca inseguridad jurídica a todos los sujetos implicados, pero especialmente a los trabajadores de las contratas.
5. El avance tecnológico aplicado al control de la prestación laboral ha abierto posibilidades insospechadas con un alto potencial lesivo del derecho fundamental a la intimidad en todos los contenidos garantizados por el art. 18 CE, lo que es especialmente problemático en las relaciones laborales triangulares.
6. La regulación comunitaria y nacional, así como la jurisprudencia limitativa del uso de estos medios (juicio de proporcionalidad e información previa al trabajador y sus representantes) se han de aplicar en los mismos términos a los trabajadores en las contratas, sin que pueda considerarse tal circunstancia por sí sola como una causa, ni un fin legítimo que justifique la instalación de cámaras de videovigilancia
7. El modelo jurídico-preventivo en supuestos de descentralización productiva (coordinación de actividades productivas) puede ser un referente normativo a considerar para el ejercicio de los poderes de vigilancia y control en las contratas.

8. El punto crítico de este modelo es la cesión o transferencia de datos personales entre empresa cliente y empresa contratista, siendo la obligación de información previa expresa y detallada de dicha transferencia un requisito ineludible.
9. La negociación colectiva aún no ha prestado suficiente atención a esta problemática, en contraste algunas empresas han incluido a trabajadores de empresas contratistas en sus protocolos de confidencialidad de datos