

## ESTUDIOS

La regulación de las tecnologías de la información y de la comunicación por la negociación colectiva  
FRANCISCO ANDRÉS VALLE MUÑOZ

Las facultades de control del empleador ante los cambios organizativos y tecnológicos  
JESÚS CRUZ VILLALÓN

Las facultades de control a distancia del trabajador: geolocalizadores y tacógrafos  
SANTIAGO GONZÁLEZ ORTEGA

Las facultades de control a distancia del trabajador: videovigilancia y grabación del sonido  
FEDERICO NAVARRO NIETO

Las facultades de control de datos biométricos del trabajador  
MIGUEL RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO

Uso de redes sociales y control empresarial  
EDUARDO GONZÁLEZ BIEDMA

El control empresarial del correo electrónico del trabajador  
JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ Y POMPEYO GABRIEL ORTEGA LOZANO

Las facultades de control fuera de la jornada de trabajo: desconexión digital y control del trabajador  
M<sup>a</sup> NIEVES MORENO VIDA

Registro sobre el trabajador, su taquilla y efectos personales  
JUAN GORELLI HERNÁNDEZ

Las facultades de control del estado de salud del trabajador  
PEDRO GÓMEZ CABALLERO

La actuación de los detectives privados como instrumento del control empresarial  
EVA GARRIDO PÉREZ

El control empresarial de la prestación laboral en las contratas y subcontratas  
SOFÍA OLARTE ENCABO

Las singularidades del poder de control en las empresas de tendencia  
FCO. JAVIER CALVO GALLEGO

El control empresarial de la actividad de los representantes de los trabajadores  
MIGUEL ÁNGEL ALMENDROS GONZÁLEZ

Facultades de control y prueba procesal  
CRISTÓBAL MOLINA NAVARRET

150

# TEMAS LABORALES

REVISTA ANDALUZA DE TRABAJO  
Y BIENESTAR SOCIAL

150

Monográfico sobre las facultades de control empresarial  
ante los cambios tecnológicos y organizativos

TEMAS LABORALES 2019

150

ISSN: 0213-0750 <http://www.juntadeandalucia.es/empleo/carl>



Consejo Andaluz de Relaciones Laborales  
CONSEJERÍA DE EMPLEO, FORMACIÓN Y TRABAJO AUTÓNOMO



Consejo Andaluz de Relaciones Laborales  
CONSEJERÍA DE EMPLEO, FORMACIÓN Y TRABAJO AUTÓNOMO





# **TEMAS LABORALES**

**REVISTA ANDALUZA DE TRABAJO  
Y BIENESTAR SOCIAL**

# **150**

**Junta de Andalucía  
Consejería de Empleo, Formación y Trabajo Autónomo**

**Consejo Andaluz de Relaciones Laborales  
Dirección y Administración  
Calle Algodón, núm. 1  
41006 Sevilla**

## CONSEJO ASESOR

### PRESIDENTA

ROCÍO BLANCO EGUREN  
Consejera de Empleo, Formación y Trabajo Autónomo

### VOCALES

FRANCISCO JAVIER LOSCERTALES FERNÁNDEZ	Secretario General de Ordenación de la Formación
VÍCTOR DE SANTOS SÁNCHEZ	Director Territorial de la Inspección de Trabajo y S.S.
MIGUEL RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER	Catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social Consejero Permanente de Estado
FERMIN RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ	Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Universidad Pablo de Olavide
SANTIAGO GONZÁLEZ ORTEGA	Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Universidad Pablo de Olavide
FRANCISCO J. PRADOS DE REYES	Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Universidad de Granada
ÁNGEL J. GALLEGU MORALES	Presidente del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales
MARÍA DO ROSARIO PALMA RAMALHO	Catedrática de Derecho del Trabajo. Universidad de Lisboa
PATRIZIA TULLINI	Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Universidad de Bolonia

### CONSEJO DE REDACCIÓN

ROCÍO BLANCO EGUREN	Consejera de Empleo, Formación y Trabajo Autónomo
ÁNGEL J. GALLEGU MORALES	Presidente del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales
JESÚS CRUZ VILLALÓN	Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Universidad de Sevilla
CRISTINA CAMPAYO RODRÍGUEZ	Profesora Titular de Universidad de Economía Aplicada Universidad de Sevilla
JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ	Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Universidad de Granada
MIGUEL RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO	Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Universidad de Sevilla
SEBASTIÁN DE SOTO RIOJA	Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Universidad de Huelva

### DIRECTOR

JESÚS CRUZ VILLALÓN  
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Sevilla

### SUBDIRECTOR

SEBASTIÁN DE SOTO RIOJA  
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Huelva

#### Suscripciones y distribución

Consejo Andaluz de Relaciones Laborales. Calle Algodón, nº 1. 41006 Sevilla. Tf. 955 066 200  
Precio suscripción anual –incluye cuatro números trimestrales y un especial monográfico– 72 euros.  
Número suelto: 18 euros. Boletín de suscripción disponible en  
<http://www.juntadeandalucia.es/empleo/carl>

© CONSEJO ANDALUZ DE RELACIONES LABORALES  
CONSEJERÍA DE EMPLEO, FORMACIÓN Y TRABAJO AUTÓNOMO  
JUNTA DE ANDALUCÍA  
DEPÓSITO LEGAL: SE-1.077/96

I.S.S.N.: 0213-0750

Imprime: Selección Gráfica del Sur, S.L.

**TEMAS LABORALES**  
**REVISTA ANDALUZA DE TRABAJO Y BIENESTAR SOCIAL**  
**Nº 150/2019**

**Monográfico sobre las facultades de control empresarial  
ante los cambios tecnológicos y organizativos**

**ÍNDICE**

**ESTUDIOS**

Las facultades de control del empleador ante los cambios organizativos y tecnológicos JESÚS CRUZ VILLALÓN . . . . .	13
Las facultades de control a distancia del trabajador: geolocalizadores y tacógrafos SANTIAGO GONZÁLEZ ORTEGA . . . . .	45
Las facultades de control a distancia del trabajador: videovigilancia y grabación del sonido FEDERICO NAVARRO NIETO . . . . .	71
Las facultades de control de datos biométricos del trabajador MIGUEL RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO . . . . .	91
Uso de redes sociales y control empresarial EDUARDO GONZÁLEZ BIEDMA . . . . .	111
El control empresarial del correo electrónico del trabajador JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ y POMPEYO GABRIEL ORTEGA LOZANO . . . . .	133
Las facultades de control fuera de la jornada de trabajo: desconexión digital y control del trabajador M <sup>a</sup> NIEVES MORENO VIDA . . . . .	161
Registro sobre el trabajador, su taquilla y efectos personales JUAN GORELLI HERNÁNDEZ . . . . .	187
Las facultades de control del estado de salud del trabajador PEDRO GÓMEZ CABALLERO . . . . .	211
La actuación de los detectives privados como instrumento del control empresarial EVA GARRIDO PÉREZ . . . . .	227

El control empresarial de la prestación laboral en las contratas y subcontratas	
SOFÍA OLARTE ENCABO .....	249
Las singularidades del poder de control en las empresas de tendencia	
FCO. JAVIER CALVO GALLEGO .....	273
El control empresarial de la actividad de los representantes de los trabajadores	
MIGUEL ÁNGEL ALMENDROS GONZÁLEZ .....	299
Facultades de control y prueba procesal	
CRISTÓBAL MOLINA NAVARRETE .....	331

## PERFIL CIENTÍFICO Y CALIDAD DE LA REVISTA

TEMAS LABORALES, Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social, se configura como una publicación científico-técnica destinada al estudio y análisis multidisciplinar de todos los aspectos relacionados con el mundo del trabajo, el sistema de relaciones laborales y el ámbito de la protección social que le resulta propio. Por este carácter está destinada a cuantos profesionales trabajan en el ámbito de las ciencias sociales, en especial, el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, la Economía del Trabajo, la Psicología Social, la Sociología del Trabajo y la Ciencia Política.

Esta publicación, que se compone de cuatro números anuales con periodicidad trimestral más un número extraordinario monográfico, sólo editará trabajos de investigación de carácter inédito y de manera exclusiva, carácter del que se habrán de responsabilizar sus autores.

ANVUR (Agencia Nacional italiana de Valoración del sistema Universitario y de la Investigación) tiene reconocido a Temas Laborales como una revista científica clase A en el área 12, ámbito que corresponde a Derecho y Ciencia Jurídica en su conjunto.

TEMAS LABORALES se encuentra incluida también en la clasificación bibliográfica de las siguientes bases de datos y organismos vinculados a la investigación:



## ASOCIACIÓN INTERNACIONAL DE REVISTAS DE DERECHO DEL TRABAJO (IALLJ)

TEMAS LABORALES, Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social, es miembro de la Asociación Internacional de Revistas de Derecho del Trabajo (International Association of Labour Law Journals –IALLJ–) y mantiene acuerdos de colaboración con sus asociados, entre los que se encuentran las más prestigiosas publicaciones científicas especializadas: *Análisis Laboral (Perú)*, *Arbeit und Recht (Alemania)*, *Australian Journal of Labour Law (Australia)*, *Bulletin de Droit Comparé du Travail et de la Sécurité Sociale (Francia)*, *Bulletin of Comparative Labour Relations (Bélgica)*, *Canadian Labour & Employment Law Journal (Canadá)*, *Comparative Labor Law & Policy Journal (Estados Unidos de América)*, *Employees & Employers: Labour Law and Social Security Review (Delavci in delodajalci-Eslovenia)*, *Derecho de las Relaciones Laborales (España)*, *Diritti Lavori Mercati (Italia)*, *Diritto delle Relazioni Industriali (Italia)*, *Europäische Zeitschrift für Arbeitsrecht (EuZA-Alemania)*, *European Labour Law Journal (Bélgica)*, *E-journal of International and Comparative Labour Studies (Italia)*, *Giornale di Diritto del Lavoro (Italia)*, *Industrial Law Journal (Sudáfrica)*, *Industrial Law Journal (Reino Unido)*, *International Journal of Comparative Labour Law & Industrial Relations (Holanda)*, *International Labour Review (OIT)*, *Japan Labor Review (Japón)*, *Labour and Social Law (Bielorrusia)*, *Labour Society and Law (Israel)*, *Lavoro e Diritto (Italia)*, *Pecs Labour Law Journal (Hungría)*, *Revista de Derecho Social (España)*, *Revue de Droit du Travail (Francia)*, *Rivista Giuridica del Lavoro e della Previdenza Sociale (Italia)*, *Russian Yearbook of Labour Law (Rusia)*, *Studia z Zakresu Prawa Pracy i Polityki Społecznej (Polonia)* y *Zeitschrift für ausländisches und internationales Arbeits- und Sozialrecht (Alemania)*.

Más información sobre su objeto y actividades, en <http://www.labourlawjournals.com>

## HISTÓRICO Y HEMEROTECA DE LA REVISTA

Los contenidos del fondo de la Revista TEMAS LABORALES pueden ser consultados, tanto por autor, título, tipo de artículo, materia o número de edición, en la base de datos creada al efecto y disponible en la web del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, en la sección específica dedicada a la Revista “Temas Laborales”: <http://www.juntadeandalucia.es/empleo/carl/portal/web/guest/documentacion-investigacion/revistas-y-monografias>

## FICHA TÉCNICA Y NORMAS SOBRE REMISIÓN DE ORIGINALES

La remisión de los trabajos se efectuará por correo electrónico a los miembros de Dirección de la Revista, siempre debidamente identificados y en archivos de texto que permitan su procesamiento, a alguna de las siguientes cuentas: [jesusacruz@us.es](mailto:jesusacruz@us.es) y/o [chano@uhu.es](mailto:chano@uhu.es). De su recepción se acusará recibo por el mismo medio en el plazo máximo una semana.

De acuerdo con el formato que caracteriza a esta publicación –que puede consultarse en detalle en el espacio web indicado-, los textos originales se remitirán elaborados con letra tipo Time New Roman, tamaño 12 -a excepción del título e índice y notas al pie, que irán a 14 y 10, respectivamente-, interlineado sencillo y márgenes de 2,5 cm. La presentación se habrá de ajustar además a las siguientes reglas de estilo:

### 1. ENCABEZAMIENTO

Título, todo en mayúscula, negrita, alineado a derecha.

Nombre y apellidos, en mayúscula, sin negrita, alineado a derecha.

Categoría profesional, con referencia al cuerpo y área de conocimiento, con iniciales en mayúscula, cursiva y alineado a derecha.

Universidad o centro de destino, sin negrita y alineado a derecha.



## 2. EXTRACTO Y PALABRAS CLAVE

En un recuadro que no deberá exceder de una página junto con el encabezamiento anterior, teniendo en cuenta que deberá duplicarse con su traducción al inglés, el autor reflejará en un extracto (*abstract*) las valoraciones, tesis o conclusiones básicas del trabajo, procurando evitar hacer un resumen del mismo que el lector pueda deducir de la lectura del índice. Junto a éste se incorporarán las palabras clave (*key words*) que se estimen indicativas de su contenido hasta un máximo de cinco, separadas por punto y coma.

## 3. ÍNDICE

Comenzando página nueva se elaborará un índice general del estudio, utilizando siempre números arábigos, nunca romanos ni letras, no superando el triple apartado (p.e.: 2.4.3).

## 4. TÍTULOS DE LOS APARTADOS

El título de cada apartado reflejará literalmente, con plena coincidencia, lo expresado en el índice general del trabajo expresado al inicio. Su formato responderá a los siguientes caracteres adicionales: negrita y mayúscula los primeros apartados (1.); minúscula los subapartados (1.1.); minúscula y cursiva en su tercera división (1.1.1.). En todos los casos sin punto final.

## 5. TEXTO

Siempre a un espacio y sin sangrado de líneas. Se procurará evitar remarcar el texto con comillas, mayúsculas, negritas, subrayados o cursivas, si bien, las palabras extranjeras podrán resaltarse mediante este último recurso. Los acrónimos y abreviaturas de leyes y términos jurídicos universales podrán emplearse sin desarrollo explicativo con carácter general, en otro caso deberá ir precedida de una exposición en su primer uso a través de paréntesis. Las referencias a proyectos de investigación se pondrán incorporar en la primera página si no se excede la extensión reservada al contenido obligatorio de la misma mediante nota a pie de página con marca asterisco (\*).

## 6. NOTAS

Las notas, que se utilizarán para incluir texto adicional, podrán confeccionarse opcionalmente a pie de página o con el sistema Harvard (autor, año de edición, página). Sólo en el este último caso se incorporará un listado bibliográfico al final del estudio.

En el caso de optar por la nota a pie se identificará debidamente al autor y la obra citada. Para la identificación del autor se utilizarán, en este orden, los dos apellidos (solo la inicial en mayúscula) y la inicial del nombre. Para la identificación de la obra se tendrá en cuenta que los títulos de las monografías se escribirán en cursiva, figurando a continuación la editorial, lugar y año.

Los títulos de los artículos y de las participaciones en obras colectivas se escribirán entrecorridos, tras éste, en cursiva, se indicará la revista o el libro de que se trate, así como el de su coordinador o director, entre paréntesis, en el segundo caso. En el caso de revistas, pudiéndose citar mediante su título completo sólo la primera vez, se indicará a continuación el número o tomo de orden y año separados por barra (/), así como el número de la primera y última página, si la referencia es a su conjunto, o la página concreta en otro caso, con las abreviaturas p. y pp. La cita completa de las obras sólo se realizará la primera vez. Para las siguientes bastará con citar el nombre del autor seguido de una versión abreviada del título y del acrónimo "op.cit.", si tiene más de una obra. Ejemplos:

- Cruz Villalón, J., "Impacto de las reformas laborales sobre la negociación colectiva", TEMAS LABORALES 120/2013, pp.13-32. También, Cruz Villalón, J., "Impacto...", op. cit., TL 120/2013, p.23.

- De Soto Rioja, S., "Los sujetos de la negociación colectiva. En especial, tras las reformas operadas durante 2007", en AA.VV., *Cuestiones problemáticas de la negociación colectiva* (S. de Soto, Coord.), Monografías de Temas Laborales 42, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, 2009.

## 7. EXTENSIÓN

Con las reglas de formato expuestas se procurará no superar las 25 páginas de extensión con un mínimo de 10, en el caso de los estudios de doctrina.

## 8. CORRECCIÓN DE PRUEBAS

Los originales serán revisados para su adaptación a las reglas de estilo. Las modificaciones que el autor desee realizar con posterioridad a la remisión del documento deberán llevarse a cabo a través de Dirección mediante indicación precisa de las mismas, salvo que sean de tal entidad que requieran de una nueva maquetación pudiendo iniciarse en tal caso un nuevo proceso de evaluación. Salvo circunstancias excepcionales los autores no harán corrección de pruebas.

## 9. PROCEDIMIENTO DE EVALUACIÓN

Los trabajos, previo informe externo de evaluación, serán elevados al Consejo de Redacción a efectos de decidir sobre su admisión, según criterios objetivos de calidad, actualidad, profundidad y oportunidad editorial. De su resultado, en un plazo máximo de 45 días, se dará traslado inmediato al autor.

Con el fin de garantizar la objetividad e independencia de las evaluaciones, el proceso de evaluación de originales se desarrollará de forma anónima. Por consiguiente, la revista no facilitará a los autores la identidad de los evaluadores seleccionados ni tampoco facilitará a estos últimos la identidad de los autores. El informe de evaluación hará referencia al carácter favorable o desfavorable de la evaluación sobre la base de la calificación que obtenga en relación a los siguientes ítems: El informe podrá incluir observaciones y/o recomendaciones para la mejora del mismo.

## 10. CESIÓN DE DERECHOS

Mediante el envío de originales, siempre que sean aceptados para su publicación, se considerará que el autor está cediendo sus derechos y autorizando al Consejo Andaluz de Relaciones Laborales a dar la máxima difusión a su contenido, en cualquier formato, incluida la publicación a través de su hemeroteca.

**LABOUR AFFAIRS  
INDUSTRIAL RELATIONS AND SOCIAL WELFARE  
ANDALUSIAN REVIEW  
N° 150/2019**

**Monographic on business control powers in the face of technological  
and organizational changes**

**INDEX**

**STUDIES**

Employer control powers against organizational and technological changes JESÚS CRUZ VILLALÓN .....	13
The worker's distance control faculties: geolocators and tachographs SANTIAGO GONZÁLEZ ORTEGA .....	45
The worker's distance control faculties: video surveillance and sound re- cording FEDERICO NAVARRO NIETO .....	71
Biometric controls in the workplace MIGUEL RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO .....	91
Social media use and business control EDUARDO GONZÁLEZ BIEDMA .....	111
Business control of worker email JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ y POMPEYO GABRIEL ORTEGA LOZANO .....	133
Out-of-the-way control powers: digital disconnection and worker control M <sup>a</sup> NIEVES MORENO VIDA .....	161
Registration of the worker, his locker and personal effects JUAN GORELLI HERNÁNDEZ .....	187
The worker's health status control powers PEDRO GÓMEZ CABALLERO .....	211
The performance of private detectives as an instrument of corporate control EVA GARRIDO PÉREZ .....	227
Business control of job benefit in hires and subcontractors SOFÍA OLARTE ENCABO .....	249

The uniqueness of control power in trending companies FCO. JAVIER CALVO GALLEGO .....	273
Business control of the activity of workers' representatives MIGUEL ÁNGEL ALMENDROS GONZÁLEZ .....	299
Employer technological control and probatory law: effects of the digital proof contrary to fundamental rights CRISTÓBAL MOLINA NAVARRETE .....	331

# Estudios



# LAS FACULTADES DE CONTROL DEL EMPLEADOR ANTE LOS CAMBIOS ORGANIZATIVOS Y TECNOLÓGICOS\*

JESÚS CRUZ VILLALÓN

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*  
Universidad de Sevilla

Director de la Revista Temas Laborales

**EXTRACTO**      **Palabras Clave:** poder de control, intimidad y privacidad del trabajador, protección de datos, digitalización

La conjunción de la extensión de técnicas de control del trabajador, junto con las nuevas formas flexibles de organización empresarial y del trabajo, han provocado una elevada atención y sensibilidad por su carácter invasivo sobre la intimidad y privacidad del trabajador, con afectación de la protección de sus datos personales. El presente estudio pretende analizar el alcance y límites de las facultades empresariales de control del trabajador desde esa perspectiva de su afectación de los derechos fundamentales tutelados al máximo nivel por el ordenamiento jurídico. Necesariamente ello obliga a analizar las recientes normas aprobadas al efecto, tanto en el ámbito de la Unión Europea como dentro de nuestro ordenamiento nacional, sin dejar de prestar una mirada atenta a pronunciamientos judiciales dictados por diversos Tribunales de garantías de derechos fundamentales, en un proceso cada vez más recurrente de tutela judicial multinivel. Se efectúa una atención singularizada a los aspectos más sobresalientes involucrados en la materia, con un método de análisis institucional, más allá del inmediato comentario hermenéutico de las recientes normas y sentencias. Con tal perspectiva se analizan los aspectos cruciales: intervención judicial previa autorizatoria, controles ocultos, posibles especialidades del control de dispositivos titularidad del trabajador, escaso juego de su consentimiento, la desconexión temporal y los límites espaciales de control, el juego del genérico principio de proporcionalidad a efectos de comprobar la posible lesión a los derechos fundamentales afectados. A lo largo del artículo se advierten carencias e incorrecciones de la regulación vigente, que aconsejaría su perfeccionamiento.

**ABSTRACT**      **Key Words:** power of employer control, privacy of the worker, protection of personal data, digitalization

The extension of worker control techniques, together with the new flexible forms of business and work organization, have caused a high level of attention and sensitivity due to their invasive nature on the privacy of workers, affecting the protection of personal data of the worker. In accordance with this, the present study intends to analyze the scope and limits of the employer faculties of control of the worker from that perspective of his affectation of the fundamental rights. This necessarily require the analysis of the recent norms approved for this purpose, both at the European Union level and inside our national system, while still paying close attention to judicial pronouncements issued by various Courts for guarantees. For these purposes, it is intended to carry out a singularized attention to the most outstanding aspects involved in the matter, with a method of institutional analysis, beyond the immediate hermeneutical comment of the recent norms and sentences. With this perspective, the most crucial aspects in the matter are analyzed: prior authoritative judicial intervention, hidden controls, tacit employer authorizations of the use of devices owned by the company, possible specialties of the control of devices owned by the worker, the scarce function of the worker's consent, the temporary disconnection and spatial control limits, the game of the generic principle of proportionality in order to verify the possible injury to the fundamental rights affected. Throughout the article deficiencies and inaccuracies of the current regulation are detected, which would advise its improvement.

\* El presente trabajo se ha realizado en el marco del proyecto de investigación “Los derechos fundamentales ante las transformaciones laborales en la nueva economía”, DER2017-83488-C4-1-R, del Ministerio de Economía, Industria y Competitividad.

## ÍNDICE

1. LA EMERGENTE TRASCENDENCIA DE LAS FACULTADES DE CONTROL EMPRESARIAL
2. DERECHOS Y PRINCIPIOS JURÍDICOS INVOLUCRADOS
3. FUENTES NORMATIVAS DE REFERENCIA Y PROTECCIÓN JUDICIAL MULTINIVEL
4. LA LABORALIDAD DE LAS PRESTACIONES DE SERVICIOS
5. LA GENÉRICA INEXIGIBILIDAD DE AUTORIZACIÓN JUDICIAL
6. LA EXCEPCIONALIDAD DE LOS CONTROLES OCULTOS
7. LA DESCONEXIÓN TEMPORAL DE LOS CONTROLES
8. ESPACIOS RESERVADOS A LA INTIMIDAD DEL TRABAJADOR
9. LAS POSIBLES DIFERENCIAS EN EL CONTROL DE DISPOSITIVOS EMPRESARIALES Y PARTICULARES

### 1. LA EMERGENTE TRASCENDENCIA DE LAS FACULTADES DE CONTROL EMPRESARIAL

Durante bastantes décadas se ha prestado una escasa atención a las facultades de control del empleador de la actuación de sus empleados, cuando menos si ello se contrasta con el superior interés que tradicionalmente se ha dedicado a las otras dos principales manifestaciones de los poderes empresariales: el poder de dirección y el poder disciplinario. Es cierto que desde tiempo atrás se han desarrollado encomiables estudios monográficos en torno a las facultades de vigilancia empresarial, si bien las mismas han pasado bastante inadvertidas hasta tiempo reciente<sup>1</sup>. Las facultades de control no han pasado de observarse como una institución instrumental de los otros poderes empresariales, el de comprobación del efectivo cumplimiento de las órdenes e instrucciones del empleador, así como de la obtención de las pruebas oportunas a efectos de garantizar un correcto ejercicio del poder disciplinario del empleador. Por contraste, en menos ocasiones se ha enfocado el control empresarial con la suficiente autonomía institucional como para responder a pautas y principios inspiradores propios.

Lo anterior contrasta con una regulación por parte de la normativa estatal relativa a tales facultades de control, contenida en el Estatuto de los Trabajadores en su redacción originaria y sin prácticamente ninguna reforma hasta tiempo muy reciente, que ha sido tradicionalmente de una enorme pobreza, con escasa precisión, con una manifiesta deficiencia técnica, incluso poco comprensible en algunos de sus elementos. Complementariamente a ello, escasa atención se detectaba también por parte de la negociación colectiva, lo que podría ser elocuente de

<sup>1</sup> Por todos, J. L. Goñi Sein, *El respeto a la esfera privada del trabajador: un estudio sobre los límites del poder de control empresarial*, Madrid 1988. F. de Vicente Pachés, *El derecho del trabajador al respeto de su intimidad*, Madrid 1998. B. Cardona Rubert, *Informática y contrato de trabajo*, Valencia 1999. D. Martínez Fons, *El poder de control del empresario en la relación laboral*, Consejo Económico y Social, Madrid 2002. L. A. Fernández Villazón, *Las facultades empresariales de control de la actividad laboral*, Pamplona 2003.

una preocupación menor por el asunto por parte de los interlocutores sociales. Y, como colofón a todo lo anterior, igualmente durante bastante tiempo, se advertía la presencia de un escaso número de pronunciamientos judiciales al efecto, lo que parece que manifestaba una escasa conflictividad de la materia y la ausencia de un significativo debate entre nosotros sobre el particular.

Frente al panorama precedente, sin lugar a dudas cuando menos sorprendente, se produce un cambio notable de orientación, de modo que desde muy diversas esferas se aprecia un especial sensibilidad al alcance, garantía y límites del ejercicio de las mencionadas facultades de control. Arranca con una atención más señalada por parte de los Tribunales de Justicia a determinadas denuncias de particulares, asuntos que se comienzan a valorar como emblemáticos, dando lugar a la aparición de una especial consideración por parte de la doctrina<sup>2</sup>, lo que acaba desembocando en cambios legislativos emergentes con impacto notable al efecto.

De este modo, en los últimos años, la toma en consideración de los muy diversos aspectos en juego en esta materia ha adquirido una importancia de primera magnitud, ante diversas transformaciones y nuevas realidades que colocan en lugar central el equilibrio de intereses entre las partes en esta materia.

Varios elementos han provocado la actual preocupación, más que justificada, por el marco de desenvolvimiento de estas facultades empresariales, entre las que creo que de forma pacífica se podrían destacar las siguientes.

En primer lugar, resalta la irrupción de ciertas tecnologías que, al tiempo que permiten intensificar, a extremos insospechados en el pasado, la capacidad de vigilancia y seguimiento de la actividad del trabajador por parte del empleador, se han convertido en medios poco costosos que como tales facilitan su extensión a la generalidad de las empresas. Basta con un simple recordatorio de estos mecanismos para comprender la amplitud de los mismos en el ámbito de lo laboral: control de los dispositivos digitales y del uso que de los mismos realizan los trabajadores (ordenador, ipad, teléfono móvil, etc.), control de las conversaciones a través de su seguimiento por vías diversas (correo electrónico, messenger, redes sociales, etc.), mecanismos más o menos sofisticados de control técnico de la persona del trabajador y de sus actividades (videovigilancia, grabación del sonido, geolocalizadores, controles biométricos<sup>3</sup>, tratamiento de los datos en masa a través de

<sup>2</sup> Por todos, A. Desdentado Bonete y A. B. Muñoz Ruiz, Control informático, videovigilancia y protección de datos en el trabajo, Valladolid 2012. G. Fabregat Monfort, El control empresarial de los trabajadores a través de las nuevas tecnologías: algunas ideas claves, Trabajo y Derecho n° 5 (2015). M. E. Casas Baamonde, Informar antes de vigilar ¿tiene el Estado la obligación positiva de garantizar un mínimo de vida privada a los trabajadores en la empresa en la era digital? La necesaria intervención del legislador laboral, Derecho de las Relaciones Laborales n° 2 (2018). J. L. Goñi Sein, La videovigilancia empresarial y la protección de datos personales, Madrid 2007. S. Rodríguez Escanciano, Poder de control empresarial, sistemas tecnológicos y derechos fundamentales de los trabajadores, Valencia 2015, Derechos laborales digitales: garantías e interrogantes, Pamplona 2019.

<sup>3</sup> Sobre el particular, cfr., el estudio publicado en este número de la revista por M. Rodríguez-Piñero Royo, Las facultades de control biométrico del trabajador.



mecanismos automatizados, etc.). A mayor abundamiento, este tipo de fórmulas de control presenta una muy intensa capacidad invasiva de la persona del trabajador, más allá del estricto control de lo profesional, con clara posibilidad de intromisión en la vertiente personal del trabajador.

Adicionalmente, el contexto tecnológico precedente se ve acompañado de todo un conjunto de cambios en la organización de la empresa, que provocan la emergencia de nuevas formas de trabajo que, a pesar de estar presididas por elevadas dosis de flexibilidad, de orientación hacia la ejecución de la prestación de servicios por objetivos, ello no relaja el interés y necesidad empresarial del mantenimiento de sus facultades de control. Por el contrario, se advierte cómo esas formas flexibles del trabajo y de configuración de la organización empresarial, posibilitan y requieren de un reforzamiento de las facultades de control. De este modo, la relativización de los tradicionales elementos espaciales y temporales en la ejecución del trabajo, como referencia clave en estas nuevas formas de organización empresarial y del trabajo propician un uso más notable de las técnicas de control: el distanciamiento en el lugar de ejecución de la prestación de servicios y la relativización del factor tiempo como mecanismo de determinación del cumplimiento de las obligaciones laborales, determinan una mayor importancia del efectivo seguimiento de la actividad del trabajador más allá de los espacios y tiempos de trabajo. Y, no al caso, ese efectivo seguimiento es perfectamente posible gracias al uso de las tecnologías antes referidas, a bajo costo, permitiendo un estricto control empresarial, con independencia del lugar de ubicación del trabajador y del tiempo en el que se encuentra prestando sus servicios. La capacidad de control, ese juego combinado de flexibilidad organizativa y uso de las tecnologías de control, desembocan en un escenario de permanente e intenso seguimiento del trabajador, a extremos claramente desconocidos en el pasado.

A mayor abundamiento, las nuevas formas de organización empresarial en clave de descentralización productiva, permiten una intensificación de las relaciones de colaboración, cuando no de imbricación, en las empresas en red. Esa conexión en red de las empresas suministra al empleador una utilísima información por parte de las otras empresas de la conducta de los empleados de la primera. De este modo, en muchas ocasiones el empleador logra un control más eficaz de sus empleados vía la actuación que a tal efecto realizan las empresas principales, contratistas y subcontratistas<sup>4</sup>. Tales empresas, sin asumir en modo alguno los poderes directivos y del control, titularidad del empleador en el contrato de trabajo, actúan como instrumento clave de información, proporcionándole al empleador datos de la conducta de sus empleados más allá del canal tradicional de mando interno en el seno de la empresa. Manteniendo el empleador el pleno ejercicio del poder de dirección, estas otras empresas coadyuvan intensamente a una vigilan-

<sup>4</sup> Sobre el particular, cfr., el estudio publicado en este número de la Revista de S. Olarte Encabo, El control empresarial de la prestación laboral en contratas y subcontratas.

cia, decisivamente instrumental, para un eficazísimo ejercicio de las facultades empresariales de control.

En igual medida, los empleadores cada vez más se apoyan en sus proveedores, clientes usuarios y consumidores, para recibir una información complementaria, de modo que estos otros se convierten en sujetos igualmente instrumentales clave del ejercicio de las facultades de control del trabajador, al extremo que tales persona se convierten en la *longa manus* del control empresarial.

## 2. DERECHOS Y PRINCIPIOS JURÍDICOS INVOLUCRADOS

Las facultades de control, como hemos dado a entender, se presentan como la consecuencia lógica de la posición de subordinación del trabajador y del carácter de prestación de actividad comprometida por el mismo en el marco de la relación laboral. Al diseñarse la obligación de trabajar como una deuda de hacer genérica, articulada como una simple puesta a disposición de su fuerza de trabajo, queda en manos del empleador la concreción de la prestación de servicios vía el ejercicio de sus poderes organizativos y, por ende, la lógica facultad de control atribuida al empleador como instrumento decisivo de garantía de la efectividad en el cumplimiento del deber de obediencia impuesto a sus empleados.

Tan generoso a estos efectos es el legislador, que parte de la premisa de que son lícitas cuantas medidas el empleador “estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por el empleador de sus obligaciones y deberes laborales” (art. 20.3 ET). Por tanto, de principio, se admiten como lícitos cualquier tipo de forma, medio, modo y método control que quepa imaginar.

Ciertamente, en cualquier ordenamiento jurídico presidido por un modelo de Estado de derecho, ningún poder resulta absoluto, estando mediatizado por el respeto al conjunto de derechos e intereses de los sujetos pasivos del ejercicio de los correspondientes poderes. Eso sí, el punto de partida del legislador estatutario fue omnicompreensivo de los instrumentos de control y, especialmente desacertado en lo que a su incardinación dentro de los nuevos valores constitucionales respecta.

Lo anterior se percibe claramente cuando, de un lado, se olvida por completo cualquier tipo de conexión del ejercicio de las facultades de control con el respeto a los derechos fundamentales garantizados por el texto constitucional y, de otro lado, se apela a la ponderación o limitación de tales facultades a tenor de valores bastante evanescentes cuando no de todo punto irrelevantes a estos efectos. En efecto, el mencionado precepto, a nuestro juicio con un total desenfoque, apela tan sólo a que el ejercicio de tales facultades debe realizarse con “la consideración debida a su dignidad y teniendo en cuenta la capacidad real de los trabajadores con discapacidad” (art. 20.3 ET).

Totalmente desafortunada a nuestro juicio la referencia a la capacidad de los trabajadores con discapacidad. Se trata, en principio, de una previsión incompre-

sible, por cuanto que no existe razón alguna para pensar que el control del trabajo efectuado por los discapacitados sea diferente en cuanto a las medidas y los medios que se utilicen para su control. En realidad la condición de discapacitado afecta a las tareas que le son exigibles, a la calidad del resultado y, sobre todo, a la intensidad del rendimiento que le es exigible; es decir, el baremo de incumplimiento del discapacitado no puede identificarse al resto de los trabajadores. Pero todo ello no afecta en nada al control del cumplimiento. El trabajo debido es el que es, pero puede controlarse por idénticos procedimientos y con los mismos medios que para el conjunto de los trabajadores, salvo en aquellos aspectos en los que el modo de control pueda afectar a la concreta discapacidad del trabajador. Tan sólo en ciertos casos muy singulares de disminuidos psíquicos o sensoriales podría estimarse que el respeto a sus condiciones personales obligaría a ser mucho más cautos y respetuosos con los sistemas de control.

De igual forma, aunque puede tener mayor encaje constitucional la apelación a la dignidad como referente de ejercicio de las facultades de control empresarial (art. 10.1 CE), tampoco nos parece el referente constitucional más acertado y ello resumidamente por varias razones. De un lado, por cuanto que la afectación más relevante y directa lo es a ciertos y concretos derechos fundamentales, tutelados dentro de la sección de máxima garantía (sección primera, capítulo segundo del título primero de la Constitución), en tanto que la referencia a la dignidad en el texto constitucional presenta una configuración más difusa como “fundamento del orden político y de la paz social”, al tiempo que no se inserta dentro del listado específico de los derechos a los que se atribuye la condición de fundamentales, fuera, por tanto, de la sección de máxima garantía constitucional. De otro lado, por cuanto que, si bien pueden imaginarse medidas de control contrarias a la “dignidad” de la persona por tener un carácter humillante como tales del trabajador, la mayoría de las formas de control no tienen este carácter humillante y, sin embargo, pueden lesionar importantes derechos fundamentales del trabajador.

Por ello, casi da la impresión de que la primera versión del Estatuto de los Trabajadores de 1980 presenta una concepción preconstitucional, que exigía una lectura adaptada a la decisiva garantía de los derechos fundamentales reconocidos a partir del cambio político que supuso la instauración de un modelo democrático de relaciones laborales.

A partir de la anterior premisa, no cabe la menor duda de que entre los derechos fundamentales de posible afectación directa por el ejercicio de las facultades de control, se encuentra el reconocimiento y garantía de la intimidad del trabajador, con el paso del tiempo ampliada al reconocimiento como derecho autónomo del correspondiente a la privacidad del trabajador y a la protección de sus datos personales (art. 18 CE).

Por lo demás, siendo intimidad, privacidad y protección de datos los derechos más inmediatamente condicionantes del ejercicio de las facultades de control em-

presarial, los mismos no agotan en modo alguno los derechos jurídicos afectados por la institución de referencia. Podría decirse que el conjunto de los derechos fundamentales pueden tener conexión con el ejercicio de las facultades de control. Especialmente sería preciso referirse, de manera exclusivamente enumerativa en estos momentos, a la prohibición de discriminación, extendida a la igualdad de trato cuando el empleador es un poder público (art. 14 CE), la libertad ideológica y religiosa (art. 16 CE), la libertad de información y de expresión (art. 20 CE), el derecho al honor y a la propia imagen (art. 18.1 CE), la libertad sindical (art. 28.1 CE), así como el derecho de huelga (art. 28.2 CE), por sólo citar los más directamente involucrados.

Es precisamente esta perspectiva de tutela de los derechos fundamentales, especialmente la conectada con la intimidad y la privacidad, la que puede verse muy intensamente afectada por el uso de las tecnología de control referidas en el apartado precedente, unidas a las nuevas formas flexibles de organización empresarial y del trabajo, la que provocan el inusitado interés que ha provocado la toma en consideración del ejercicio hoy en día de las facultades empresariales, la que ha dado lugar a un decisivo debate entre nosotros acerca de la necesidad de establecer un debido equilibrio de los intereses en juego y el logro de un mínimo de seguridad jurídica respecto del juego de lo lícito y lo ilícito en esta material.

### **3. FUENTES NORMATIVAS DE REFERENCIA Y PROTECCIÓN JUDICIAL MULTINIVEL**

A partir de la referencia a los derechos fundamentales afectados por esta materia, se puede acometer la mención, esencialmente telegráfica, a la pluralidad de fuentes del Derecho involucradas en la materia, de muy diverso origen, lo que, a su vez, provoca una intervención judicial multinivel por la llamada a pronunciarse por parte de diversos Tribunales de garantía de derechos fundamentales. Así, en términos muy esquemáticos, cabría aludir a las siguientes normas clave en esta materia.

En el ámbito del Consejo de Europa, es obligado llamar la atención acerca de la importancia del Convenio Europeo de Derechos Humanos, especialmente del reconocimiento en el mismo del derecho de “toda persona al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia” (art. 8). Ello ha dado lugar a importantes pronunciamientos por parte del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, a pesar de la impronta inicial de tutela pública de estos derechos por parte del Convenio, con una progresiva garantía de la eficacia entre particulares del derecho a la vida privada del trabajador<sup>5</sup>.

<sup>5</sup> Cfr. J. Cruz Villalón, La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derecho Humanos en materia laboral, *Temas Laborales* n° 145 (2018). C. Molina Navarrete, El derecho a la vida privada del trabajador en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ¿diálogo o conflicto con la jurisprudencia nacional?, en el mismo número.

El siguiente nivel de referencia es necesariamente el correspondiente a la Unión Europea. A tal efecto, obligado es comenzar con la mención a la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, donde resalta el reconocimiento del derecho de toda persona “al respecto de su vida privada y familiar” (art. 7), con autónoma y especial atención “a la protección de datos de carácter personal”, con específica referencia a su tratamiento leal, para fines concretos y legítimos, sobre la base del consentimiento del interesado, con el derecho de acceso y rectificación, así como control de su corrección por parte de una autoridad independiente (art. 8). Aunque no se ha producido una atención específica al ámbito de lo laboral, la materia se ha desarrollado intensamente a través del correspondiente Reglamento General de la Unión Europea<sup>6</sup>, siendo de especial importancia al efecto la constitución de un Comité Europeo de Protección de Datos (arts. 68 ss) de especial relevancia en lo que se refiere a la determinación concreta del alcance de la protección de datos personales en muy diversos ámbitos entre ellos el laboral. Por contraste, en esta materia hasta el presente la intervención del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha sido escasa, pero no es descartable que adquiera una mayor relevancia en el inmediato futuro.

En el ámbito nacional, además de los preceptos constitucionales a los que ya hemos hecho referencia, es de obligada referencia la Ley Orgánica de Protección de Datos Personales y garantía de derechos digitales<sup>7</sup>, que contiene previsiones específicas en materia laboral (art. 87 ss) y con introducción de un precepto novedoso al efecto dentro del Estatuto de los Trabajadores (art. 20 bis). La directa afectación al texto constitucional de la materia de referencia, tal como es fácil imaginar, ha dado la oportunidad a pronunciamientos, igualmente de primer nivel, por parte de nuestro Tribunal Constitucional, sin desconocer tampoco la trascendencia de la intervención al efecto por parte de nuestro Tribunal Supremo, especialmente por su sala de lo social.

Finalmente, resulta necesario para completar el panorama normativo, la referencia a la posible intervención en la materia por parte de la negociación colectiva. Ya el propio Reglamento de la Unión Europea contiene una importante remisión de carácter general y, sorprendentemente, poco resaltada, a la posible intervención en la materia por parte de los convenios colectivos (art. 88)<sup>8</sup>. Complementariamente

<sup>6</sup> Reglamento 2016/679, de 27 de abril (DOUE 4 de mayo), relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de datos.

<sup>7</sup> Ley 3/2018, de 5 de diciembre (BOE 6 de diciembre).

<sup>8</sup> “Los Estados miembros podrán, a través de disposiciones legislativas o de convenios colectivos, 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, en particular a efectos de contratación de personal, ejecución del contrato laboral, incluido el cumplimiento de las obligaciones establecidas por la ley o por el convenio colectivo, 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, así como a efectos del ejercicio y disfrute, individual o colectivo, de los derechos y prestaciones relacionados con el empleo y a efectos de la extinción de la relación laboral”.

te a ello, la propia Ley Orgánica española antes citada contiene igualmente una remisión al desarrollo de los derechos laborales en ella recogidos por parte de la negociación colectiva. Además de una referencia genérica al establecimiento de garantías adicionales en el uso de los dispositivos digitales (art. 91)<sup>9</sup>; especialmente significativa a estos efectos se presenta la remisión en materia de desconexión digital (art. 88)<sup>10</sup>.

Tres acotaciones breves son necesarias en relación con la intervención de la negociación colectiva: viabilidad constitucional de la actuación vía negociación colectiva, genérica facultad regulativa al respecto e imposibilidad de exoneración de la responsabilidad que le corresponde al legislador estatal en la materia.

La afirmación de la viabilidad constitucional de la actuación de la negociación colectiva viene determinada por la reserva de Ley orgánica establecida respecto de la regulación de lo que atañe a los derechos fundamentales y libertades públicas (art. 81 CE). No está de más por ello recordar que la jurisprudencia constitucional ha precisado que la reserva de Ley Orgánica sólo refiere a su desarrollo directo, “pues este artículo y las otras muchas alusiones de la Constitución al instrumento de la Ley Orgánica en materias concretas, que, como se ha dicho, convierte a las Cortes en «constituyente permanente» no puede extremarse, con los importantes problemas de consenso interno que conlleva, al punto de convertir el ordenamiento jurídico entero en una mayoría de Leyes Orgánicas, ya que es difícil concebir una norma que no tenga una conexión, al menos remota, con un derecho fundamental”<sup>11</sup>. Específicamente el propio Tribunal Constitucional ha admitido que la negociación colectiva, en aras de propiciar que los convenios desarrollen la importante función constitucional que se le encomienda de gestionar las relaciones laborales, pueda actuar sobre ciertos aspectos del ejercicio del derecho constitucionalizado, como es el relativo al derecho al trabajo, en particular pactando cláusulas de jubilación forzosa<sup>12</sup>. La propia Agencia Española de Protección de Datos acepta y toma como referencia ciertas intervenciones de la negociación colectiva<sup>13</sup>. E, incluso, así lo acepta el Tribunal Supremo, por ejemplo en relación con los exámenes médicos en las fases precontractuales<sup>14</sup>.

<sup>9</sup> “Los convenios colectivos podrán establecer garantías adicionales de los derechos y libertades relacionados con el tratamiento de los datos personales de los trabajadores y la salvaguarda de derechos digitales en el ámbito laboral”.

<sup>10</sup> “2. Las modalidades de ejercicio de este derecho atenderán a la naturaleza y objeto de la relación laboral, potenciarán el derecho a la conciliación de la actividad laboral y la vida personal y familiar y se sujetarán a lo establecido en la negociación colectiva o, en su defecto, a lo acordado entre la empresa y los representantes de los trabajadores”.

<sup>11</sup> SSTC 6/1982, de 22 febrero (BOE 22 de marzo), ECLI:ES:TC:1982:6; 101/1991, de 13 de mayo (BOE 18 de junio), ECLI:ES:TS:1991:101.

<sup>12</sup> STC 58/1985, de 30 de abril (BOE 5 de junio), ECLI:ES:TC:1985:58.

<sup>13</sup> AEPD, informes 252/2006, 0154/2010 y 0384/2010.

<sup>14</sup> STS 28 de diciembre de 2006, rec. 140/2005.

La segunda advertencia se sitúa en el carácter más pedagógico que innovativo derivado de las remisiones antes citadas a la negociación colectiva, tanto por parte del Reglamento europeo como por la Ley Orgánica española.

En efecto, de un lado, conviene recordar que legalmente al convenio se le reconoce un vasto campo de materias negociables (art. 85.1 ET). Es habitual en multitud de preceptos legales, al hilo de la regulación de una determinada materia, se contengan remisiones a la intervención adicional o complementaria por parte de los convenios colectivos, casi siempre en términos de declarar formalmente la posibilidad de que se negocie colectivamente sobre el particular. Al respecto conviene llamar la atención que este tipo de remisiones a la negociación colectiva no pueden ser interpretadas en sentido negativo en el sentido de que allí donde un precepto no contenga este tipo de llamadas a la intervención por parte de la negociación colectiva la misma no sea posible; por el contrario, la premisa de partida es que, a semejanza de lo que se establece con carácter general para la contratación privada, vía convenio colectivo se puede pactar todo aquello que las partes deseen en el ámbito de la regulación de las relaciones laborales, siempre que ello no sea contrario a la ley, la moral o el orden público.

De otro lado, indicar que la novedad más importante por parte de la Ley hubiera sido que el texto legal hubiese ido más allá de una remisión facultativa a la negociación colectiva, para adentrarse en el territorio del contenido de necesaria u obligatoria negociación de dicha materia, a semejanza de lo que se hace hoy en día en relación con los planes de igualdad; nada de esto se detecta en los preceptos que hemos mencionados que se sitúan en el ámbito estricto de la posible intervención, que no de la necesaria negociación. Si acaso resaltar que, aunque formalmente no existe un deber de negociar sobre tal aspecto, sí que el diseño legal se establece sobre la premisa de un reconocimiento tan abstracto del derecho en cuestión que el mismo resulta difícilmente actuable de no producirse la correspondiente implementación por parte de la negociación colectiva; así sucede, a título de ejemplo, de manera bastante elocuente por lo que se refiere al derecho a la desconexión digital.

Eso sí, de la literalidad de los dos preceptos principales de referencia en la remisión a la negociación colectiva podría deducirse alguna novedad en orden a la orientación que debe tener la negociación colectiva en este terreno. Me refiero al hecho de que ambos preceptos se remiten a la negociación colectiva facultándola bien para establecer “normas más específicas para garantizar” la protección de datos personales del trabajador<sup>15</sup>, o bien para establecer “garantías adicionales” en el tratamiento de datos en el uso de los dispositivos digitales<sup>16</sup>. Querría ello decir que la negociación colectiva en esta materia no podría intervenir ampliando las facultades empresariales de control cuando afectan a la tutela de la protección

<sup>15</sup> Art. 88 Reglamento de la Unión Europea 2016/679, de 27 de abril.

<sup>16</sup> Art. 91 Ley Orgánica 3/2018.

de datos personales, sino exclusivamente en la dirección de incrementar la tutela de los trabajadores, imponiendo mayores límites y requisitos procedimentales. A pesar de ello, resulta obligado recordar que alguna sentencia de nuestro Tribunal Constitucional lo ha interpretado en sentido inverso a la premisa precedente, entendiendo en un caso concreto que, en la medida en que la negociación colectiva tipificaba como infracción laboral la utilización privada del ordenador de la empresa, la misma estaba de manera implícita facultando al empleador a realizar el control del uso de dicho ordenador por parte del trabajador<sup>17</sup>.

Finalmente, a tenor de lo último indicado, el legislador cuando efectúa las remisiones a la negociación colectiva está pensando en un modelo institucional en el que el mapa de la negociación colectiva es tan extendido que proporciona una muy elevada tasa de cobertura negocial, de modo que siempre existirá un convenio colectivo de referencia que podría responder al reto que le efectúa la Ley a la negociación colectiva para que actúe en estas materias. De no existir convenio colectivo de referencia, en ocasiones el derecho en cuestión resultaría cuasi impracticable; volvamos al ejemplo del derecho a la desconexión digital. Eso sí, teniendo en cuenta que por muy potente que sea nuestra estructura de la negociación colectiva, siempre existirán vacíos de cobertura. Por ende, el legislador debería tener en mente esta realidad de espacios a los que no llega la negociación colectiva, lo que obliga a la norma estatal al establecer cuando menos una regulación subsidiaria para la hipótesis en la que no existiese un convenio colectivo de referencia, o bien que existiendo una unidad negocial de referencia La misma no hubiese intervenido en relación con las facultades de control empresarial a través de las tecnologías digitales más invasivas de la privacidad del trabajador.

#### **4. LA LABORALIDAD DE LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS**

En una primera aproximación el régimen de subordinación del trabajador, como nota característica de la prestación de servicios sometida a la legislación laboral, se identifica con la primera de las manifestaciones de los poderes empresariales, es decir, con el poder de dirección y de organización del trabajo. Ello es así a partir de la definición legal del trabajo sometido a la legislación laboral como aquel que se desarrolla dentro del ámbito de “organización y dirección” del empleador” (art. 1.1 ET). De ahí que las otras dos manifestaciones de los poderes empresariales pasen a segundo plano o directamente resulten irrelevantes al objeto de determinar el carácter autónomo o subordinado de la prestación de servicios. Las facultades de control y disciplinarias se presentan, así, como elementos meramente instrumentales para proporcionar efectividad a la manifestación por excelencia:

<sup>17</sup> STC 170/2013, de 7 de octubre (BOE 7 de noviembre), ECLI:ES:TC:2013:170.



el poder de dirección. El poder de control de este modo se convierte simplemente en el medio a través del que se garantiza la comprobación del cumplimiento de las facultades directivas y el mecanismo que permite sancionar en caso de que se constate un incumplimiento laboral. Dicho de otro modo, el poder de control es un derivado del poder de dirección: demostrada la concurrencia de la subordinación por la capacidad de ejercicio de las facultades de dirección y organización, el efecto o resultado es el reconocerle las facultades de control. Es decir, las facultades de dirección son la premisa y las facultades de control el resultado.

A pesar de todo lo anterior, lo cierto es que tales premisas hoy en día no son tan plenas, sino que, por el contrario, deben matizarse, cuando no corregirse, al menos por lo que afecta a las nuevas formas flexibles de organización del trabajo. En efecto, estas nuevas formas flexibles, en el marco de las tecnologías de la información y las comunicaciones, unidas a las formas igualmente flexibles de organización del trabajo, permiten formas de prestación de servicios donde se atribuye al trabajador un amplio margen de actuación. El venir a menos ciertos elementos tradicionales conectados con el lugar y tiempo de la prestación del servicio, provoca un ejercicio algo desvaído de los poderes organizativos, al tiempo que, correlativamente, se intensifican los controles de la conducta del trabajador. A veces lo que sucede es que se puede organizar el trabajo sin someter al trabajador a los elementos más tradicionales de hetero-organización del trabajo, pero, al propio tiempo, manteniendo en su esfera una capacidad tan o más intensa de control del modo de realización del trabajo, de sus resultados, en la medida en que ello le resulta perfectamente posible a tenor de los nuevos instrumentos en su poder de carácter técnico y organizativo. Dicho de otro modo, con una apariencia formal de otorgamiento de una amplia autonomía de gestión y de decisión del trabajador, sin embargo, la empresa se reserva instrumentos decisivos de control que le proporcionan resultados idénticos a los más ortodoxos e históricos de la subordinación laboral. Así, lo relevante para el empleador es la capacidad del control del modo de realización del trabajo y del resultado del mismo, de modo que cuando esto se encuentra plenamente asegurado en la esfera del empleador, pierden cierta relevancia los elementos más tradicionales del ejercicio del poder organizativo del empleador. Para ciertas realidades organizativas y laborales, cada vez más extendidas, las tecnologías de la información y las comunicaciones aplicadas al trabajo refuerzan con inusitada intensidad la capacidad de control '*just in time*' del trabajo que está ejecutando el trabajador, tanto por lo que se refiere a los tiempos como en lo que afecta al modo y perfección del mismo. Por ello, una capacidad por el empresario de seguimiento intenso de la trazabilidad del trabajo que vienen efectuando determinados profesionales puede constituir un elemento clave para detectar la subordinación del trabajador. Habitualmente la subordinación se ha conectado casi exclusivamente con el ejercicio del poder de organización y directivo del empleador, cuando hoy en día la clave para detectarlo se puede

encontrar en el poder de control, para el que existen instrumentos reforzados en el trabajo asalariado comparativamente con lo que sucedía en el pasado.

No cabe la menor duda de que no es posible elevar las típicas manifestaciones de las facultades de control a la categoría de requisito esencial diferencial de la laboralidad, comparativamente con el trabajo autónomo, por cuanto que en muchas de las expresiones de éste último se detectan formas significativas de control del trabajo efectuado en régimen de autonomía. Sin embargo, en el marco de las nuevas formas flexibles de empleo, sí que cabe considerar que una presencia intensa de las facultades de control, que posibilitan un cierto debilitamiento de las expresiones más clásicas de los poderes directivos, pueden convertirse en un nuevo indicio, en un indicio especialmente relevante de la concurrencia del requisito de la subordinación consustancial a la laboralidad de la prestación de servicios sometida a contrato de trabajo<sup>18</sup>.

## **5. LA GENÉRICA INEXIGIBILIDAD DE AUTORIZACIÓN JUDICIAL**

A partir de un tratamiento de permisión legalmente, como regla de principio, de cualquier tipo de medida de control por parte del empleador (art. 20.3 ET), en los términos ya referidos, la clave del equilibrio de intereses entre las partes se debe situar más en el ámbito de los requisitos de procedimiento impuestos al ejercicio de las facultades de control o, en su caso, la adecuación o proporcionalidad en el uso de determinadas medidas de control para casos concretos.

Empezando por los datos más objetivos y externos, los relativos a los requisitos de procedimientos, debe comenzarse en negativo por destacar una exigencia constitucional que ha pasado prácticamente inadvertida en el ámbito de lo laboral. Me refiero en particular a la garantía constitucional del secreto de las comunicaciones, que sólo se admite previa “resolución judicial” (art. 18.3 CE). Se trata de una garantía respecto de todo tipo de medios a través de los cuales se garanticen las comunicaciones; si bien se mencionan de manera expresa las postales, telegráficas y las telefónicas, es indiscutible que se extiende a cualesquiera otros medios técnicos a través de las comunicaciones, extendido sin lugar a dudas a los novedosos desde el punto de vista tecnológico, desconocidos en el momento de la entrada en vigor del texto constitucional: correo electrónico, whatsapp, redes sociales en general<sup>19</sup>. El imperativo constitucional es de tal importancia, que la transgresión del mismo, la interceptación de las comunicaciones sin autorización judicial, puede comportar la comisión de una conducta delictiva.

<sup>18</sup> Cfr. J. Cruz Villalón, El concepto de trabajador subordinado frente a las nuevas formas de empleo, *Revista de Derecho Social* nº 83 (2018).

<sup>19</sup> Sobre el particular, ver en este número de la Revista el trabajo de E. González Biedma, *Uso de redes sociales y control empresarial*.

En todo caso, desde el punto de vista laboral, en ningún momento ni doctrina ni jurisprudencia han deducido que la exigencia de “resolución judicial” previa autorizatoria de la interceptación de las comunicaciones se presentaba como requisito formal necesario para el ejercicio de las facultades empresariales de control. Ciertamente lo que resultaría descartable en todo caso es el control de las comunicaciones privadas del trabajador no conectadas con la función o finalidad para la que se le reconoce al empleador el ejercicio de sus facultades de control. Pero, en el marco de sus genuinas facultades de control, la afirmación genérica por parte del legislador de que el empleador puede acudir a las medidas de vigilancia y control “que estime más oportuno” se sobreentiende que se extiende al control de las comunicaciones en el ámbito laboral, sin necesidad de atender al requisito constitucional de la preceptiva “resolución judicial”.

Más aún, ello ni siquiera se conecta con una lectura del límite como exclusivamente dirigido al poder público, donde no juega la eficacia “*inter privatos*” del secreto de las comunicaciones. No se trata de esta justificación, por un doble motivo. De un lado, por cuanto si a quien como poder público se le encomienda la función de garantía del orden público y la persecución de las conductas delictivas sólo se le permite el levantamiento del secreto de las comunicaciones previa autorización judicial, no es concebible que una resolución judicial de estas características se dirija a un poder privado que en la defensa de intereses privados lo debería tener prohibido en todo caso. De otro lado, porque en el ámbito laboral ni siquiera se ha estimado que la actuación del poder público en su condición de empleador esté limitado en la interceptación de las comunicaciones de sus empleados cuando actúa en el ámbito del ejercicio de sus facultades de control en aplicación de la legislación laboral.

En definitiva, el legislador ordinario ha considerado que el requisito de la previa resolución judicial a estos efectos no incide sobre lo laboral y, específicamente no afecta al ejercicio de las facultades empresariales de control, que se pueden ejercer de forma unilateral y sin autorización previa. De hecho así se ha estimado de manera generalizada por nuestra jurisprudencia, tanto laboral como constitucional.

A tenor de lo anterior, a algunos ha sorprendido algún pronunciamiento de la sala de lo penal del Tribunal Supremo, que se orienta en sentido inverso, no admitiendo como prueba procesal una interceptación de las comunicaciones por parte del empleador que afectaba a uno de sus empleados<sup>20</sup>. Se trataba por añadidura de una intervención de las comunicaciones del trabajador por parte del empleador que se había sometido a los criterios establecidos como necesarios por parte de la jurisdicción social y, a pesar de ello, se había concluido en la inadmisibilidad de la información obtenida a través de esta intervención como medio de prueba procesal. La imposición de este requisito de la resolución judicial previa autorizatoria se

<sup>20</sup> STS, penal, 16 de junio de 2014 rec. 2229/2013, ECLI:ES:TS:2014:2844.

estima como estricta por parte del Tribunal, sin admitir excepciones al efecto, ni por razón de la herramienta empleada, de su titularidad, del momento temporal del control ni por la posible concurrencia de una renuncia tácita<sup>21</sup>.

El criterio anterior se ha percibido por algunos como una flagrante contradicción con la jurisprudencia social, incluso con la de rango constitucional, entendiéndose que no es posible en modo alguno lo dicho por la sala de lo penal del Tribunal Supremo con lo interpretado por parte de la sala de lo social del mismo Tribunal, incluso de nuestro Tribunal Constitucional.

Por el contrario, a nuestro juicio, puede resultar plenamente compatible la doctrina de la sala de lo penal, sin por ello tener que entender tampoco que deba corregirse la propia de la sala de lo social, pues una y otra juegan en ámbitos diferenciados y, por tanto, resultan, a la postre, perfectamente compatibles. En concreto, a nuestro juicio, lo diferencial es el alcance de ciertos imperativos constitucionales, que pueden tener un juego bien diferenciado en el ámbito de lo penal y en el ámbito de lo social, que es como decir que pueden desempeñar una función diversa cuando nos enfrentamos a las garantías mucho más exigentes para declarar la concurrencia de una infracción penal, que cuando nos situamos en el terreno de un incumplimiento contractual. Dicho de otro modo, cuando se trata del ejercicio de facultades de control al efecto de comprobar el cumplimiento de obligaciones contractuales laborales y, a partir de ello, proceder a ejercer las facultades disciplinarias del empleador, no ha de exigirse la resolución judicial previa que autorice la intervención de las comunicaciones; mientras que, por el contrario, cuando se pretende situar las mismas conductas en el ámbito de una verificación de la conducta del trabajador a los efectos de presentar una denuncia en sede penal por la comisión de un delito sí que es exigible en todo caso la previa resolución judicial autorizatoria. No al caso, en el ámbito de lo penal juega en toda su intensidad la presunción de inocencia, aunque se trate de delitos cometidos en el ámbito de lo laboral, en tanto que dicha presunción de inocencia no actúa constitucionalmente cuando se trata del ejercicio del poder disciplinario del empleador. Baste a estos efectos con recordar la jurisprudencia que admite que frente a una misma conducta de sustracción de bienes en la empresa por parte del trabajador se considera plenamente compatibles y no

<sup>21</sup> “No contempla, por tanto, ninguna posibilidad ni supuesto, ni acerca de la titularidad de la herramienta comunicativa (ordenador, teléfono, etc. propiedad de tercero ajeno al comunicante), ni del carácter del tiempo en el que se utiliza (jornada laboral) ni, tan siquiera, de la naturaleza del cauce empleado (“correo corporativo”), para excepcionar la necesaria e imprescindible reserva jurisdiccional en la autorización de la injerencia.

Tampoco una supuesta “tácita renuncia” al derecho, como a la que alude la Audiencia al final del párrafo antes transcrito, puede convalidar la ausencia de intervención judicial, por un lado porque obviamente dicha “renuncia” a la confidencialidad, o secreto de la comunicación, no se produce ni es querida por el comunicante que, de conocer sus consecuencias, difícil es imaginar que lleve a cabo la comunicación objeto de intervención y, de otra parte, porque ni aun cuando se entienda que la “renuncia- autorización” haya producido resultaría operativa ya que, a diferencia de lo que ocurre con la protección del derecho a la inviolabilidad domiciliaria (art. 18.2 CE), nuestra Carta Magna no prevé, por la lógica imposibilidad para ello, la autorización del propio interesado como argumento habilitante para la injerencia”.

contradictorias una sentencia laboral de procedencia del despido al mismo tiempo que una resolución judicial de sobreseimiento de las actuaciones o de declaración de no culpable penalmente el trabajador por los mismos hechos<sup>22</sup>.

## 6. LA EXCEPCIONALIDAD DE LOS CONTROLES OCULTOS

Valor decisivo ha de atribuirse a la necesidad de que el empresario dé a conocer las medidas de control que adopta o, por el contrario, que tal deber no exista y el empresario pueda adoptar cuantas medidas estime oportunas sin conocimiento de los trabajadores objeto de control. Una vez más, la pobreza de la normativa establecida nos ofrece una situación de silencio legal respecto de la cuestión así planteada. Ciertamente, tal como hemos visto, la norma establece que el empresario puede adoptar cuantas medidas estime oportunas (art. 20.3 ET), si bien de ello no hemos de deducir necesariamente que lo pueda realizar de manera oculta, sin necesidad de informar a los trabajadores afectados acerca de ello.

La legislación sí que obliga consultar, vía la solicitud de emisión de informe previo, a los representantes de los trabajadores en relación con la implantación y revisión de los sistemas de control del trabajo (art. 64.5 f ET), posiblemente en términos muchos más claros que los previstos en la Ley orgánica, que a erróneamente habla exclusivamente de deber de información (art. 89.1 Ley orgánica 3/2018), que en modo alguno podría interpretarse como una voluntad de modificación n clave de reducción de la intervención de los representantes de los trabajadores en esta materia<sup>23</sup>. En todo caso, desde la perspectiva que estamos analizando aquí, lo anterior no prejuzga en relación con la previa y complementaria información que se debe proporcionar a los trabajadores individualmente considerados; ni puede entenderse que la intervención de los representantes haga innecesaria la información directa a la plantilla, ni que a la inversa la información a los trabajadores individuales permita omitir la consulta a los representantes. En todo caso, lo que sí es cierto es que los representantes de los trabajadores ostentan la facultad de informar a sus representados (por tanto, de informar a los trabajadores) en todos los temas y cuestiones señalados en el precepto relativo a las competencias de tales representantes (art. 64.7 e ET); por tanto, los representantes tienen la facultad de informar a los trabajadores de la implantación y revisión de los sistemas de control del trabajo, lo cual, naturalmente, no exime de la obligación de información directa por parte de la dirección de la empresa al conjunto de los empleados de la misma.

Por lo demás, hay preceptos que respecto de concretas medidas sí que contemplan el deber de información respecto de su implantación. Tal es el caso de los

<sup>22</sup> STC 76/1990, de 26 de abril, BOE 30 de mayo, ECLI:ES:TC:1990:76

<sup>23</sup> Desde otra perspectiva, para lo que afecta al control empresarial de la actividad de los representantes de los trabajadores, cfr. el artículo en este número de la Revista de M. A. Almendros González.

dispositivos de videovigilancia y de captación de sonidos en el lugar de trabajo, así como la implantación de los sistemas de geolocalización, con información clara y concisa del alcance de estas medidas de control (art. 89 y 90 Ley Orgánica 3/2018)<sup>24</sup>. Por el contrario, respecto del resto de los dispositivos digitales, la Ley lo enfoca más en relación con su uso por parte de los trabajadores, por lo que se limita a establecer el deber empresarial de informar a los trabajadores de los criterios de utilización, pero sin aclarar de manera expresa si ello también se refiere a la utilización que de los mismos puede realizar el empleador como medida de control de la actividad del trabajador (art. 87 Ley orgánica 3/2018). Para el resto de las medidas de control nada establece la normativa, de modo que la incertidumbre es notable. Ni siquiera ello se recoge como obligación general en la normativa de la Unión Europea que relaciona los elementos esenciales de la relación laboral sobre los que debe informar el empleador a sus trabajadores<sup>25</sup>.

Por mencionar un caso sorprendente, la norma de referencia entre nosotros, al menos formalmente, no está exigiendo la presencia del trabajador afectado en el caso del registro de sus taquillas y efectos personales, a pesar de que sí exija la presencia de un representante de los trabajadores o de otro trabajador si fuese posible (art. 18 ET)<sup>26</sup>. Ello podría llevar a deducir que si no se está exigiendo la presencia física del interesado en el momento del registro, tampoco se está imponiendo el deber de informar que se va a proceder al registro, lo que se podría en sede teórica llevar a cabo a espaldas del propio interesado. Sin embargo, por el contexto general de la regulación, por el tipo de elementos a registrar, por su posible afectación a elementos que inciden sobre la intimidad del trabajador, por la exigencia de que el registro se realice en el centro de trabajo y durante la jornada laboral<sup>27</sup>, se puede sobreentender que está exigiendo la presencia del trabajador afectado y, con ello, el conocimiento por parte del trabajador del registro en cuestión. A pesar de todo lo anterior, no diciéndolo expresamente el precepto de referencia, la respuesta no puede ser contundente e indubitada.

Más allá de ello, también podrían aducirse ciertas cargas impuestas por el Reglamento de la Unión Europea al responsable del tratamiento de datos (en este caso, el empleador) en su relación con su afectación a datos de carácter personal al interesado (en este caso, el trabajador). Aunque no se trate de cargas o deberes que se impongan de manera universal para todos los supuestos y situaciones, sí que

<sup>24</sup> Sobre estos últimos, cfr., el estudio en este número de la Revista de S. González Ortega, Las facultades de control a distancia del trabajador: geolocalizadores y tacógrafos.

<sup>25</sup> Art. 4 Directiva 2019/1152, de 20 de junio de 2019 (DOUE 11 de julio), relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea.

<sup>26</sup> Sobre el particular, ver en este número de la Revista el estudio de J. Gorelli Hernández, Registros sobre el trabajador, su taquilla y efectos personales.

<sup>27</sup> En este sentido por el lugar y tiempo del registro, Gorelli Hernández, op. cit., con cita de sentencias de dos Tribunales Superiores de Justicia de Comunidades Autónomas, pero sin identificación de sentencias del Tribunal Supremo.

se establecen con carácter general, con la particularidad desde la perspectiva que estamos analizando de que el cumplimiento de tales deberes de manera indirecta determina el conocimiento por parte del trabajador del control que se está realizando o se va a efectuar. Así, de un lado, hay que mencionar el deber de información que se le impone al responsable del tratamiento de datos (arts. 12 ss. Reglamento UE 2016/679); de otro lado, debemos referirnos igualmente a los supuestos para los que se exige el consentimiento del interesado (en este caso del trabajador) para el tratamiento de datos personales para uno o varios fines específicos, sin perjuicio de que en este caso se contemplan importantes excepciones a la necesaria obtención del consentimiento (arts. 6 ss. Reglamento UE 2016/679).

Más allá de las anteriores previsiones, posiblemente no quepa una respuesta unívoca y universal para todos los supuestos, especialmente para aquellas medidas de control para las que legalmente no se impone el deber empresarial de conocimiento por parte del trabajador.

Aunque sí cabría establecer un principio general de necesaria información al interesado de las medidas de control establecidas en la empresa. Tal es precisamente el criterio desde el que se parte por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en un caso dictado en Gran Sala, de control oculto del contenido de los correos electrónicos, a pesar de que el empleador había advertido que quedaba prohibido el uso privado de un sistema de mensajería para fines exclusivamente empresariales<sup>28</sup>. A nuestro juicio, la premisa de partida es que estando en juego una posible lesión del derecho a la privacidad del trabajador como derecho fundamental, que sucesivamente puede estar en juego el posible derecho a la defensa judicial en una hipotética reclamación del trabajador, entendemos que el deber de buena fe empresarial ha de conducir a un deber de transparencia y, con el mismo, a un derecho al conocimiento por parte del trabajador de los medios de control que se adoptan por la empresa de su actividad y de su conducta. El deber de buena fe empresarial impuesto en lo laboral ha de entenderse como un fundamento de la imposición de esta obligación de información con carácter general para cualquier

<sup>28</sup> STEDH 5 de septiembre de 2017, Caso *Barbulescu contra Rumania* ECLI: ECLI:CE:ECHR:2017:0905JUD006149608. En una dirección parcialmente diferente, entendiendo que es válida la utilización por la empresa de cámaras de videovigilancia al conocer el trabajador su existencia en el centro de trabajo, aun cuando no hubiera sido informado expresamente sobre el uso y destino de las cámaras instaladas, STS 2 de enero de 2017, rec. 564/2016, ECLI: ECLI:ES:TS:2017:817. Sobre el particular, por todos, el estudio en este número de la revista de J. L. Monereo Pérez y P. G. Ortega Lozano, *El control del correo electrónico del trabajador*. J. Cabeza Pereiro, *El necesario cambio de jurisprudencia constitucional sobre video vigilancia y control de mensajería electrónica de los trabajadores a la vista de la doctrina del TEDH*, *Temas Laborales* nº 141 (2018). I. Camós Victoria, *La privacidad del trabajador en la empresa y sus límites*. A propósito de la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos *Barbulescu II* y sus consecuencias, *Revista Jurídica de Cataluña* nº 117 1 (2018). A. Desdentado Bonete y E. Desdentado Daroca, *La segunda sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso Barbulescu y sus consecuencias sobre el control del uso laboral del ordenador*, *Revista de Información Laboral* nº 1 (2018). C. Molina Navarrete, *El derecho a la vida privada del trabajador en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: ¿Diálogo o conflicto con la jurisprudencia nacional*, *Temas Laborales* nº 145 (2018).

tipo de medida de control, más allá de las formalmente previstas legalmente para medidas concretas (art. 20.2 ET).

Por contraste a todo lo anterior, tampoco puede afirmarse de manera absoluta que se encuentren vedados siempre y en todo caso los controles ocultos del trabajador. Puede concluirse que, como regla general, el deber de buena fe y el deber de transparencia en las relaciones entre las partes conduce a una necesidad de informar de los medios de control que se utilizan, así como de los fines pretendidos con ello. Pero, del mismo modo, se debe admitir, como excepción a la regla, la posibilidad de utilización de medios de control ocultos siempre que ello se encuentre suficientemente justificado.

Así, a nadie se le escapa que hay determinados medios de control que sólo se pueden realizar sin el conocimiento del trabajador. Baste mencionar al efecto los controles que puede llegar a encomendar el empleador a detectives profesionales privados. Por propia esencia, la actividad de estos profesionales se debe realizar con ocultamiento al trabajador de que este control se está llevando a cabo. En la medida en que se acepta la licitud de utilizar este medio de control vía detectives privados es obvio que se está admitiendo que ello se lleve a cabo de manera oculta, al extremo que la propia jurisprudencia otorga valor probatorio procesal a los informes de parte elaborados por tales detectives<sup>29</sup>. Ciertamente, encontrándonos ante una excepción a la regla general del conocimiento del trabajador del control que se realiza, ello debe afectar a los supuestos en los que es admisible que el mismo se lleve a cabo por medio de detectives, por cuanto que los riesgos invasivos en la privacidad del trabajador son superiores, pero una vez admitido que concurren causas justificadas que así lo avalan, la excepción ha de aceptarse como correcta y plenamente lícita. En todo caso, se trata de una medida de control muy empleada y admitida de manera generalizada para los supuestos de control por parte del empleador del efectivo estado de salud del trabajador que justifica su baja laboral<sup>30</sup>.

Más aún, recientemente, es bien conocido un asunto en el que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en Gran Sala acepta la licitud de un control oculto a través de una instalación de videovigilancia a efectos de comprobar sustracciones

<sup>29</sup> Por todos, véase el estudio en este número de la revista de E. Garrido Pérez, La actuación de los detectives privados como instrumento de control empresarial. J. M. Díaz Rodríguez, Detectives privados en el ámbito laboral: poder empresarial y prueba judicial, Actualidad laboral nº 7 (2011); El informe del detective privado en el proceso laboral, Trabajo y Derecho nº 34 (2017). I. Rodríguez Cardo, Pruebas obtenidas a través de detectives privados y derecho a la intimidad del trabajador, Actualidad laboral nº 12 (2014). M. J. Rodríguez Crespo, La facultad de vigilancia y control por parte del empresario de la incapacidad temporal del trabajador: elenco de pruebas admitidas y no injerencia judicial en materia de sanciones, Temas Laborales, nº 110 (2011). M. C. Salcedo Beltrán, Intervención de detectives en las relaciones laborales, Revista de estudios financieros nº 368 (2013). Respecto de la admisión probatoria, por todas, STS, social, 13 de marzo de 2012, ECLI:ES:TS:2012:3470.

<sup>30</sup> Sobre el particular, el estudio publicado en este número de la Revista por P. Gómez Caballero, Las facultades de control del estado de salud del trabajador.



de mercancías en la empresa<sup>31</sup>. En este supuesto, por añadidura, nos enfrentamos a un caso para el que, tal como hemos apuntado previamente, la propia legislación nacional hoy establece de manera indubitada y sin excepciones el deber empresarial de información al trabajador de la implantación de este sistema de control (art. 89 Ley Orgánica 3/2018). En sede teórica, refiriéndonos en general a la relación entre Convenio Europeo y norma nacional, se podría interpretar que, más allá de los límites posibles a los derechos reconocidos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos en relación con el derecho a la intimidad, así como de la doctrina sustentada por el Tribunal Europeo, nada impediría que la legislación española fuese más garantista, imponiendo un generalizado deber de información y, por ende, una prohibición absoluta de sistemas de videovigilancia oculta. Dicho de otro modo, sería imaginable que primero el TEDH admitiese los controles ocultos y posteriormente el legislador nacional, conocedor de esta doctrina, deseara que en nuestro ámbito interno no fuesen admisibles los controles ocultos, en una línea más garantista que el Convenio europeo. No obstante, teniendo en cuenta que la doctrina del TEDH no pudo ser tomada en consideración en el momento de la elaboración de la Ley orgánica española de diciembre de 2018, ello a nuestro juicio impide entender que la voluntad del legislador se haya orientado en la línea de la posible interpretación precedente y, en particular, de impedir la aplicación en nuestro país de los límites derivados de la sentencia López Ribalda II mencionada. Entendemos que esa no es la interpretación más acertada. Dicho de otro modo, más allá de lo establecido por la Ley orgánica española, ha de entenderse que la lógica de la jurisprudencia asentada por el Tribunal de Estrasburgo es la de abrir una excepción a la regla general establecida entre nosotros de la prohibición de los sistemas de videovigilancia oculta. De futuro nada impediría que el legislador español excluyera los sistemas de vigilancia oculta, pero hoy por hoy ha de realizarse una lectura integrada de Ley orgánica y jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo que desemboca en la autorización de las cámaras ocultas en los supuestos excepcionales señalados previamente.

A estos efectos, a nuestro juicio, la clave se encuentra en una aplicación rigurosa y, por tanto, no flexible, del principio de proporcionalidad con sus tres requisitos, como habilitante del control vía videovigilancia oculta en casos excepcionales tasados, en cierto modo a semejanza del caso analizado por la citada sentencia. En concreto la necesidad de que concurren los requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. A tal efecto, la jurisprudencia constitucional entiende que para comprobar si una medida restrictiva de un derecho fundamental supera el juicio de proporcionalidad, es necesario constatar si cumple los tres requisitos o condiciones siguientes: si tal medida es susceptible de conseguir el

<sup>31</sup> STEDH 17 de octubre de 2019, caso López Ribalda II contra España, (rec. 1874/13 y 8567/13). Sobre este pronunciamiento, ver los trabajos en este número de la Revista de C. Molina Navarrete, Control tecnológico del empleador y derecho probatorio: efectos de la prueba digital lesiva de derechos fundamentales; F. Navarro Nieto, Las facultades de control a distancia del trabajador: videovigilancia y grabación del sonido.

objetivo propuesto (juicio de idoneidad); si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad); y, finalmente, si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto). Hasta cierto punto, dichos elementos podrían concurrir en el caso López Ribalda II y aceptarse como excepción a la regla general: control en lugar de trabajo público, durante un período muy breve de tiempo, con una finalidad muy concreta de detectar una sustracción de mercancías por parte de empleados de la empresa, sospechas objetivas y fundadas previas de que se estaban produciendo dichas sustracciones a través de las cajas del centro comercial.

Eso sí, el caso concreto puede ser todavía objeto de crítica y con la misma el fallo final de la sentencia, por cuanto que resulta discutible si en este caso concreto concurría el juicio de necesidad, en el sentido de que no se aborda con suficiente fundamento la posible existencia de medios de control menos invasivos de los hechos sucedidos así como de los empleados involucrados en las sustracciones producidas. Me refiero a la posibilidad de una investigación de amplia trazabilidad de los movimientos efectuados en las cajas registradoras del centro comercial, donde quedaría rastro efectivo de recurrentes anotaciones de cargos y sucesivas anulaciones de concretos productos, perfectamente imputables nominativamente a concretos trabajadores que en esos tiempos estaban realizando sus trabajos en dichas cajas, al tiempo que se controlaban las pérdidas en número controlable de los productos que desaparecían, coincidentes con las anulaciones. Ese procedimiento alternativo de control, sería menos invasivo de la privacidad del trabajador, de carácter más moderado en su alcance, pero tan efectivo en sus resultados como el sistema de videovigilancia. En todo caso, es obligado advertir también que ese otro mecanismo alternativo de control, menos invasivo, necesariamente se tendría que producir también por medios de ocultamiento al trabajador de que se estaban realizando, pues de lo contrario perdería su eficacia, como igualmente la perdería el sistema de videovigilancia no oculta.

En definitiva, todo lo anterior desemboca en la imposibilidad de establecer una respuesta absoluta a la cuestión aquí planteada, pero sí una conclusión de carácter general: de principio, las medidas de control deben ser conocidas por el trabajador, con necesaria información al mismo de su implantación y finalidad de la misma, sin perjuicio de que, en casos excepcionales, una aplicación estricta en todos sus elementos del principio de proporcionalidad no ha de conducir a la corrección y licitud del control oculto, limitado en el tiempo, sobre la premisa de sospechas objetivas fundadas de que se está produciendo un incumplimiento contractual, siendo necesario, idóneo y proporcionado el ocultamiento del medio de control.

A tenor de todo ello, cabría preguntarse también que sucede con las obligaciones de información y consulta a los representantes de los trabajadores cuando

nos enfrentemos a esos supuestos excepcionales en los que el empresario puede adoptar medidas de control ocultos a los trabajadores. De nuevo nos enfrentamos a una regulación que formalmente no contempla excepciones: la norma prevé un derecho de información y de consulta en todos los supuestos en los que se vaya a implantar o revisión un sistema de control del trabajo (art. 64.5.f ET). En estos casos, por añadidura, el legislador impone a los representantes un estricto deber de sigilo con respecto a aquella información que, en legítimo y objetivo interés de la empresa o centro de trabajo, les haya sido expresamente comunicada como de carácter reservado (art. 65.2 ET). A la vista de ello, podríamos afirmar que en estos casos de implantación de controles ocultos la regla general sería que el empleador tendría que consultar a los representantes, con legítima facultad de advertirles con rigurosidad que se trata de una información reservada, de la que tienen taxativa prohibición de comunicación a sus representados. A pesar de todo lo anterior, ha de reconocerse también que pueden concurrir supuestos particulares en los que la conducta empresarial omisiva de la información a los representantes no podría calificarse como incumplidora de su deberes frente a los representantes. En la medida en que debe garantizarse también la efectividad de la medida de control, será razonable tener en cuenta conductas precedentes de los representantes, en el sentido de si en el pasado ante advertencias de confidencialidad por parte del empleador a los representantes, éstos han divulgado información fundadamente calificada como reservada, no puede estimarse como infundado que el empresario omite excepcionalmente su deber de información.

## **7. LA DESCONEXIÓN TEMPORAL DE LOS CONTROLES**

La desconexión digital y, más ampliamente, la desconexión del trabajo fuera de la jornada de trabajo se analiza habitualmente desde la perspectiva de la delimitación de la exclusión del tiempo de trabajo fuera de la jornada, que se entiende a todos los efectos como tiempo de ocio. Por tanto, la desconexión se suele tomar en consideración desde la perspectiva de la exclusión del ejercicio del poder de dirección, en la medida en que el empleador no puede impartir órdenes e instrucciones que afecten a los períodos de no trabajo y, sobre todo, el derecho del trabajador a no atender comunicaciones o indicaciones del empleador fuera de la jornada laboral, bien lo sea para exigirle algún tipo de actividad durante este período o bien lo sea para cuando se reincorpore a la actividad laboral en la jornada de trabajo sucesiva; en el sentido estricto del término, diríamos que la desconexión comportaría no sólo el derecho del trabajador a no lectura de los mensajes y comunicaciones, sino incluso la imposibilidad del empleador de ponerse en comunicación con el trabajador durante estos períodos en el ejercicio de su poder de dirección.

En todo caso, desde la perspectiva que estamos analizando, y más allá del

alcance y límites del ejercicio del poder de dirección durante estos tiempos de no trabajo, la desconexión también puede venir referida al ejercicio de las facultades de control del empleador<sup>32</sup>. En la medida en que las facultades de control se presentan como instrumentales respecto del poder de dirección, la interrelación entre ambas es clara, de modo que de principio allí donde concluye el poder de dirección por terminación de la jornada de trabajo igualmente termina el ámbito de actuación empresarial en el ejercicio de sus facultades de control. Ahora bien, las facultades de control también gozan de una esfera de autonomía y no es cierto que sean exclusivamente un instrumento de efectividad del poder de dirección; dicho de otro modo, las facultades de control van más allá de ser un medio de comprobación que el trabajador atiende a las órdenes e instrucciones recibidas por el empleador, sino que también, pueden abarcar una verificación del cumplimiento de deberes laborales del trabajador que han de atenderse sin necesidad de que se conecte con el ejercicio del poder de dirección empresarial. Incluso las facultades de control van más allá de lo anterior, por cuanto que pueden abarcar deberes de conducta del trabajador exigibles fuera del tiempo de trabajo, incluso en períodos de suspensión de la relación laboral donde el trabajador queda exonerado de la obligación de prestación de servicios y, por ende, no cabe en sede teórica ejercicio del poder de dirección del empleador.

Por tanto, a pesar de que durante los tiempos de no trabajo vienen a menos sustancialmente las facultades de control empresarial, por cuanto que desaparece su funcionalidad principal, no por ello se excluye por completo, mientras que sí se puede excluir a todos los efectos el poder de dirección empresarial.

La dificultad respecto del ejercicio de facultades de control durante estos períodos fuera de la jornada de trabajo es de doble naturaleza.

De un lado, a los efectos de determinar cuáles son los deberes, deducibles de la buena fe contractual impuesta al trabajador, y, a tenor de ello, qué tipo de medidas y con qué alcance es posible el desarrollo de controles de la actividad del trabajador. A estos efectos es claro y bien conocida la facultad de control del estado de salud del trabajador durante los períodos de baja por enfermedad, con una regulación 'ad hoc' sobre la materia en cuanto a la posibilidad de llevar a cabo reconocimiento del mismo a cargo de personal médico (art. 20.4 ET), pero que, como señalamos con anterioridad, igualmente puede extenderse a la comprobación de su actividad durante este período incluso por medio de detectives privados. Más aún, el anterior es sólo un ejemplo, junto a otros imaginables, que podrían justificar medidas de control fuera de la jornada del trabajador. Piénsese, por ejemplo, a sospechas de actividades de concurrencia desleal del trabajador durante el tiempo de no trabajo o bien de transgresión del pacto de exclusividad durante el tiempo de no trabajo (art. 21 ET), que ante indicios fundados de transgresión del deber o del pacto justifiquen su comprobación por parte del empleador.

<sup>32</sup> Sobre el particular, cfr. el estudio en este número de la Revista de M. N. Moreno Vida, Las facultades de control fuera de la jornada de trabajo: desconexión digital y control del trabajador.

Especialmente delicado puede presentarse el mantenimiento del uso de los sistemas de geolocalización fuera de la jornada de trabajo. De principio, podemos afirmar que, a pesar de que la norma nada diga al respecto, su funcionalidad se encuentra en la posibilidad de localizar al trabajador durante los tiempos de trabajo, a los efectos de comprobar dónde se encuentra situado el mismo a los efectos de si está cumpliendo con las órdenes recibidas o bien para poder organizar mejor el trabajo de sus empleados. Siendo ello así, carece de todo su sentido que el sistema de geolocalización funcione fuera de la jornada de trabajo, incluso durante las pausas en medio de la jornada de trabajo<sup>33</sup>. Eso sí, una vez más, una afirmación absoluta en este terreno no deja de suscitar ciertas dudas. Por ejemplo, hemos de preguntarnos si es posible que el sistema de geolocalización funcione no sólo funcionalizado a controlar al trabajador, sino también a los medios materiales con los que se trabaja; por ejemplo, el posible derecho del empleador a tener identificada la ubicación de sus vehículos fuera de la jornada de trabajo. El problema en estos casos reside en que el control del vehículo casi siempre lleva anudado el control de la ubicación del mismo trabajador fuera de la jornada de trabajo. A estos efectos, habría que diferenciar según que el trabajador se encuentre o no autorizado para utilizar el medio de trabajo, en el ejemplo el vehículo, para fines particulares fuera de la jornada de trabajo; caso de que tal autorización existiese, a nuestro juicio, no cabe la menor duda de que durante estos períodos no cabría que se mantuviese activo el sistema de geolocalización. Por el contrario, si el vehículo a la conclusión de la jornada debe depositarse en un lugar preciso, predeterminado por el empleador, ha de entenderse que el sistema de geolocalización puede mantenerse activo fuera del tiempo de trabajo, ya que el mismo no se encuentra a disposición del trabajador.

Si bien hemos referido el supuesto del vehículo, ha de tenerse en cuenta que otras herramientas de trabajo pueden tener implantado un sistema de geolocalización, como podría ser el caso de ordenadores portátiles, móviles y otros dispositivos digitales. Para los mismos, el criterio referencial a nuestro juicio debe ser el mismo: si el trabajador debe hacer entrega de los mismos a la empresa a la conclusión de la jornada de trabajo el sistema de geolocalización pueden mantenerse activo más allá de la jornada de trabajo, mientras que si no existe tal obligación y el trabajador pueden mantener en su posesión el dispositivo fuera de la jornada de trabajo, con independencia de que pueda realizar o no un uso particular del mismo, es evidente que el sistema de geolocalización debe desconectarse en el momento de conclusión de la jornada de trabajo. Naturalmente, pueden presentarse situaciones excepcionales, por ejemplo conectadas con supuestos ya referidos de indicios fundados y objetivos de uso de la herramienta para fines ilícitos de concurrencia desleal.

<sup>33</sup> En este sentido, con mención a algún pronunciamiento de Tribunales Superiores de Justicia de dos Comunidades Autónomas, pero sin identificación de pronunciamiento por parte del Tribunal Supremo, González Ortega, op. cit.

Por lo demás, existen supuestos en los que hay un componente singular en la prestación de servicios que justifica una intensificación de los deberes laborales más allá del tiempo de trabajo, con expansión a los períodos ocio, como pueden ser los casos especiales de la relación laboral de los deportistas profesionales o bien de los profesionales destinados a la transmisión del ideario propio de las empresas de tendencia<sup>34</sup>.

De otro lado, ha de tenerse muy en cuenta que cuando nos encontramos en los tiempos de no trabajo nos situamos en un ámbito donde se acentúa la esfera de privacidad del trabajador, incluso en el terreno de la estricta intimidad del trabajador, de modo que la posible actuación de control del empleador resulta claramente más invasiva del derecho fundamental correspondiente. De este modo, sin negar que puede existir un fundamento objetivo y justificado para que el empleador pueda adoptar medidas de control de sus empleados, tiene que tener un carácter más excepcional. Sobre todo, debe efectuarse a través de medidas que vayan orientadas exclusivamente a la comprobación de lo conectado con el cumplimiento de sus deberes contractuales y con la menor afectación al conocimiento de aspectos que incidan sobre la privacidad del trabajador. Por tanto, en este terreno, aunque, de nuevo, la referencia debe encontrarse en la aplicación de las exigencias derivadas del principio de proporcionalidad, se debe ser especialmente exigente en la concurrencia de los tres elementos que lo integran. Especialmente exigente cuando, además de efectuarse tales controles en tiempo de desarrollo de actividades privadas por el trabajador, en muchas ocasiones se van a realizar tales controles sin información previa al trabajador y, por tanto, con ocultamiento al mismo de que se está desarrollando una labor de control.

En relación con todo ello, un supuesto de excepción puede presentarse respecto de los posibles controles del trabajador en tiempos que no son estrictamente parte de la jornada laboral, si bien se mantiene un cierto deber de conexión con la empresa. El supuesto se materializa sobre todo en relación con los llamados como tiempos de localización, donde el trabajador manteniendo libertad en cuanto a la actividad de ocio que puede desarrollar debe encontrarse en todo caso próximo al centro de trabajo y con obligación de atender las llamadas o mensajes de incorporación inmediata al trabajo. En estos casos se presenta la doble circunstancia de no poder controlar la actividad del trabajador durante este tiempo y que el posible control invadiría esferas de privacidad del mismo. A tenor de ello, la clave se encuentra en el elemento funcional del alcance del deber del trabajador y del grado de libertad de actividad que éste ostenta. A la luz de ello, lo decisivo es que puedan funcionar con efectividad los procedimientos y protocolos de localización del trabajador. Dicho en lo concreto, tales procedimientos pueden llevarse a cabo sin necesidad de tener sistemas precisos de control de los que deriven el conoci-

<sup>34</sup> Sobre este último aspecto, cfr. el estudio en este número de la revista a cargo de J. Calvo Gallego, *Las singularidades del poder de control en las empresas de tendencia*.

miento preciso de la ubicación y actividad que en ese momento está realizando el trabajador; basta con que llegue el aviso o reincorporación inmediata al centro de trabajo, sin necesidad de llevar a cabo controles de ningún tipo.

## 8. ESPACIOS RESERVADOS A LA INTIMIDAD DEL TRABAJADOR

Los límites del ejercicio de las facultades de control no sólo se pueden encontrar limitadas en lo temporal sino también en lo espacial. Ciertamente los dos elementos –tiempo y lugar– pueden encontrarse estrechamente vinculados, en la medida en que se puede presumir que durante los tiempos de no trabajo el empleado se encuentra fuera de los locales de la empresa, por tanto, en espacios de carácter personal protegidos por el derecho a la privacidad del trabajador. No obstante, a veces ambos elementos no tienen por qué coincidir y, por tanto, gozar de una autonomía lo referido al desarrollo de las medidas de control fuera del puesto de trabajo.

A estos efectos, la regla general puede ser, una vez más, que el trabajador no puede ser controlado en espacios ajenos a su trabajo. Eso sí, con ello no se pueden dar por respondidos al total de interrogantes que se pueden plantear al efecto.

De nuevo, por cuanto que el control del cumplimiento de deberes contractuales fuera de la empresa, no conectados con la prestación de servicios, derivados del deber de buena fe, pueden conducir al desarrollo de controles fuera de los locales de la empresa. Baste remitirnos a los supuestos que mencionamos en el apartado precedente, sin necesidad de añadir nada en relación con lo allí indicado.

Pero también es posible que el trabajador deba ejecutar su prestación de servicios fuera de los locales de la empresa, bien lo sea en régimen de teletrabajo, de trabajo móvil o itinerante o bien de situaciones de desplazamiento del trabajador a localidad diversa de la suya habitual. En estos casos de nuevo puede ser necesarios y puede quedar justificado el desarrollo de sistemas de control del trabajador, sin ir más lejos los ya mencionados de geolocalización del trabajador, pero no sólo estos. De nuevo, nos situamos en un terreno especialmente sensible, en la medida en que si el medio de control resulta especialmente invasivo, por su afectación intensa a la privacidad del trabajador, el principio de privacidad nos conduce a ser especialmente celosos en el cumplimiento del principio de proporcionalidad en el uso de las facultades de control.

Pero es más, a veces pasa inadvertido que nuestro modelo constitucional diferencia entre, de un lado, la tutela general de la privacidad frente al uso de las tecnologías de la información y de las comunicaciones, con la conexión de ello a la protección de datos personales (art. 18.4 CE), y, por otro, la garantía del derecho a la intimidad del trabajador (art. 18.1 CE). El ámbito de la privacidad es considerablemente más amplio que el correspondiente a la intimidad, a pesar de que no sea

fácil conceptualmente marcar las fronteras entre lo uno y lo otro, si bien, en todo caso, lo importante también es que la intensidad de la protección debe ser mucho más elevada cuando nos enfrentamos a la garantía de la intimidad que respecto a la simple tutela de la intimidad. Y ello tiene una afectación muy inmediata con el control empresarial de ciertos espacios, en concreto de los espacios que por su propia naturaleza se sitúan en el ámbito de la intimidad y no simplemente de la privacidad. Dicho de otro modo, mientras que puede quedar más fácilmente justificado el desarrollo de medidas de control fuera del puesto de trabajo afectando como efecto reflejo a parcelas de la privacidad del trabajador, la prohibición debe ser casi absoluta cuando el trabajador se encuentre en espacios típicos de intimidad. Mencionemos al efecto dos supuestos claros, por su toma en consideración directa tanto por parte del legislador como de los órganos judiciales.

Primero, la toma en consideración de la inviolabilidad del domicilio privado. Si el poder público, por ejemplo, la Inspección de Trabajo tiene vedado entrar en el domicilio privado para efectuar sus funciones de vigilancia del cumplimiento de la legislación, salvo autorización judicial expresa o casos de flagrante delito<sup>35</sup>, con mucho mayor motivo queda vedado al empresario la extensión de sus facultades de control al ámbito del domicilio privado del trabajador. Tal como se contempla en el texto constitucional, “El domicilio es inviolable. Ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito” (art. 18.2 CE). Dicho precepto resulta plenamente aplicable al ámbito laboral, de lo que deriva una total imposibilidad de que las facultades de control puedan contravenir esta prohibición de entrada o registro del domicilio del trabajador por parte del empleador. Más aún, teniendo en cuenta la prohibición de disposición de derechos del trabajador (art. 3.5 ET), y el carácter irrenunciable de los derechos fundamentales, ha de entenderse que ni siquiera sería aceptable que el trabajador prestase su consentimiento a la entrada o registro en el domicilio particular, ni para acto concreto ni mucho menos para una autorización de inspección general por parte del empleador o persona en quien este delegue. Desde muy diversa perspectiva, se ha destacado cómo la posición de desequilibrio contractual del trabajador provoca una enorme debilidad en el libre consentimiento del trabajador en estos casos, de modo que ha de afirmarse que su consentimiento no puede constituir en estos casos título justificativo que permita levantar la prohibición de entrada y registro del domicilio del trabajador.

Eso sí, lo anterior, no supone una exclusión absoluta de las facultades de control por parte del empleador cuando se trate de comprobar el cumplimiento de sus obligaciones laborales por parte de trabajadores a distancia que ejecutan su

<sup>35</sup> Cfr. sobre el particular, J. Cruz Villalón, La actuación de la Inspección de visita a los centros de trabajo e inviolabilidad del domicilio, en AA. VV., Presente y futuro de la intervención pública en las relaciones laborales y de seguridad social. Libro homenaje al profesor Fermín Rodríguez-Sañudo Gutiérrez, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla 2011.



servicios dentro de su domicilio particular. En estos casos, a tenor del desarrollo actual de la tecnología, especialmente de la digitalización del trabajo, se puede producir un control a distancia de este tipo de trabajadores durante su jornada de trabajo a pesar de que el mismo se realice dentro de su domicilio. En concreto, se puede efectuar dicho control sin necesidad de “entrada” ni “registro” en el mismo, que es lo prohibido por el texto constitucional. Eso sí, ha de diseccionarse con detalle hasta qué punto el control no sólo no provoca la “entrada” ni el “registro” del domicilio, pues el mismo se puede violar también por otras vías e incluso se puede afectar a la intimidad del trabajador a través de medidas diversas. Ha de entenderse como “entrada” no sólo la presencia física del empleador o de persona en quien éste delegue dentro del espacio del domicilio, sino también formas a distancia de lo que sucede en su interior; claramente, una videovigilancia o un control del sonido a distancia de la vivienda del trabajador. Naturalmente, sí serían posibles formas de trabajo en el domicilio que incluyesen conversaciones telefónicas o similares, pero sin necesidad de captar la imagen, o de captar otras conversaciones privadas que se produzcan en el seno del domicilio del trabajador. Incluso, tratándose de supuestos tan sensibles, ha de entenderse que esas medidas de control siempre y en todo caso han de realizarse con previo y expreso conocimiento por parte del trabajador, sin que sean admisibles en ningún caso controles ocultos o desconocidos por el trabajador.

Segundo, incluso dentro de los locales de la empresa y durante la jornada de trabajo pueden identificarse espacios reservados a la estricta intimidad del trabajador, que queden vedados al control del empleador cuando el trabajador se encuentra en los mismos. Ejemplo paradigmático de ello lo constituye la prohibición absoluta de implantar sistemas de videovigilancia dentro de los servicios de la empresa, taxativamente prohibidos por la jurisprudencia<sup>36</sup>. La normativa reciente incluso es más tajante en la delimitación de los espacios prohibidos a la instalación de la videovigilancia: “En ningún caso se admitirá la instalación de sistemas de grabación de sonidos ni de videovigilancia en lugares destinados al descanso o esparcimiento de los trabajadores o los empleados públicos, tales como vestuarios, aseos, comedores y análogos” (art. 89.2 Ley Orgánica 3/2018).

## **9. LAS POSIBLES DIFERENCIAS EN EL CONTROL DE DISPOSITIVOS EMPRESARIALES Y PARTICULARES**

En ocasiones la jurisprudencia ha analizado las facultades de control del empleador en conexión con la licitud o menos del uso de ciertos dispositivos digitales,

<sup>36</sup> Por todas, STEDH 17 de octubre de 2019, caso López Ribalda II contra España, (rec. 1874/13 y 8567/13).

especialmente cuando se trata del uso de dispositivos titularidad de la empresa<sup>37</sup>. De este modo se establece una vez más una estrecha relación entre poder de dirección y poder de control. Debe tenerse en cuenta que a estos efectos, la normativa establece un genérico deber de control de estos dispositivos cuando los mismos son puestos a disposición del trabajador por la empresa: “El empleador podrá acceder a los contenidos derivados del uso de medios digitales facilitados a los trabajadores a los solos efectos de controlar el cumplimiento de las obligaciones laborales o estatutarias y de garantizar la integridad de dichos dispositivos” (art. 87.2 Ley orgánica 3/2018). En todo caso, el asunto no es tan simple, de modo que se pueda establecer una plena automaticidad entre titularidad del dispositivo y facultad de comprobación de su contenido por parte del empleador. En efecto, de la propia literalidad de la norma resulta claro que el control lo es a los exclusivos fines de “controlar el cumplimiento de las obligaciones laborales” así como “de controlar la integridad de dichos dispositivos”. A tal efecto, debe tenerse en cuenta que tales dispositivos pueden ser utilizados no sólo a efectos de desarrollo de la prestación de servicios sino también a efectos personales, incluso que ese uso personal puede ser lícito.

No al caso la propia normativa establece la necesidad de que se establezcan protocolos de uso de los dispositivos electrónicos: “Los empleadores deberán establecer criterios de utilización de los dispositivos digitales respetando en todo caso los estándares mínimos de protección de su intimidad de acuerdo con los usos sociales y los derechos reconocidos constitucional y legalmente” (art. 87.3 Ley orgánica 3/2018). Por tanto, a través de esos protocolos debe precisarse, entre otros detalles, el posible uso o no de los dispositivos a efectos personales y si, tal como el precepto indica, el trabajador hace un uso personal de tales dispositivos debe quedar garantizada la intimidad del trabajador. Por ende, el control que puede realizar el empleador debe ser lo menos invasivo sobre la privacidad del trabajador, garantizando su intimidad. Naturalmente, ello no comporta que allí donde se haya autorizado el uso privado el empresario no pueda en modo alguno entrar a analizar dicho uso, pues aplicando el principio de proporcionalidad en ciertos casos el control puede venir justificado una vez más en la medida en que concurren previas sospechas objetivas de un uso privado indebido en el sentido de que el mismo implique incumplimientos de deberes contractuales en base en el ya mencionado deber de buena fe contractual.

El problema más agudo se puede plantear ante situaciones en las que el empleador no haya establecido los correspondientes protocolos de uso y, por ende, no haya expresa permisión ni prohibición de su uso para fines privados. La jurisprudencia en un principio estableció un a modo de expectativa de intimidad, que comportaba una imposibilidad de control del ordenador cuando no se había efec-

<sup>37</sup> Por todas, STC 241/2012, de 17 de diciembre, BOE 22 de enero de 2013, ECLI:ES:TS:2012:241. STS 8 de febrero de 2018, rec 1121/2015, ECLI:ES:TS:2018:594.

tuado una prohibición expresa de su uso para fines privados<sup>38</sup>, en tanto que cuando concurre dicha prohibición expresa desaparece tal expectativa y, por tanto, es lícito el control<sup>39</sup>; sin embargo, posteriormente matizó o corrigió la alternativa anterior, considerando que la mera tolerancia en el uso privado no comporta autorización para ello y que, por tanto, no concurre una expectativa de intimidad que impida el control empresarial<sup>40</sup>. A pesar de ello, ha de tenerse en cuenta que la imposición de la obligación de establecer los protocolos de uso de los dispositivos es posterior a la citada doctrina, incluso que la misma puede entenderse contradictoria con la doctrina *Barbulescu II*<sup>41</sup>.

Incluso en aquellas ocasiones en las que exista una expresa prohibición de uso privado de los dispositivos, no puede entenderse que con ello el empleador quede autorizado a un control total y en todo su contenido del uso realizado por el trabajador. Incluso en estos casos, el control ha de estar funcionalizado a la finalidad perseguida por el empleador y la tutela exclusivamente de sus intereses empresariales. El uso indebido no puede justificar una invasión en la privacidad del trabajador por la mera curiosidad del empleador de comprobar la actividad privada del empleado, sino que tiene que estar fundada en una concreta y predeterminada finalidad de tutela de sus intereses empresariales. En esta materia, una vez más, puede resultar decisiva la aplicación correcta del principio de proporcionalidad en la línea de permitir la medida menos invasiva posible siempre que con la misma se logre la finalidad perseguida por el empresario. Por ejemplo, si las sospechas fundadas con indicios objetivos del empleador alcanzan exclusivamente al hecho de que se puede estar produciendo un uso privado del dispositivo que puede comportar ausencia de dedicación a la actividad laboral durante el tiempo de trabajo o riesgos para la integridad del dispositivo por virus derivados del acceso a páginas no profesionales, puede bastar con que el empresario acceda sólo al tráfico del dispositivo sin necesidad de entrar en el control del contenido de los mensajes de carácter privado. Dicho a la inversa, sólo cuando sea necesario conocer el contenido de los mensajes, en la medida en que de ellos pueda comprobarse un incumplimiento de deberes contractuales más allá de que el empleado no estaba trabajando, con indicios suficientes de que ello se puede estar produciendo, sería lícito entender como correcto también el análisis de los contenidos.

Por último, las previsiones legales precedentes habilitadoras del control empresarial se contemplan exclusivamente para aquellos supuestos en relación con los “medios digitales facilitados a los trabajadores” (art. 87.2 Ley orgánica 3/2018).

<sup>38</sup> STS 26 de septiembre de 2007, rec. 966/2006; 8 de marzo de 2011, rec. 1826/2010, ECLI:ES:TS:2011:1323.

<sup>39</sup> STS 6 de octubre de 2011, rec. 4053, ECLI:ES:TS:2011:8876.

<sup>40</sup> STC 241/2012, de 17 de diciembre, BOE 22 de enero de 2013, ECLI:ES:TS:2012:241.

<sup>41</sup> STEDH 5 de septiembre de 2017, Caso *Barbulescu contra Rumania* ECLI: ECLI:CE:E-CHR:2017:0905JUD006149608

Sin embargo, en muchas ocasiones el trabajador aporta sus propios dispositivos, es habitual que a veces el empresario en el momento de la contratación del trabajador advierta al trabajador que debe trabajar con sus propios dispositivos e incluso que debe proceder a descargar en los mismos cierto tipo de aplicaciones informáticas en el ordenador o de comunicación en el móvil, que acaban convirtiéndose en herramienta decisiva para la ejecución del trabajo. Nada se dice, una vez más, por la norma respecto de estos supuestos, lo que no nos permite concluir que en tales casos el empleador no pueda en modo alguno controlar al trabajador vía sus propios dispositivos. Por mencionar un ejemplo claro, es posible que a través de un dispositivo titularidad del trabajador se instale en el mismo un sistema de geolocalización del mismo que tiene una utilidad decisiva para la gestión del trabajo por parte del empleador, constituyéndose al propio tiempo en herramienta de notificación de órdenes e instrucciones empresariales, como de control del cumplimiento de las mismas, lo que conduce igualmente a una cierta capacidad empresarial de comprobación de la conducta del trabajador vía sus propios dispositivos.

En este ámbito, de nuevo, sería conveniente que se establezcan protocolos que determinen los deberes asumibles por parte del trabajador cuando pone a disposición de la empresa la utilización de dispositivos propios, así como del margen de control que pueda llevar a cabo el empleador a través de los mismos. En todo caso, parece claro que el tratamiento en estos casos de dispositivos propios del trabajador no puede ser el mismo, en concreto no puede ser tan intenso como el que se autoriza cuando se trata de un dispositivo titularidad de la empresa puesto a disposición del trabajador. Para empezar, en estos casos desaparece por completo la posible justificación del dispositivo con la finalidad de “garantizar la integridad de dichos dispositivos”: el empresario carece de todo fundamento para garantizar la integridad de un bien que no le pertenece en modo alguno, sino que es titularidad del trabajador. De otro lado, tratándose de un dispositivo del trabajador, resultaría inaceptable que el empresario obligase a que el mismo fuese de uso exclusivamente profesional, por tanto siendo imposible que el empleador prohíba en estos casos su uso para fines personales. Más aún, ha de entenderse que el uso profesional es instrumental o secundario, de modo que el mismo tiene un carácter prevalentemente de uso personal. Desde luego, ello lleva a proscribir siempre y en todo caso que en estos supuestos el control pueda efectuarse de manera oculta por parte del empleador, debiendo informarse con claridad al trabajador de las consecuencias en este terreno del establecimiento de un sistema de control del trabajador a través de su propio dispositivo. Más aún, siendo un dispositivo de uso esencialmente personal, encontrándose siempre en posesión del trabajador, ha de entenderse que la capacidad de control por parte del empresario del mismo debe ser muy limitada, pues es mayor el riesgo invasivo en la esfera personal del trabajador. El empresario ya obtiene una importante ventaja económica derivada del uso de un dispositivo que pertenece al trabajador y, por tanto, debe asumir las consecuencias que ello

provoque en orden a dificultar el acceso a dichos dispositivos a los efectos de controlar el cumplimiento por parte del trabajador de sus obligaciones contractuales. Ni que decir tiene que con ello no queremos concluir en que en estos casos el empleador carezca de capacidad alguna de control del cumplimiento laboral del trabajador por medio de dispositivos propios, pero que los mismos se encuentran muy condicionados y sometidos a las premisas antes referidas.

# LAS FACULTADES DE CONTROL A DISTANCIA DEL TRABAJADOR: GEOLOCALIZADORES Y TACÓGRAFOS

SANTIAGO GONZÁLEZ ORTEGA

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*

Universidad Pablo de Olavide de Sevilla

**EXTRACTO**      **Palabras Clave:** Geolocalización, privacidad, juicio de ponderación, derechos de información

El artículo versa sobre la implantación empresarial de dispositivos de geolocalización del trabajador tanto a la luz de las resoluciones judiciales como del contenido de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales. Partiendo de la consideración indiscutible de los datos de localización como datos personales, el análisis se centra en las exigencias referidas a la licitud de la obtención y tratamiento de esos datos así como en la necesaria ponderación entre los intereses empresariales y los derechos fundamentales del trabajador, sea a la intimidad (art. 18.1 de la Constitución) sea a la particular libertad informática (art. 18.4 de la Constitución). Se consideran, en consecuencia, las diferentes hipótesis de confrontación entre la función de control de los dispositivos mencionados y la privacidad del trabajador, estableciendo en qué casos y bajo qué condiciones dicho control es legalmente posible; con una atención particular a los derechos de información fuertemente revalorizados por la normativa de protección de datos.

**ABSTRACT**      **Key Words:** Geolocation, privacy, balancing trial, information rights

The article deals with the business implementation of geolocation devices of the worker both in the light of judicial decisions and the content of Ley Orgánica 3/2018, of December 5, de Protección de Datos y Garantía de los Derechos Digitales. Starting from the unquestionable consideration of location data as personal data, the analysis focuses on the requirements related to the legality of obtaining and processing such data as well as the necessary balancing between business interests and the fundamental rights of the worker, either to privacy (art. 18.1 CE) or to particular computer freedom (art. 18.4 CE). Consequently, the different hypotheses of confrontation between the control function of the mentioned devices and the worker's privacy are considered, establishing in what cases and under what conditions such control is legally possible; with a particular attention to the information rights strongly revalued by the data protection regulations.

## ÍNDICE

1. DISPOSITIVOS DE GEOLOCALIZACIÓN Y TACÓGRAFOS: SU USO EMPRESARIAL
2. LOS DATOS DE UBICACIÓN Y DE MOVIMIENTO COMO DATOS PERSONALES PERTENECIENTES A LA ESFERA DE PRIVACIDAD DEL TRABAJADOR: SUS CONSECUENCIAS
  - 2.1. Los datos de geolocalización como datos personales a los efectos del RGPD y de la LO 3/2018
  - 2.2. De la intimidad a la privacidad
3. LOS DATOS DE GEOLOCALIZACIÓN DESDE LA PERSPECTIVA DEL DERECHO A LA INTIMIDAD Y AL RESPETO A LA VIDA PRIVADA DEL TRABAJADOR
  - 3.1. La tesis de la escasa conexión de los datos de geolocalización con la intimidad del trabajador
  - 3.2. La tesis de la jornada de trabajo y la prestación laboral como límites a la obtención de datos de geolocalización
  - 3.3. La tesis de la existencia de intimidad en el tiempo de trabajo que puede ser afectada por la obtención de datos de geolocalización
4. EL DEBER DE INFORMACIÓN COMO REQUISITO NECESARIO DE LA LICITUD TANTO DE LA OBTENCIÓN DEL DATO COMO DE SU TRATAMIENTO

### 1. DISPOSITIVOS DE GEOLOCALIZACIÓN Y TACÓGRAFOS: SU USO EMPRESARIAL

Según el apartado 9 del Anexo II (Definiciones) de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones, los datos de localización son: *“Cualquier dato tratado en una red de comunicaciones electrónicas o por un servicio de comunicaciones electrónicas que indique la posición geográfica del equipo terminal de un usuario de un servicio de comunicaciones electrónicas disponible para el público”*<sup>1</sup>. La información básica, pues, de un geolocalizador es de tipo geográfico ya que permite establecer en cada momento la posición del dispositivo electrónico de que se trate. Algo que puede obtenerse, bien incorporando el concreto sistema de geolocalización (un navegador o un GPS) a un elemento móvil (un vehículo o medio de transporte, por regla general), bien porque la aplicación geolocalizadora forma parte de un dispositivo electrónico móvil como un smartphone, una tablet o un ordenador portátil, bien, en fin, porque se trate de los llamados *wearable de-*

<sup>1</sup> La misma definición se encuentra en el art. 2 de la Directiva 2002/58/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio de 2002, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas (Directiva sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas), a la que se refiere el art. 95 del 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 datos personales y a la libre circulación de estos datos (norma a la que se hará referencia en lo sucesivo como RGPD). También en el art. 64, b) del Real Decreto 424/2005, de 15 de abril, por el que se aprueba el Reglamento sobre las condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de los usuarios.

*vice* (WD), es decir, dispositivos de geolocalización diseñados para ser llevados o vestidos tales como pulseras, relojes, prendas de vestir o de trabajo<sup>2</sup>. En todo caso, hay que subrayar que los datos suministrados por los geolocalizadores pueden ser muy variados y completos ya que no solo realizan la función básica de indicar la posición en cada momento del dispositivo (geolocalización estática), sino también sus movimientos, el trayecto realizado, el tiempo invertido en cada recorrido y el de espera (geolocalización dinámica); o, incluso, el tipo de conducción o el consumo de combustible, si se trata del uso de vehículos, o datos de lugar y de actividad en el caso de los teléfonos y de determinados WD<sup>3</sup>.

Por su parte, el tacógrafo es también un dispositivo electrónico que registra continuamente ciertos datos correspondientes al movimiento de un vehículo de transporte terrestre o ferroviario y que, pudiendo ser analógico, ha sido sustituido de forma generalizada por el tacógrafo digital el cual envía señales o datos que pueden ser recopilados y tratados informáticamente<sup>4</sup>. Mediante el tacógrafo se registran datos e incidencias producidas durante la conducción del vehículo tales como, entre otros, la distancia recorrida, el tiempo invertido, la velocidad promedio

<sup>2</sup> Sobre estos últimos dispositivos y su posible función geolocalizadora, entre otras, Mercader Uguina, J. *Protección de datos en las relaciones laborales*, Francis Lefevre, 2018, pp. 137-138. Para la función de geolocalización también pueden servir las redes wifi en la medida en que transmitan la posición de los dispositivos; los archivos electrónicos que se envían y que den datos de la ubicación del dispositivo; las estaciones base de telefonía que recogen constantemente la ubicación espacial de los teléfonos móviles; o, incluso, las propias direcciones IP de los ordenadores, debido a que la asignación de un número de IP se hace mediante criterios geográficos (Cabello Gil, L. “Geolocalización a través de direcciones IP”, *Revista de Derecho UNED*, 20/2017, p. 284). No obstante, estos sistemas de localización sirven esencialmente a otras finalidades tales como la seguridad pública y, en consecuencia, no se tendrán en cuenta en el presente trabajo. Un dispositivo peculiar, aunque también con función geolocalizadora se menciona en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia (STSJ, en adelante) de Cataluña, de 23 de mayo de 2013 (AS 2013/2445) en relación con un denominado acelerómetro instalado en los teléfonos móviles de los trabajadores de la sección de mantenimiento, consistente en un aparato electromecánico que permite convertir fenómenos físicos en señales, es decir, es un aparato que se encarga de captar el movimiento o la ausencia del mismo y que, en el caso, se complementaba con un GPS integrado en el teléfono.

<sup>3</sup> Así se evidencia en el caso juzgado por la STSJ 3058/2017, de Asturias, de 27 de diciembre (AS/2018/296), en cuyos hechos probados se establece que el dispositivo instalado por la empresa en los vehículos de la misma destinados al uso productivo (en el supuesto, tareas móviles de instalación y mantenimiento de sistemas de telecomunicación) tenía como funciones las siguientes: localización en tiempo real, visualización de trayectos con posición segundo a segundo, visualización de tramos conducidos con exceso de velocidad, detección del vehículo más cercano a un punto o calle, cuenta-kilómetros basado en un GPS y creación de alertas (hora de arranque y aparcamiento del vehículo, paradas no autorizadas, duración excesiva de las paradas y puntos de paso); todo lo cual permitía elaborar informes de distancia o por periodos, ralentí, itinerarios y su reconstrucción con duración y kilometraje así como recorridos efectuados fuera de horario, exceso de velocidad, número de paradas, duración y retrasos. Esto es, una información mucho más completa y precisa que la simple de ubicación física; aunque es obvio que las potencialidades de la aplicación pueden modularse y limitarse, lo que es esencial a la hora de establecer el equilibrio entre los intereses empresariales y los derechos fundamentales de los trabajadores.

<sup>4</sup> El uso de tacógrafos digitales es obligatorio para vehículos de transporte de más de 3.5 toneladas o que puedan transportar más de 9 personas y que se hayan matriculado a partir del 1 de enero de 2006, según lo establece el art. 3 del Reglamento (CEE) n° 3821/85 del Consejo, de 20 de diciembre de 1985, relativo al aparato de control en el sector de los transportes por carretera.



y máxima, las aceleraciones y frenadas bruscas o frenadas de pánico, las revoluciones por minuto, el tiempo al ralenti durante el cual el vehículo está detenido y con el motor encendido, o las interrupciones en la conducción. Como se ha indicado, su ámbito de actuación es más restringido ya que se limita a los vehículos terrestres tales como los automóviles, los vehículos de carga y de pasajeros, así como a los ferroviarios.

Sin duda que el recurso empresarial a este tipo de dispositivos puede tener una justificación organizativa, técnica o productiva en términos de eficiencia, de control y de seguridad. Es así respecto de prestaciones de servicios que se desarrollan fuera de los centros de trabajo para las que la utilización de geolocalizadores sirve para una mejor y más eficiente prestación laboral al permitir, por ejemplo, asignar tareas en razón de la situación concreta del trabajador por tratarse de destinatarios de servicios ubicados en su entorno (el supuesto de trabajadores dedicados a reparto, mantenimiento, reparación, instalación, entrega de productos o cualquier tipo de servicio técnico a prestar en el domicilio del cliente o en el lugar donde éste se encuentre)<sup>5</sup>. El conocimiento de la concreta ubicación del trabajador es igualmente útil en todas las actividades de transporte de mercancías o de pasajeros en la medida en que permite planificar la ruta a seguir, conocer las incidencias que puedan surgir en el trayecto y rediseñarlo en función de ellas, establecer su duración y ponerla en conocimiento del destinatario o cliente. Por otra parte, también puede ser útil y productivamente necesario conocer la ubicación de determinados trabajadores en relación con actividades que, no siendo estáticas en la medida en que carecen de un concreto lugar de trabajo, se desarrollan dentro de la empresa pero en centros muy grandes o con varias instalaciones separadas entre sí pero concentradas en un espacio geográfico; sirva el ejemplo de empresas con dependencias de gran dimensión como almacenes o depósitos, el trabajo en grandes obras de construcción o de infraestructura, o cuando el lugar exacto donde se presta el trabajo o el servicio puede variar constantemente como sucede con los trabajos de seguridad o de vigilancia.

A estas razones empresariales, vinculadas a la organización más eficiente del trabajo, se unen otras conectadas con un mejor control de la realización de la prestación laboral por parte del trabajador afectado. Una facultad que encuentra su fundamento no sólo en la libertad de empresa y en la defensa de la productividad (art. 38 de la Constitución Española, CE) sino, más concretamente, en el art. 20.3 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el

<sup>5</sup> A este respecto cabe resaltar la absoluta trascendencia que el conocimiento de la concreta ubicación del trabajador tiene en relación con la prestación de servicios a través de las plataformas digitales las cuales asignan los trabajos en razón de la posición del trabajador y su mayor o menor cercanía respecto del cliente ya se trate de servicios de transporte, en sus varias modalidades, o de entrega de productos de diverso tipo. Lo mismo sucede con los servicios de urgencia o de emergencia en los que la rapidez de la atención depende de la cercanía geográfica del trabajador al solicitante del servicio; el ejemplo de la asistencia en carretera de los titulares de un seguro que comprenda esta prestación, sea de reparación o de traslado mediante grúas al taller más cercano, es tópico.

Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (ET, en lo sucesivo) al que se remite el art. 90 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales (LO 3/2018, en lo sucesivo), justamente dedicado al tema de la geolocalización en el ámbito laboral. En consecuencia, la geolocalización, sobre todo cuando más que la mera ubicación proporciona informaciones adicionales en relación con el trayecto, el tiempo invertido, los tiempos de inactividad, parada o de espera, el consumo e incluso tipo de conducción si se trata de vehículos, constituye una forma de control a distancia de la prestación laboral en los numerosos casos en los que la supervisión personal directa es inviable, muy dificultosa o productivamente menos eficiente o más costosa. Un control similar al que los tacógrafos permiten.

Finalmente, los sistemas de geolocalización sirven igualmente para funciones de seguridad, tanto del vehículo y sus pasajeros como del dispositivo móvil de que se trate, frente a accidentes, pérdidas, robos u otras incidencias similares. Efectivamente, la identificación precisa de trayecto y lugar concreto hace más eficaz y pronta la prestación de servicios de asistencia o de reparación de cualquier tipo, así como de seguimiento y recuperación del vehículo o del dispositivo. Razones de seguridad relacionadas con el tráfico son igualmente las que justifican la implantación del tacógrafo; de aquí su obligatoriedad por la existencia de intereses generales a los que ese control satisface y respecto de los que la empresa es codefensora forzosa en relación con el comportamiento de sus trabajadores. Por último, el reclamo a la seguridad también puede hacerse respecto de trabajadores particularmente expuestos como es el caso de los que prestan servicios de seguridad o en condiciones de trabajo especialmente arriesgadas o singulares, en relación con los cuales conocer su ubicación concreta y su recorrido puede ser un factor adicional de seguridad.

## **2. LOS DATOS DE UBICACIÓN Y DE MOVIMIENTO COMO DATOS PERSONALES PERTENECIENTES A LA ESFERA DE PRIVACIDAD DEL TRABAJADOR: SUS CONSECUENCIAS**

Que el recurso a los dispositivos de geolocalización y a los tacógrafos tenga una evidente utilidad empresarial, e incluso un fundamento constitucional y legal, no significa, obviamente, que su uso sea libre y que, en el caso de la empresa, puedan instalarse sin ningún tipo de motivación adicional, requisito o cortapisa. Dejando al margen los supuestos en los que esa instalación es obligatoria (el tacógrafo en ciertas circunstancias, como se ha dicho<sup>6</sup>), lo cierto es que la implantación y uso de tales herramientas empresariales tiene límites derivados de su condición

<sup>6</sup> En cuyo caso los requisitos de uso y sus limitaciones vendrán reguladas por las normas que establecen su obligatoriedad; de manera que el equilibrio entre los intereses públicos (a los que pueden

de datos vinculados con la persona del trabajador y que pueden calificarse como informaciones cuya obtención y uso empresarial digitalizado pueden invadir su esfera personal de reserva, de privacidad o de intimidad tutelada por el art. 18 de la Constitución Española.

A esta conclusión se llega esencialmente como consecuencia de la aplicación de la normativa de protección de datos que ha contribuido de forma directa a ampliar y mejorar la protección de los derechos reconocidos por el art. 18 CE sobre la base de la mayor potencialidad lesiva para la privacidad del trabajador del acceso a los datos referidos a su persona cuando, siendo la aportación esencial de las tecnologías de la información, esos datos se acumulan y combinan permitiendo obtener de forma instantánea un perfil del trabajador compuesto por una serie de informaciones respecto de comportamientos, actividades, hábitos, actitudes, relaciones y contextos que es indiscutible que, en cuanto caracterizadoras de su personalidad, pertenecen al espacio de su vida privada. Para lo que dicha normativa especializada ha introducido un referente determinador de su campo de aplicación que no es otro que el muy amplio concepto de “dato personal”<sup>7</sup>.

## **2.1. Los datos de geolocalización como datos personales a los efectos del RGPD y de la LO 3/2018**

Aunque podría sostenerse que los datos proporcionados por los dispositivos de geolocalización y por los tacógrafos no son, en principio y de forma directa, datos personales ya que se refieren a la ubicación y al movimiento del propio dispositivo, sin embargo, la amplia definición de dato personal permite concluir lo contrario. Así lo justifica la mención expresa a los datos de localización contenida en el art. 4 RGPD, en la medida en que se trata de datos que permiten la identificación de una persona concreta, vinculando a ella la información de ubicación, movimiento y actividades que tales datos reflejan. Y lo da por descontado, sin mayores precisiones y respecto de los trabajadores asalariados, el ya citado art. 90 LO 3/2018, el cual somete a las reglas de la norma, que tiene como objetivo el tratamiento de los datos personales, los datos de los trabajadores obtenidos mediante sistemas de geolocalización.

La calificación como dato personal de los logrados a través de mecanismos

asociarse los de tipo empresarial) y los derechos fundamentales del trabajador se establece, en principio, por la propia norma legal.

<sup>7</sup> En concreto, el art. 4.1 del RGPD establece que serán datos personales: “*toda información sobre una persona física identificada o identificable («el interesado»); añadiendo que “se considerará persona física identificable toda persona cuya identidad pueda determinarse, directa o indirectamente, en particular mediante un identificador, como por ejemplo un nombre, un número de identificación, datos de localización, un identificador en línea o uno o varios elementos propios de la identidad física, fisiológica, genética, psíquica, económica, cultural o social de dicha persona”.*

de geolocalización (y también mediante los tacógrafos que cumplen, como se ha visto, una función similar) se fundamenta, según se ha dicho, en el hecho de la vinculación del dispositivo con una persona concreta. Lo que, en principio, puede hacerse a través de los títulos de propiedad o de uso del vehículo en el que va incorporado el dispositivo o del dispositivo mismo, títulos que harán relativamente fácil identificar al usuario. Algo que, específicamente en el terreno laboral, queda además facilitado en la medida en que el vehículo es una herramienta de trabajo, bien asignada al trabajador por la empresa o bien destinada, si es del propio trabajador, a tareas laborales por acuerdo de las partes, lo que permite identificar al trabajador concreto responsable de ese uso. También cuando el dispositivo móvil con sistemas de geolocalización es proporcionado al trabajador por la empresa, o, siendo privado, es utilizado a efectos laborales, basándose el proceso de identificación en el hecho de que tales dispositivos suelen acompañar y estar permanentemente a disposición de sus usuarios, no siendo habitual, por razones de defensa de la privacidad, que se presten a otros. En todo caso, la identificación personal es directa porque existe una orden empresarial de uso laboral de tales dispositivos, circunstancia que hace inmediata esa identificación. En consecuencia, todos los datos proporcionados por un geolocalizador o un tacógrafo deben ser considerados datos personales<sup>8</sup>, mucho más cuando se trata de trabajadores en el desempeño de sus tareas.

La aceptación de que los datos de localización son datos personales<sup>9</sup> y que, en principio, pertenecen a la esfera privada del trabajador les garantiza la tutela que le ofrecen tanto el RGPD como la LO 3/2018. Se trata de normas que giran en torno a la idea de tratamiento que viene definido por el art. 4.2 del RGPD como: *“cualquier operación o conjunto de operaciones realizadas sobre datos personales o conjuntos de datos personales, ya sea por procedimientos automatizados o no, como la recogida, registro, organización, estructuración, conservación, adaptación o modificación, extracción, consulta, utilización, comunicación por transmisión, difusión o cualquier otra forma de habilitación de acceso, cotejo o interconexión, limitación, supresión o destrucción”*.

Las garantías establecidas en las normas citadas rigen ciertamente en relación

<sup>8</sup> Batuecas Caletro, A. “Intimidad personal, protección de datos personales y geolocalización”, *Derecho Privado y Constitución*, 29/2015, pp. 48-54; en igual sentido, Mercader Uguina, cit. p. 127 y Baz Rodríguez, J. “La Ley Orgánica 3/2018 como marco embrionario de garantía de los derechos digitales laborales. Claves para un análisis sistemático”. *Trabajo y Derecho*, 54/2019, p. 21, citando en el mismo sentido al Dictamen del Grupo 29 (GT29), creado por la Directiva 95/46/CE, del Parlamento y del Consejo, de 24 de octubre de 1995 sobre la base del art. 29, 5/2005, de 25 de noviembre de 2005, sobre usos de los datos de geolocalización con vistas a prestar servicios con valor añadido. Un Grupo que ha dejado de ser activo desde mayo de 2018.

<sup>9</sup> Incluso cuando los datos solo reflejen información obtenida en tiempo de trabajo y sobre circunstancias relacionadas con la actividad laboral (en contra, STSJ de Cataluña 1706/2012, de 5 de marzo) ya que las normas de protección de datos no diferencian, a efectos del tratamiento, qué origen tienen esos datos, qué naturaleza ostentan y respecto de qué funciones se han obtenido, siendo en todo caso datos personales.

con lo que podría llamarse tratamiento en sentido estricto, comprensivo de todas las operaciones descritas por el art. 4.2 y que se conectan con medidas como, entre otras, las relacionadas con la transparencia y la información, los derechos de acceso, revocación, rectificación o supresión, con los elementos mínimos de seguridad de los sistemas, con la identificación de responsables, encargados y delegados así como el reparto de responsabilidades entre ellos, con la intervención de tutela de organismos públicos nacionales y comunitarios y con el conjunto de infracciones y sanciones en el caso de violación de esos derechos.

Pero también afectan al momento inicial del tratamiento como es el de la recogida u obtención de los datos que queda sujeto a lo establecido en el art. 5.1, b) RGPD (Principios relativos al tratamiento) donde se establece que los datos personales deberán ser recogidos “... *con fines determinados, explícitos y legítimos*...”; no pudiendo ser “... *tratados ulteriormente de manera incompatible con dichos fines*...”. De manera que los datos personales que el geolocalizador proporciona pueden ser obtenidos siempre que se someta la medida al criterio de que su recogida esté basada en fines determinados (es decir, concretos y precisos) que, además de ser explícitos (explicación que está a cargo del sujeto interesado en obtenerlos, aquí el empresario), deben ser legítimos (esto es, estar suficientemente justificada su obtención en razón de los intereses empresariales, no lesionando, o haciéndolo solo parcialmente y en la menor medida posible, otros derechos o intereses que se confronten con ellos y de los que sea titular el trabajador). Es decir que, previamente al tratamiento en sí de los datos personales, ha de dilucidarse cuáles y en qué circunstancias pueden ser legítimamente obtenidos. Y, de poder serlo, será un tratamiento, lícito en el momento de la recogida, cuya licitud se proyecta sobre el tratamiento digitalizado; licitud inicial que, de no existir, haría siempre en cambio ilegítimo dicho tratamiento.

A lo anterior contribuye el art. 6 RGPD referido, precisamente, a la licitud del tratamiento y a las causas o circunstancias que lo avalan, cuando menciona, entre otras<sup>10</sup>, el que el tratamiento sea necesario “... *para la ejecución de un contrato en el que el interesado es parte*...” (letra b). Se trata de una referencia que ha de matizarse en relación con lo que se entienda necesario para la ejecución de un contrato, cuestión que no ha de resolverse exclusivamente en la lógica de la utilidad empresarial; de manera que no todos los datos que puedan ser necesarios en cuanto útiles y convenientes para el desarrollo y la ejecución del contrato de trabajo pueden ser, por esta exclusiva razón, obtenidos y, posteriormente, tratados. Por el contrario, la necesidad, para ser legítima, ha de hacerse compatible con otros intereses y derechos como así lo pone en evidencia el mismo art. 6 (letra f) cuando

<sup>10</sup> Necesidad del tratamiento para el cumplimiento de una obligación legal aplicable al responsable del tratamiento (letra c), con la finalidad de proteger intereses vitales del interesado u otra persona física (letra d), o para el cumplimiento de una misión realizada en interés público o en ejercicio de poderes públicos atribuidos al responsable del tratamiento (letra e). Justificaciones presentes, por ejemplo, en el caso del tacógrafo obligatorio.

señala que la necesidad del tratamiento (y su licitud) respecto de la satisfacción “... de intereses legítimos perseguidos por el responsable del tratamiento o por un tercero...”, podrá existir salvo que “...sobre dichos intereses no prevalezcan los intereses o los derechos y libertades fundamentales del interesado que requieran la protección de datos personales...”.

Es decir que la licitud del tratamiento (entendido éste en sentido amplio comprendiendo también la recogida de la información) de los datos de geolocalización solo existirá tras una confrontación entre las necesidades derivadas de la ejecución del contrato de trabajo, de la satisfacción de los intereses legítimos perseguidos por el responsable empresarial y de la existencia de obligaciones legales a su cargo (el caso del tacógrafo), de una parte, y los intereses, derechos y libertades fundamentales del trabajador, de otra, que puedan quedar afectados desde el momento en que se trata de datos personales.

Esta es una de las consecuencias positivas, desde el punto de vista de la defensa de los derechos fundamentales del trabajador, de la vigencia del bloque de normas dedicadas a la protección de datos ya que, orientadas particularmente a la protección del dato en cuanto al tratamiento en sentido estricto, han establecido un criterio de selección muy amplio del objeto como es el concepto de dato personal del que solo se exige que sirva para identificar a una persona. Pero, al ser un dato personal y cualquiera sea su naturaleza, queda sujeto por esta razón a las exigencias del RGPD y de la LO 3/2018 en cuanto a la recogida u obtención del dato. De manera que, desde el punto de vista del RGPD y de la LO 3/2018, no hay diferencia en cuanto a la protección dedicada al conjunto de datos personales. Y será solamente cuando se dilucide la licitud del tratamiento y se haga un juicio de ponderación entre intereses empresariales y derechos del trabajador cuando pueda atenderse, si acaso, a las distintas clases de datos personales o, más específicamente, a su relación más o menos directa con la intimidad tutelada por el art. 18.1 CE<sup>11</sup>.

## 2.2. De la intimidad a la privacidad

A la conclusión anterior también se llega en virtud de una ampliación del concepto mismo de intimidad o, cuando menos, de la expansión de los instrumentos de tutela de la misma hacia otros datos constitutivos de la vida privada del trabajador; expansión en la que ha jugado un papel determinante precisamente la normativa de protección de datos.

Es indudable que, cuando se habla de datos personales, se está haciendo referencia también a los que pueden calificarse como datos íntimos. Se trata de un

<sup>11</sup> Acerca de este impacto positivo de las normas de protección de datos, Molina Navarrete, C. “Saber es poder: conectividad empresarial, geolocalización (GPS) y autodeterminación digital del trabajador”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social* (CEF), 419/2018, pp. 140-141.

concepto limitativo, dentro del más amplio de datos personales, que se encuentra, por ejemplo, en la Sentencia del Tribunal Constitucional (STC, en adelante) 292/2000, de 30 de noviembre. Según esta Sentencia, los datos íntimos se refieren a informaciones relacionadas con las dimensiones más reservadas de la vida personal y familiar y que, siendo la expresión más clara y directa de la personalidad del sujeto, éste quiere y tiene derecho, con base en el art. 18.1 CE, a “...excluir del conocimiento ajeno y de las intromisiones de terceros en contra de su voluntad...” (en el mismo sentido, la STC 144/1999, de 22 de julio). Lo que, según el TC (citando, entre otras, a las STC 134/1999, de 15 de julio, 144/1999, de 22 de julio y 115/2000, de 10 de mayo) el art. 18.1 CE confiere al sujeto es el “...poder jurídico de imponer a terceros el deber de abstenerse de toda intromisión en la esfera íntima de la persona y la prohibición de hacer uso de lo así conocido...”. Un tipo de datos que pueden identificarse con los que el art. 9, tanto del RGPD como de la LO 3/2018, califican como “categorías especiales de datos personales”, consistentes en los que “... revelen el origen étnico o racial, las opiniones políticas, las convicciones religiosas o filosóficas, o la afiliación sindical, y el tratamiento de datos genéticos, datos biométricos dirigidos a identificar de manera unívoca a una persona física, datos relativos a la salud o datos relativos a la vida sexual o las orientaciones sexuales de una persona física...”<sup>12</sup>. Una categoría especial de datos, por cierto, aunque nada puede excluirse, a los que es difícil adscribir los derivados de los sistemas de geolocalización salvo cuando, abarcando momentos externos a la jornada de trabajo, revelan dimensiones o aspectos de la vida íntima del trabajador

Sin embargo, existen otros datos, dentro de los datos personales, que, formando parte del halo de la personalidad del individuo, tienen una relación menos directa con la intimidad pero cuya adquisición y tratamiento permiten ofrecer una imagen o perfil del sujeto. Son informaciones que se integran en el espacio inter-

<sup>12</sup> Datos que, en principio, no pueden ser tratados y, en consecuencia, tampoco obtenidos, salvo las numerosas excepciones que se contienen en el propio art. 9 RGPD entre las que cabe destacar, además de cuando existe consentimiento del trabajador (algo que la LO 3/2018, en su art. 9 y merced a la autorización establecida en el RGPD al respecto, ha hecho irrelevante al impedir que el solo consentimiento del afectado sea suficiente para levantar la prohibición de tratamiento, art. 9), cuando el tratamiento “es necesario para el cumplimiento de obligaciones y el ejercicio de derechos específicos del responsable del tratamiento o del interesado en el ámbito del Derecho laboral y de la seguridad y protección social, en la medida en que así lo autorice el Derecho de la Unión de los Estados miembros o un convenio colectivo con arreglo al Derecho de los Estados miembros que establezca garantías adecuadas del respeto de los derechos fundamentales y de los intereses del interesado”; cuando es preciso para proteger intereses vitales del interesado o de otra persona física; cuando se refiere a datos personales de este tipo a los que el interesado ha dado publicidad manifiesta; cuando es necesario para el ejercicio de acciones de reclamación o de tutela judicial; cuando el tratamiento es necesario por razones de un interés público esencial; cuando es necesario “para fines de medicina preventiva o laboral, evaluación de la capacidad laboral del trabajador, diagnóstico médico, prestación de asistencia o tratamiento de tipo sanitario o social, o gestión de los sistemas y servicios de asistencia sanitaria y social”; o, en fin, cuando el tratamiento es necesario por razones de interés público relacionados con la salud pública. Tratamiento que, una vez más, el RGPD recuerda que “... debe ser proporcional al objetivo perseguido, respetar en lo esencial el derecho a la protección de datos y establecer medidas adecuadas y específicas para proteger los intereses y derechos fundamentales del interesado”.

medio entre vida íntima y vida pública y que viene ocupado por la vida privada del sujeto, constituyendo toda una constelación de informaciones que, aislada o combinadamente, hacen posible acceder a dimensiones, actividades o aspectos personales que constituyen el ámbito de privacidad del sujeto. Algo que, justamente las innovaciones tecnológicas en el ámbito digital, entre ellas los datos de geolocalización, propician de una forma cada vez más invasiva.

Puede decirse, por tanto, que los datos personales comprenden tanto el círculo más cerrado de protección, como es el relativo a los datos íntimos que configuran la identidad más privada del sujeto, como también otras dimensiones de la persona como son sus ocupaciones, actividades, aficiones, relaciones sociales, hábitos y pautas de comportamiento que los datos de geolocalización, junto a otros obtenidos por ejemplo mediante sistemas de grabación de imágenes o de sonidos y conversaciones, pueden poner de manifiesto. Lo anterior provoca que, en alguna medida, el derecho a la intimidad se transmute en un derecho fundamental a la privacidad en la medida en que los datos derivados de la vida privada del sujeto se consideren vinculados, solos o de forma conjunta, con la intimidad misma, aunque no formen parte del núcleo irreductible de la misma.

La proyección de la tutela de la intimidad sobre los datos personales, incluidos los de geolocalización, en el sentido de requerir una justificación suficiente para recabarlos y tratarlos, está favorecida por el art. 8 de la Convención Europea para la protección de los derechos humanos y las libertades públicas (CEDH), de 14 de noviembre de 1950, al establecer como derecho fundamental el de toda persona al respeto a su vida privada y que la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (STEDH), de 2 de septiembre de 2010 (Caso Uzun contra Alemania)<sup>13</sup> considera “...una noción amplia, que no se presta a una definición exhaustiva”, ya que, “...El artículo 8 protege principalmente el derecho a la identidad y al desarrollo personal, así como el derecho de todo individuo de empezar y desarrollar relaciones con sus semejantes y el mundo exterior. Existe pues una zona de interacción entre el individuo y terceros, que aun en un contexto público, puede competir a la vida privada...”.

Por esta razón, el concepto de la intimidad tutelada por el art. 18.1 CE se ha ido ampliando hacia datos que integran, más que la estricta intimidad, otras dimensiones de la vida privada del sujeto. O, cuando menos, se ha proyectado la tutela de la intimidad, y con iguales garantías instrumentales en cuanto al momento de su recogida, sobre dimensiones de la vida del trabajador que pertenecen a su ámbito de privacidad<sup>14</sup>. Algo que confirma el TC (Sentencia 202/1999, de 8 de noviembre, entre otras muchas), al sostener que “...si bien hemos afirmado en alguna ocasión

<sup>13</sup> JUR\2010\301139, en un caso de instalación de geolocalizadores por la policía con la finalidad de investigar un delito.

<sup>14</sup> Superando las limitaciones del derecho a la intimidad cuando se confronta con el derecho fundamental (autónomo según la misma STC 292/2000) a la protección de datos, como así lo señala



*que los hechos referidos a las relaciones sociales y profesionales en que el trabajador desempeña su actividad no se integran, en principio, en la esfera privada de la persona (...) no es menos cierto que también hemos matizado esa afirmación inicial señalando que no cabe ignorar que, mediante un análisis detallado y conjunto de esos hechos, es factible en ocasiones acceder a informaciones atinentes a la vida íntima y familiar del trabajador que pueden resultar lesivas del derecho a la intimidad personal protegido por el art. 18.1 CE... ”<sup>15</sup>.*

Y a lo que han contribuido sin duda las normas relativas a la protección de datos, hoy condensadas en el RGPD y en la LO 3/2018, las cuales, merced a la amplitud del concepto de dato personal como objeto de tratamiento, exigen que cualquier dato personal, en la medida en que, con carácter general, puede afectar a la intimidad personal (lo que puede incluir sin duda a los datos de geolocalización), solo pueda ser obtenido, y tratado, cuando existan razones empresariales atendibles, adecuadas y proporcionales que justifiquen la invasión empresarial en la privacidad del trabajador.

Por este motivo destaca la STC 292/2000 “...*la singularidad del derecho a la protección de datos, pues, por un lado, su objeto es más amplio que el derecho a la intimidad, ya que el derecho fundamental a la protección de datos*

la STC 292/2000, al indicar que: “...*Sin necesidad de exponer con detalle las amplias posibilidades que la informática ofrece tanto para recoger como para comunicar datos personales ni los indudables riesgos que ello puede entrañar, dado que una persona puede ignorar no sólo cuáles son los datos que le conciernen que se hallan recogidos en un fichero sino también si han sido trasladados a otro y con qué finalidad, es suficiente indicar ambos extremos para comprender que el derecho fundamental a la intimidad (art. 18.1 CE) no aporte por sí sólo una protección suficiente frente a esta nueva realidad derivada del progreso tecnológico...*”. O que “...*el reconocimiento (en el art. 18 CE) de los derechos a la intimidad y al honor en el apartado inicial (...) no ofrecían garantías suficientes frente a las amenazas que el uso de la informática podía entrañar para la protección de la vida privada...*”. De manera que “...*el constituyente quiso garantizar mediante el actual art. 18.4 CE no sólo un ámbito de protección específico sino también más idóneo que el que podían ofrecer, por sí mismos, los derechos fundamentales mencionados en el apartado 1 del precepto...*”. Un plus de garantía que se materializa en la facultad de control asociada al derecho fundamental autónomo de libertad informática, o de autogestión informativa, establecido en el art. 18.4 CE. Sobre estas limitaciones del apartado 1 del art. 18 CE, Molina Navarrete, cit. pp. 140-141.

<sup>15</sup> Añadiendo que el derecho fundamental a la intimidad incluye, “...*tendiendo en especial al elemento teleológico que la proclamación de este derecho fundamental incorpora, la protección de la vida privada como protección de la libertad y de las posibilidades de autorrealización del individuo...*” Lo que alcanza “...*tanto a la intimidad personal stricto sensu, integrada, entre otros componentes, por la intimidad corporal (SSTC 37/1989, fundamento jurídico 7º; 137/1990, fundamento jurídico 10º; 207/1996, fundamento jurídico 3º) y la vida sexual (STC 89/1987, fundamento jurídico 2º), como a determinados aspectos de la vida de terceras personas que, por las relaciones existentes, inciden en la propia esfera de desenvolvimiento del individuo (SSTC 231/1988, fundamento jurídico 4º y 197/1991, fundamento jurídico 3º). Por lo que se refiere a los hechos referidos a las relaciones sociales y profesionales en que el trabajador desarrolla su actividad, si bien no se integran en principio en la esfera privada de la persona (STC 142/1993, fundamento jurídico 7º y ATC 30/1998, fundamento jurídico 2º), sin embargo no cabe ignorar que, mediante un análisis detallado y conjunto de los mismos, es factible en ocasiones acceder a informaciones atinentes a la vida íntima personal y familiar (STC 142/1993, fundamento jurídico 8º), en cuyo ámbito se encuentran, sin duda, las referencias a la salud...*”. En la misma línea y en relación con la videovigilancia, la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Gran sala), de 17 octubre 2019, en el asunto López Ribalda y otros contra España (Jur\2019\289974).

*extiende su garantía no sólo a la intimidad en su dimensión constitucionalmente protegida por el art. 18.1 CE, sino a lo que en ocasiones este Tribunal ha definido en términos más amplios como esfera de los bienes de la personalidad que pertenecen al ámbito de la vida privada, inextricablemente unidos al respeto de la dignidad personal... (...). Añadiendo que "...El derecho fundamental a la protección de datos amplía la garantía constitucional a aquellos de esos datos que sean relevantes para o tengan incidencia en el ejercicio de cualesquiera derechos de la persona, sean o no derechos constitucionales y sean o no relativos al honor, la ideología, la intimidad personal y familiar a cualquier otro bien constitucionalmente amparado..."*

La protección de los datos personales, establecida en el art. 18.4 CE, refuerza por tanto la dispensada desde el art. 18.1 CE en relación con el derecho fundamental a la intimidad. Si no equiparándola, al menos extendiendo hacia el conjunto de los datos personales, catalogándolos como pertenecientes a la vida privada del individuo y, en consecuencia, integrantes de su privacidad, las formas de tutela prevista para los datos más íntimos. Si bien variando su intensidad en función de la relación más o menos directa existente entre el dato y el núcleo de la intimidad del trabajador. Algo que afecta, sin duda, a los datos de geolocalización. Así debe ser entendida la identificación hecha por el art. 90 LO 3/2018, específicamente dedicado a la geolocalización, del derecho fundamental a preservar como el de intimidad<sup>16</sup>, ya que igualmente indica que la obtención de este tipo de datos, debiendo ser siempre funcionales al ejercicio de las potestades de control de la empresa (de aquí la cita expresa del art. 20.3 ET), será legítima "*siempre que estas funciones (de*

<sup>16</sup> Art. 90 LO 3/2018: "*Derecho a la intimidad ante la utilización de sistemas de geolocalización en el ámbito laboral. 1. Los empleadores podrán tratar los datos obtenidos a través de sistemas de geolocalización para el ejercicio de las funciones de control de los trabajadores o los empleados públicos previstas, respectivamente, en el artículo 20.3 del Estatuto de los Trabajadores y en la legislación de función pública, siempre que estas funciones se ejerzan dentro de su marco legal y con los límites inherentes al mismo. 2. Con carácter previo, los empleadores habrán de informar de forma expresa, clara e inequívoca a los trabajadores o los empleados públicos y, en su caso, a sus representantes, acerca de la existencia y características de estos dispositivos. Igualmente deberán informarles acerca del posible ejercicio de los derechos de acceso, rectificación, limitación del tratamiento y supresión". La referencia a la intimidad como el derecho fundamental a tutelar se encuentra en todos los artículos de la LO 3/2018 relativos a la protección de datos y el uso de dispositivos electrónicos por parte de los trabajadores en cuanto herramientas de trabajo y también como por parte del empresario para finalidades de control. Así sucede con el art. 87, referido al uso de dispositivos digitales en el ámbito laboral que menciona repetidamente el derecho a la intimidad como el derecho fundamental a proteger. Sin embargo, el art. 89, en cuanto al uso de dispositivos de videovigilancia y de grabación de sonidos en el lugar de trabajo, que también se encabeza con la mención al derecho a la intimidad, se recoge lo establecido en el art. 90 en lo que hace al hecho de que las funciones de control deben ejercitarse dentro del marco legal y con los límites inherentes a las mismas; lo que remite a un juicio de ponderación que afecte a los datos personales. Más clara es la privacidad, tal y como se identifica en el texto, en el art. 88, referido a la desconexión digital y que, en puridad, no tiene una relación directa con la problemática del tratamiento de datos ya que con ella lo que se pretende es proteger la intimidad personal y familiar así como el derecho al descanso y a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral de la persona trabajadora que pueden quedar afectadas, de una forma particularmente agresiva, mediante el uso empresarial de herramientas digitales de comunicación; de aquí seguramente su inclusión en el texto de la LO 3/2018, aunque, en realidad, podría igualmente haber quedado incluida en el propio ET.*

control instrumentada a través de la obtención del dato y su posterior tratamiento) *se ejerzan dentro de su marco legal y con los límites inherentes al mismo*<sup>17</sup>.

Lo anterior reclama unos referentes de juicio y de valoración que no se encuentran esencialmente ni en el RGPD ni en la LO 3/2018 sino en los intereses y derechos que puedan quedar afectados en el proceso de obtención del dato. Que, por lo dicho, no es solo el derecho a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen sino, más ampliamente, a la reserva de todo dato mediante el cual se pongan de manifiesto hábitos, comportamientos, actitudes personales, relaciones y actividades; es decir, circunstancias que pertenecen al espacio de privacidad que debe ser tutelado frente a invasiones no consentidas. Mucho más cuando el hecho de que tales datos personales puedan ser tratados digitalmente incrementa la agresividad de la obtención del dato en la medida en que ese tratamiento puede contribuir de forma decisiva, merced a su capacidad de acumulación y de combinación de la información, a ofrecer una imagen, extremadamente detallada de la persona de que se trate. Imagen que, así obtenida, invade sin duda los espacios protegidos por el derecho a la intimidad, o si quiere, de la vida privada. Todo ello como una manifestación de respeto al más genérico valor de la dignidad humana, constitucionalmente reconocido en el art. 10 CE como soporte y condensación de todos los derechos fundamentales, al que precisamente se refiere el art. 20.3 ET como aparentemente el único límite a la facultad de control por parte del empresario.

La ponderación anterior es necesaria, por tanto, siempre que lo que se recaben sean datos personales, incluidos los datos de localización. Así lo reclama la STC 202/1999, antes citada, sosteniendo que “...*para comprobar si una medida restrictiva de derechos fundamentales supera el juicio de proporcionalidad, es necesario constatar si cumple los tres requisitos o condiciones siguientes, si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto, juicio de idoneidad; si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia, juicio de necesidad; y, finalmente, si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto, juicio de proporcionalidad...*”.

<sup>17</sup> De esta forma debe ser también entendida la referencia a la intimidad del art. 20 bis ET (añadido precisamente por la LO 3/2018) señalando el derecho de los trabajadores a la misma en relación con el entorno digital.

### **3. LOS DATOS DE GEOLOCALIZACIÓN DESDE LA PERSPECTIVA DEL DERECHO A LA INTIMIDAD Y AL RESPETO A LA VIDA PRIVADA DEL TRABAJADOR**

El primer momento de tutela de los datos de geolocalización, directamente relacionado con la obtención misma del dato, es la exigencia de una justificación empresarial suficiente del conjunto de formas de control que la empresa pretende establecer; para valorar en qué medida esa intromisión en la privacidad del trabajador está suficientemente motivada. Lo cual, y respecto de los datos de geolocalización, significa que habrá de procederse a un juicio de razonabilidad atendiendo a los criterios ya consolidados por el TC de la necesidad, la adecuación, la subsidiariedad y la proporcionalidad en sentido estricto de la medida empresarial<sup>18</sup>. Y solo tras esa valoración, que debe hacerse atendiendo a las características concretas y específicas de la medida de control, de su alcance, de su duración y de su justificación laboral, de su naturaleza más o menos invasiva, y de la posibilidad de que existan otros medios menos lesivos para la privacidad de lograr los objetivos productivos o de control, podrá aceptarse o rechazarse su práctica.

En definitiva, los datos recopilados deben limitarse a lo necesario para lograr la finalidad empresarial y la captación de información debe adecuar su contenido y forma con el concreto objetivo perseguido; en el entendido de que el recurso a modos de control de los trabajadores, como la geolocalización, no puede ser un objetivo en sí mismo, sino exclusivamente una consecuencia indirecta de una medida necesaria e imprescindible para garantizar el funcionamiento eficiente de la empresa y para proteger la producción, la salud y la seguridad.

No obstante, y aunque los datos de ubicación física y de movimiento del trabajador son datos personales, el grado de agresividad de los sistemas de geolocalización respecto de la vida privada del trabajador depende directamente de qué se considere que son los datos obtenidos y, sobre todo, de su vinculación, más o menos lejana o directa, con la intimidad personal.

#### **3.1. La tesis de la escasa conexión de los datos de geolocalización con la intimidad del trabajador**

Es lo que refleja una determinada orientación jurisprudencial que tiende a considerar plenamente legítimo, recurriendo para ello a los habituales apoyos constitucionales y legales (arts. 38 CE y 20.3 ET), el interés empresarial, ya sea debido a razones organizativas o de control de los trabajadores, de recabar datos de ubicación y de actividad a través de los dispositivos de geolocalización, siempre que esos datos

<sup>18</sup> Mercader Uguina, cit. p.127; Baz Rodríguez, cit. p. 22

se limiten a informaciones de carácter laboral o vinculadas de forma directa con la prestación del trabajo. Tras esta posición late sin duda la convicción de una escasa potencialidad lesiva para la privacidad del trabajador de los datos de geolocalización en la medida en que se limitan a señalar la posición y el recorrido del vehículo o de la persona o reflejan de forma indirecta las actividades laborales desempeñadas o no hechas, por lo que su captación no supone ninguna invasión desmesurada de la intimidad del trabajador que requiera una particular justificación. De aquí que se acepten razones muy someras para considerar legítima su obtención y tratamiento

De este modo la fundamentación empresarial se hace casi prescindible puesto que basta con argumentar mínimamente la conveniencia empresarial del dato para que su obtención se dé por legítima<sup>19</sup>. Sin que se descienda a valorar en profundidad el alcance de la medida de control, el tipo de dato, la información que se obtiene y las consecuencias de su tratamiento poniéndolo en conexión con el concreto y específico interés empresarial a tutelar y valorando si, por su naturaleza y alcance, la pretensión empresarial debe tener pese a todo, y en qué medida, forma y duración, preferencia sobre el derecho del trabajador a la tutela de su privacidad.

Es el caso, por ejemplo, de la STSJ de Galicia 668/2014, de 17 enero (AS/2014/637), para la cual el control empresarial mediante GPS es respetuoso con la dignidad y la intimidad del trabajador en la medida en que “...*en ningún momento el GPS instalado en el coche de la empresa tiene por objeto captar imágenes íntimas de los trabajadores sino facilitar el control, incluso en beneficio de la propia seguridad de los trabajadores...*”. De lo que se deduce que los datos de geolocalización se consideran fuera del ámbito de la intimidad y, al ser banalizados solo como datos personales pero no íntimos, se minusvalora la intrusión que los mismos suponen respecto de la intimidad personal, no siendo en la práctica ningún obstáculo real que oponer frente a la justificación empresarial de la medida de organización y de control. De esta forma la ponderación entre el interés empresarial y el derecho fundamental del trabajador se decanta fácilmente hacia el lado empresarial cuya pretensión solo encuentra como límite unos datos cuya relevancia para la intimidad, aun siendo datos personales, la Sentencia devalúa haciéndolos más fácilmente obtenibles.

En un sentido similar se pronuncia la STSJ de Cataluña, 1706/2012, de 5 marzo (AS\2012\996) para la que “...*La instalación por parte de la empresa de*

<sup>19</sup> STSJ de Galicia, 2348/2017, de 26 abril (JUR/2017\125997) y STSJ de Valencia, 1165/2017 de 2 mayo (JUR/2017\221347) la cual justifica la instalación de geolocalizadores considerando que “...*no se vulneró el derecho a la intimidad del trabajador; puesto que la instalación del dispositivo de localización y control del vehículo es una medida proporcional para que la empresa pudiese controlar el destino de sus vehículos y el modo de prestación del servicio por unos comerciales que pasaban buena parte de su jornada fuera de su centro de trabajo. De este modo, el uso de medios de geolocalización debe estar relacionado con la actividad de la empresa y el trabajador (en este caso, como comercial), y tener una finalidad específica, en el caso de autos, como elemento de valoración, ante las quejas de clientes de la empresa sobre la falta de atención o retrasos por parte del trabajador como encargado de atenderlos...*”.

*un dispositivo GPS en un vehículo propio que pone a disposición del trabajador para realizar su trabajo con la finalidad de comprobar donde se encuentra el vehículo durante el tiempo en que el trabajador lo utiliza dentro de su jornada laboral, no es propiamente una recogida de datos de carácter personal que pueda afectar a la intimidad del trabajador, sino un medio de vigilancia y control para comprobar que el mismo cumple sus obligaciones laborales...*". Es decir, una especie de legitimación por sí mismos de los instrumentos de control empresarial por el hecho de serlo toda vez que, en puridad, los datos que se obtienen y tratan tienen una connotación personal limitada y, en consecuencia, una relación con la intimidad muy debilitada.

No obstante, también existen ejemplos en los que los tribunales proceden a realizar el juicio de ponderación con todas sus consecuencias reclamando de la empresa una justificación pormenorizada del tipo de control, de sus características y de su finalidad respecto de necesidades organizativas, productivas o de vigilancia de la prestación laboral. Así lo hace, por ejemplo, la STSJ 53/2018, de 26 de enero, de las Islas Canarias (AS/2019/822), la cual, en el caso de un conductor-limpiador que es despedido a consecuencia de la información generada por un GPS instalado en el smartphone entregado por la empresa que detecta incumplimientos laborales repetidos, aplica el llamado "test Barbulescu"<sup>20</sup> según el cual, al margen de la cuestión del derecho de información que se afrontará en el epígrafe siguiente, se pregunta sobre el alcance y consecuencias del control, sobre el grado de intrusión en la vida privada del trabajador, sobre la justificación empresarial de dicho control y sobre su carácter imprescindible o necesario. En una línea semejante se pronuncia la Sentencia de la Audiencia Nacional (SAN) 13/2019, de 6 de febrero (AS/2019/905).

### **3.2. La tesis de la jornada de trabajo y la prestación laboral como límites a la obtención de datos de geolocalización**

La lasitud en cuanto al tratamiento de los datos de geolocalización encuentra, sin embargo, un límite como es el establecido por la invasión mediante dicha información en los tiempos y actividades privadas del trabajador; algo que dichos sistemas pueden hacer si la información que proporcionan se refieren a movimientos y actividades fuera de la jornada o del lugar de la prestación laboral. En estos casos se entiende que esa invasión conecta de forma directa los datos de geolocalización con la intimidad del trabajador que se vería afectada por ese control externo al trabajo, debiendo ser defendida en cuanto revela datos que son, o deben ser, irrelevantes respecto de la prestación laboral.

<sup>20</sup> Establecido por la STEDH de 5 de septiembre de 2017, en el caso Barbulescu contra Rumanía respecto de un sistema de control del uso de internet por parte del trabajador.

Así lo entiende la STSJ de Asturias (3058/2017, de 27 de diciembre, AS/2018/296), la cual, aceptando la existencia de facultades empresariales que implican introducir límites a los derechos fundamentales, indica que “...*Cuando finaliza la jornada laboral o acaba el tiempo de trabajo, dichas facultades empresariales desaparecen y el contrato de trabajo deja de constituir el vínculo entre las partes que ampara el poder de la demandada para imponer las medidas implantadas de captación y tratamiento de datos...*”. Pero, y lo que es más relevante, se considera que el tratamiento del dato es igualmente ilegítimo incluso cuando los trabajadores, como parte del contrato, se hacen cargo de los vehículos puesto que “...*la protección por la empresa de sus bienes y el control del uso que de ellos se haga una vez terminada la jornada de trabajo no constituye una excepción a la vigencia de la indicada regla general...*”. Aunque en este punto la Sentencia abra la problemática, al pronunciarse en sentido positivo, de si el consentimiento prestado por el trabajador a ese control fuera del tiempo de trabajo basta para legitimar la recogida del dato; o, si por el contrario, la evidente desigual posición frente a la empresa hace que ese consentimiento deba ser irrelevante<sup>21</sup>.

En este sentido se pronuncia la STSJ de Cataluña, de 23 de mayo de 2017, para la que la instalación de un dispositivo de geolocalización en el teléfono móvil de los trabajadores constituye una invasión de la intimidad personal en cuanto que debían llevarlo no solo en tiempo de trabajo sino también a su domicilio considerando que “...*la intromisión en lo que es la esfera de la vida privada y familiar de los trabajadores que se produce cuando finaliza la jornada laboral y continúan (los trabajadores) con esa obligación de tener ambos dispositivos con la batería cargada para que puedan cumplir su finalidad en la jornada laboral, que no es sino un control y fiscalización del trabajo a través de los citados dispositivos...*”. Una invasión de la intimidad, en consecuencia, no suficientemente justificada por el hecho de la suscripción del contrato (y del consentimiento que con ello se presta a las condiciones de trabajo establecidas) frente a la cual han de articularse mecanismos de desconexión durante los tiempos privados que aparecen como la alternativa a un control que carece de legitimidad<sup>22</sup>.

<sup>21</sup> A ello contribuye, como se ha dicho, el art. 9 del RGPD (y el mismo art. de la LO 3/2018) al rechazar el valor del consentimiento a la hora de permitir a un tercero la obtención y el tratamiento de los datos íntimos, categoría que adquieren los datos de geolocalización cuando se toman fuera de las coordenadas de lugar y, sobre todo, tiempo de trabajo.

<sup>22</sup> Con un resultado similar pero con motivaciones diferentes, basándose ahora en la desproporción del control (al entender que existían medidas alternativas menos invasoras de la intimidad) pero también en el hecho de que la empresa no proporcionaba la herramienta de control al trabajador sino que éste tenía que aportar un teléfono móvil de su propiedad, con conexión a internet, debiendo proporcionar a la empresa datos de carácter personal como el número de teléfono o el correo electrónico, se pronuncia la ya citada SAN 13/2019, de 6 de febrero, comentada por Martínez Moya, J. “El derecho a la protección de datos personales y sistema de geolocalización impuesto por la empresa a los trabajadores-repartidores”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, 1/2019. Sin que tampoco el exclusivo fundamento de la seguridad de los bienes sea tan relevante como para justificar la obtención del dato de geolocalización en tiempo privado ya que, finalmente, la encomienda al trabajador de una herramienta empresarial cuya custodia tiene que asumir fuera de las horas de trabajo no es sino una alternativa

Lo anterior trae a colación el tema de si la legitimidad del control se refuerza por el hecho de que el instrumento de que se trate, dotado de esa función geolocalizadora, haya sido proporcionado por la empresa y a su costa; lo que, por otra parte, es lógico dados los intereses a los que sirve. En estos casos, lo habitual es que la empresa, en cuanto titular del dispositivo, exija que se haga un uso laboral de la herramienta de trabajo, imponiendo al trabajador reglas rígidas como es la prohibición absoluta de un uso privado o particular, tanto dentro como fuera de la jornada de trabajo<sup>23</sup>. La cuestión es si, justamente para controlar el uso exclusivamente laboral del dispositivo, el control empresarial puede invadir espacios de privacidad del trabajador de forma que su intimidad desaparezca tanto en la obtención de datos por el geolocalizador durante el tiempo de trabajo como, en virtud de la prohibición, fuera de él.

Puede discutirse, no obstante, que la prohibición absoluta de un uso privado permita el control de su utilización en todas las circunstancias por parte de la empresa, entendiéndose que, advertidos los trabajadores de la existencia del dispositivo e informados de la prohibición de un uso privado, el propio control eficaz del respeto de la prohibición legitima una invasión permanente de la privacidad del trabajador funcionando no solo durante la jornada de trabajo sino también fuera de ella. La función de control del uso del dispositivo no requiere necesariamente la invasión en la parte privada de la vida del trabajador, particularmente siempre que existan otros métodos menos lesivos para garantizar ese uso exclusivamente productivo y formas, igualmente menos invasivas, para controlar que la prohibición se respeta<sup>24</sup>.

Un rechazo que es mucho más contundente si se permite un uso privado, incluso en el tiempo de trabajo, debiendo quedar a voluntad del trabajador producir la desconexión del geolocalizador en esos tiempos en los que tiene primacía la vida privada a la que puede ser funcional el uso del dispositivo que lleva acoplado el

empresarial cuyo coste, sea económico u organizativo, en cuanto decisión de la empresa, ésta debe asumir y no descargarlo sobre los trabajadores a costa de su vida privada.

<sup>23</sup> Como sucede con los vehículos o los teléfonos. Cuando, por el contrario, la empresa acepta el uso privado es evidente que las informaciones obtenidas durante ese uso pertenecen, por definición, a la esfera de la privacidad del trabajador más directamente relacionada con la intimidad por lo que ninguna invasión empresarial es tolerable debiendo desactivarse de forma automática o por decisión del trabajador cuando se vaya a proceder a ese uso privado. Una información, por cierto, que ya releva comportamientos del trabajador pero que es inevitable precisamente para garantizar su intimidad.

<sup>24</sup> Hay que subrayar que, en este caso, no se trata de controlar la actividad laboral del trabajador sino solo que no hace uso de las herramientas de trabajo fuera de la jornada y al margen del cumplimiento de obligaciones laborales. Para lo que, en el caso de vehículos, referencias como los kilómetros recorridos (sin indicación de lugares de partida o destino) o el consumo de carburante, pueden servir; o la inserción de dispositivos de desconexión automática vinculados a la jornada de trabajo o puestos a disposición del trabajador que deberá activarlos al finalizar su actividad laboral. Cuestión distinta es si se permite esa invasión en el caso de que existan sospechas fundadas de que el trabajador está haciendo un uso inadecuado de las herramientas de trabajo; lo que, de aceptarse, solo es posible a partir del cumplimiento de las preceptivas obligaciones de información por parte del empresario aun en estos casos y siempre que la captación de esa información tenga determinados límites que se abordarán en el siguiente epígrafe.



geolocalizador. En todo caso, los confines de los tiempos privados de uso deben establecerse muy detalladamente ya que constituye la frontera en la que el control mediante geolocalizador pasa de ser un instrumento legítimo en manos de la empresa, aun a costa de un recorte de la privacidad del trabajador, para convertirse en una lesión del derecho a la privacidad y a la intimidad del sujeto.

En definitiva, si incluso cuando la prohibición es absoluta es rechazable que el geolocalizador esté conectado de forma permanente, tanto durante la jornada como fuera de ella, cuando se permita un uso privado, dentro o fuera de la jornada, ese control no puede implantarse ya que se trata de tiempos en los que el geolocalizador deberá estar inactivo. Entendiéndose, en caso contrario, una invasión de la intimidad desproporcionada que no se justifica solamente por razones de seguridad.

### **3.3. La tesis de la existencia de intimidad en el tiempo de trabajo que puede ser afectada por la obtención de datos de geolocalización**

Por lo que se acaba de decir, solo si los instrumentos de geolocalización tienen una connotación laboral (lo que incluye que sean proporcionados por la empresa) y no invaden de manera alguna los espacios de privacidad o de intimidad del trabajador, puede estar justificado su uso y, en consecuencia, pueden instalarse, recoger datos y tratarlos de forma legítima sin que el trabajador pueda oponerse a ello ni a las consecuencias que de la obtención y tratamiento de esos datos se derivan. Naturalmente siempre que el juicio previo de ponderación haya sido favorable a los intereses de la empresa y se cumplan las exigencias informativas de que se hablará ahora<sup>25</sup>.

Con lo anterior se traza así una división rigurosa entre tiempos privados y tiempos laborales, no tolerándose el uso de geolocalizadores para invadir los primeros. Ciertamente, las resoluciones anteriores significan un avance en la medida en que son rigurosas a la hora de tutelar los espacios de intimidad y privacidad del trabajador, excluyéndolos del control mediante geolocalizadores. Pero también tienen una consecuencia no tan positiva. Y es que, si tales instrumentos se han proporcionado por el empresario y se deben usar exclusivamente para una finalidad productiva y en conexión directa con el lugar y el tiempo de trabajo, se tiende a pensar que todo tipo de control en ese tiempo está justificado. Esto es, que tratándose de datos con una clara y directa connotación laboral, por funcionalidad y momento de la obtención, no hay motivo para rechazar la legitimidad de su tratamiento. De nuevo opera aquí un concepto reductivo de la intimidad, que se asocia a actividades fuera del tiempo y lugar de trabajo, concluyéndose en consecuencia que en el tiempo de trabajo no existe ningún espacio para la intimidad o para la privacidad.

<sup>25</sup> Sobre estos temas, Baz Rodríguez, cit. pp. 24-25.

No obstante, un pequeño paso en sentido contrario de objetar la legitimidad absoluta del control en el tiempo de trabajo lo dan algunas resoluciones judiciales que aceptan que la intimidad también puede quedar afectada por datos obtenidos durante el trabajo, particularmente cuando se refieren a situaciones en las que la imbricación entre vida privada y trabajo es fuerte. Como sucede con la STSJ de Madrid 260/2014, de 21 de marzo (AS/2014/823), la cual, en un caso de un vehículo cedido al trabajador para uso exclusivamente profesional, entendió que, si el vehículo solo podía ser utilizado por el trabajador “... y, además, debía permanecer siempre bajo su custodia, mantenimiento y cuidado, cuantos datos se conecten a su manejo y, por ende, a su localización y desplazamientos fuera del centro de trabajo (...), todo ello hace posible obtener una información que refleja “... la forma de proceder del usuario, que no es otro que el conductor; permitiendo de este modo conocer en todo momento durante su uso parcelas de la vida del trabajador que por muy imbricadas que estén en el desarrollo de la relación laboral con la empresa inciden potencialmente en la esfera de su derecho a la intimidad personal...”. Es decir, posible lesión de la intimidad en la medida en que el control laboral afecta a comportamientos privados pero que son relevantes para la prestación laboral.

Una tesis que también asume la STSJ de Madrid 739/2014, de 29 septiembre (AS\2014\2981), en la que, en un supuesto de una trabajadora a la que se pone a disposición un vehículo para su uso exclusivamente profesional dotado de un sistema de geolocalización, considera que “... aunque la recurrente cedió a la trabajadora para uso exclusivamente profesional el vehículo de referencia que, además debía permanecer siempre bajo su custodia, mantenimiento y cuidado, todos los datos que se refieren a su utilización, localización y desplazamientos fuera del centro de trabajo (...) planean sobre la forma de actuar de la trabajadora (...) permitiendo acceder de este modo en todo momento durante su uso determinadas parcelas de la vida de la misma por muy relacionadas que estén en el desarrollo de la relación laboral y que inciden en la esfera de su derecho a la intimidad personal...”.

Se trata, sin embargo, de una posición minoritaria frente a la generalizada convicción de que, tratándose de informaciones con una adecuada justificación empresarial, la captación y el tratamiento de los datos son perfectamente legítimos y superan las exigencias del juicio de ponderación en cuanto a la necesidad y proporcionalidad de la medida. En gran parte porque funciona la idea preconcebida de que los datos así obtenidos no inciden sino mínimamente en el espacio de la intimidad o de la privacidad del trabajador. Sólo de forma excepcional, como sucede con controles exorbitantes, excesivos o desproporcionados, la medida de control, aunque de carácter exclusivamente laboral, supone una intromisión en la intimidad del trabajador. Lo contrario llevaría a analizar si, incluso cuando se trata de una herramienta de aplicación exclusiva en el ámbito laboral, también deben ser tenidas en cuenta las circunstancias en que ese control tiene lugar tutelando, cuando sea

necesario, las parcelas de privacidad que también existen en los lugares y tiempos de trabajo. Pero es un enfoque que no tiene una particular acogida en las resoluciones judiciales referidas al control mediante herramientas de geolocalización.

#### **4. EL DEBER DE INFORMACIÓN COMO REQUISITO NECESARIO DE LA LICITUD TANTO DE LA OBTENCIÓN DEL DATO COMO DE SU TRATAMIENTO**

Sin duda alguna una de las consecuencias de la aplicación de las normas de protección de datos ha sido la de revalorizar y reforzar el derecho a la información que ostentan los titulares de los datos y que, al tener que producirse en el momento previo a la obtención de los mismos, lo convierten en un requisito necesario para la licitud de la recogida y del tratamiento del dato. Según estas normas, ningún dato personal, lo que incluye a los datos de geolocalización, puede ser lícitamente recogido si esa recogida no está precedida de la observancia correcta del deber de información que pesa sobre el empresario. Así lo prevé el art. 90.2 de la LO 3/2018 exigiendo que la empresa informe, “...*de forma expresa, clara e inequívoca*...” a los trabajadores, no solo acerca de la existencia y características de los dispositivos sino también de los derechos de acceso, de rectificación, de limitación del tratamiento y de supresión de los datos. Una información que el art. 90 establece que debe darse también a los representantes de los trabajadores, aunque, no haciéndolo un derecho pleno, indique que la misma solo se dará a esos representantes, “...*en su caso*...”. Lo que, sin duda, remite a los derechos de información establecidos en el art. 64 ET, particularmente en el apdo. 5, f) cuando se refiere a la obligación empresarial de informar sobre la implantación de sistemas de organización y control del trabajo<sup>26</sup>.

Ya en el contexto de normas anteriores sobre protección de datos, numerosas resoluciones judiciales han venido articulando y consolidando ese derecho a la información, considerando nulos los dispositivos de control establecidos por la empresa basándose esencialmente en el hecho de que el empresario no ha proporcionado a los trabajadores afectados información suficiente acerca de la existencia del control y de sus características. Es el caso de la STSJ de Andalucía 2307/2017, de 19 de julio (AS/2017/1847), para la que el derecho a la información en una especie de compensación por la posibilidad empresarial de introducir sistemas de control geográfico en cuanto ejecución del contrato suscrito sin necesidad de requerir el consentimiento del trabajador, que afirma: “...*En el ámbito laboral el*

<sup>26</sup> Un derecho que el art. 10.3 de la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de libertad sindical extiende a los delegados sindicales y que la propia negociación colectiva puede establecer precisando contenido, caracteres, momento, periodicidad y formas de esa información así como los destinatarios de la misma.

*consentimiento del trabajador pasa, por tanto, como regla general a un segundo plano pues el consentimiento se entiende implícito en la relación negocial, siempre que el tratamiento de datos de carácter personal sea necesario para el mantenimiento y el cumplimiento del contrato firmado por las partes..”, añadiendo, “... Ahora bien, aunque no sea necesario el consentimiento en los casos señalados, el deber de información sigue existiendo, pues este deber permite al afectado ejercer los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición y conocer la dirección del responsable del tratamiento o, en su caso, del representante...”.*

También la STSJ de Castilla-La Mancha, 715/2014, de 10 de junio (AS/2014/1619), la cual se remite a la STC 29/2013, de 11 de febrero, que indica que el interés privado del empresario no puede justificar que el tratamiento de datos sea empleado en contra del trabajador “...sin una información previa sobre el control laboral puesto en práctica...”, ya que “...No hay en el ámbito laboral, por expresarlo en otros términos, una razón que tolere la limitación del derecho de información que integra la cobertura ordinaria del derecho fundamental...(..); por lo que será necesaria “...una información previa y expresa, precisa, clara e inequívoca a los trabajadores de la finalidad de control de la actividad laboral a la que esa captación podía ser dirigida. Una información que debía 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 podían utilizarse para la imposición de sanciones disciplinarias por incumplimientos del contrato de trabajo...”. Concluyendo la STSJ de Castilla-La Mancha que: “...resulta claro que no existió la adecuada información, en los términos de claridad y suficiencia que son exigibles a los efectos de evitar actuaciones sorpresivas, y que en todo caso, no consta la existencia de la expresa autorización del trabajador, que no puede ser objeto de seguimiento durante todos los días de su vida laboral, y tanto durante la jornada como fuera de ella...”.

La exigencia de una información concreta y precisa acerca del dispositivo de geolocalización y de su funcionalidad productiva, organizativa y de control, y de sus consecuencias, ofrecida como compensación a la ausencia de consentimiento, no permite, sin embargo, considerar que toda captación de los datos de que se trata es lícita con la sola condición de que se haya informado previamente de ella. Porque no se trata de una condición, superada la cual, toda captación de datos es lícita, sino un requisito previo necesario para proceder, si cumplido, al juicio de ponderación que es preciso realizar en todo caso frente a la causa de justificación alegada por el empresario.

La afirmación del derecho de información no puede eludir el inevitable juicio, evidentemente muy casuístico, acerca del contenido de la información, si completa o parcial, si suficientemente expresiva de las funcionalidades del control, si clara en cuanto al alcance del control, sus utilidades y consecuencias y si razonablemente

relacionada con los intereses empresariales igualmente merecedores de tutela<sup>27</sup>. Con la consecuencia de que, si la información se considera defectuosa, no se entenderá cumplido el requisito y la obtención del dato y su tratamiento serán juzgados ilegítimos. Un déficit que está esencialmente relacionado con la instalación misma del dispositivo, o con funciones de control que se mantienen ocultas, o con el alcance y características de la medida y las razones empresariales que las justifican de forma directa y necesaria. En todo caso, lo que parece obvio es que la forma de proporcionar la información se requiere que sea individualizada, expresa, concisa, clara y accesible en relación con la finalidad del dispositivo; excluyendo, por tanto, informaciones implícitas, tácitas, fragmentadas, escasas, incompletas o de difícil acceso y comprensión<sup>28</sup>.

A estos efectos y para precisar el contenido de la información que ha de proporcionarse puede servir lo establecido en el art 13 RGPD respecto de la información que ha de facilitarse al titular de los datos cuando se obtengan del interesado. Un precepto muy amplio en el que se señalan los datos que constituyen el contenido mínimo del derecho a la información de entre lo que puede destacarse, al margen de todos los referidos al tratamiento en sentido estricto, lo relativo a los fines del tratamiento. Es decir, concreta utilidad empresarial de las medidas de control y de su alcance y consecuencias.

Lo anterior no elude los casos, ya apuntados antes, en los que el control de los datos de geolocalización tiene la finalidad de verificar situaciones de incumplimiento contractual por parte del trabajador de las que existen sospechas. En estos supuestos se justifica a veces la ausencia de información en la finalidad del control del trabajador a partir de la existencia de indicios negativos acerca del correcto cumplimiento laboral, razonando que la comunicación de la existencia de un sistema de control haría inútil el propio sistema al estar advertidos los trabajadores de la existencia del mismo, basándose su eficacia indagatoria en el hecho de ser un procedimiento oculto. Y, aunque esa función controladora no informada se entiende que no queda justificada solamente por el interés empresarial en la eficacia de la medida, existen determinadas circunstancias en las que, si bien por lo que hace a los sistemas de videovigilancia y ante sospechas fundadas de incumplimiento, se admite un control puntual y limitado pese a que el trabajador no haya sido informado<sup>29</sup>. Algo semejante

<sup>27</sup> Una referencia acerca de las distintas posiciones de los tribunales de suplicación en torno a las características que debe reunir la información y la valoración de la proporcionada como suficiente se encuentra en Molina Navarete, cit. pp. 141-142, mencionando desde las que se apoyan en un supuesto conocimiento presunto del trabajador respecto del uso del dispositivo, hasta las que afirman la necesidad de una información directa, personal y específica, siendo estas últimas las que mejor respetan el espíritu y la letra del RGPD (arts. 13 y 14) y de la LO 3/2018 (art. 11).

<sup>28</sup> En este sentido, Rojas Rosco, R. y López Carballo, D. “El impacto del RGPD en el ámbito del control laboral y la era de la innovación”, *Actualidad Civil*, 5/2018, número dedicado a la “Protección de datos: entre el RGPD y la nueva LOPD”, p. 17

<sup>29</sup> STC 186/2000, de 10 de julio; o, con una información extraordinariamente sumaria (STC 36/2016, de 3 de marzo).

a lo que sostiene la STSJ de Galicia, 3031/2014, de 16 de junio que argumenta la suficiencia de la justificación empresarial afirmando que “...*Finalmente, tampoco parece razonable que la empresa, ante la comisión de faltas laborales, desvele las medidas de control y de seguridad tendentes a prevenir a disuadir o a posibles infractores, cuando se refieren a vigilancia sobre mercancías, que pueden ser susstraídas, o localización de vehículos en sus rutas laborales en un ámbito que no se puede considerar de intimidad o privacidad o de estricto control de una persona con un fin ilegal...*”.

Se tolera así un control de naturaleza no general, de espacios concretos y con una duración limitada; respetuoso de la exigencia de proporcionalidad respecto del fin perseguido y el derecho constitucional lesionado; imprescindible en cuanto no existe otra alternativa de detección de las irregularidades; sobre la base de sospechas razonables en relación con hechos concretos constitutivos de una infracción grave; con independencia de que exista un doble sistema de control, uno conocido y otro oculto; pudiendo sustituir la información personalizada por otra dirigida a los representantes o mediante fórmulas menos exigentes mediante carteles informativos o sistemas semejantes<sup>30</sup>.

Atendiendo no obstante a la regulación contenida en la LO 3/2018, nada se dice al respecto en el art. 90. Solo el art. 89 LO 3/2018, relativo al uso de dispositivos de videovigilancia y de grabación de sonidos en el lugar de trabajo, se refiere, aunque de forma indirecta, a esta hipótesis cuando establece que “...*En el supuesto de que se haya captado la comisión flagrante de un acto ilícito por los trabajadores o los empleados públicos se entenderá cumplido el deber de informar cuando existiese al menos el dispositivo al que se refiere el artículo 22.4 de esta ley orgánica...*”. Lo que, pudiendo aplicarse de forma analógica a los controles de geolocalización, no autoriza directamente, como excepción al deber de información, ni siquiera los casos en los que el control es puntual y dirigido a confirmar sospechas de incumplimiento laboral<sup>31</sup>; pero sí legítima la obtención del dato mediante una información indudablemente menos rigurosa y precisa que la que se exige normalmente.

En efecto, lo que el art. 22.4 de la LO 3/2018 dice es que, el deber de información establecido en el art. 12. RGDP, queda cumplido “...*mediante la colocación de un 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 artículos 15 a 22 del Reglamento (UE) 2016/679. También podrá incluirse en el dispositivo informativo un código de*

<sup>30</sup> Rojas Rosco y López Carballo, cit. pp. 12-15, que se hacen eco de la STEDH, de 9 de febrero de 2018, en el Asunto López Ribalda que, en un caso de videovigilancia oculta ante sospechas de robo, ha sostenido, de conformidad con la legislación española, la necesidad, en todo caso, de una información previa de la existencia de tal sistema de control.

<sup>31</sup> Baz Rodríguez, cit., pp. 22-24.

*conexión o dirección de internet a esta información*”. Es decir, unas obligaciones de información evidentemente elementales y que permiten acceder y tratar datos personales, en este caso imágenes y sonido pero también datos de geolocalización, tanto si los datos se obtienen de forma habitual o si se trata de controles de comprobación de incumplimientos laborales<sup>32</sup>. Otra cosa es qué tipo de información se considera suficiente, debiendo recordarse al efecto la muy discutible STC 39/2016, de 3 de marzo, que consideró suficiente información en un supuesto de los descritos la instalación de un distintivo en el escaparate de una tienda para legitimar el control de las trabajadoras de la misma por entenderse que se habían cumplido las obligaciones informativas.

32 Sin llegar a la conclusión de Rojas Rosco y López Carballo, en el sentido de que la previsión de la LO 3/2018 deja abierta la posibilidad de una videovigilancia sin necesidad de información previa. En este sentido, es importante tener en cuenta la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Gran sala), de 17 octubre 2019, en el asunto **López Ribalda** y otros contra España (Jur\2019\289974), la cual remite a un juicio de ponderación de los tribunales nacionales el considerar si la ausencia de información constituye o no una lesión del derecho a la preservación de la vida privada, aceptando que pueda ser suficiente el que se haya informado de la existencia de sistemas de videovigilancia ya que con ello queda socavada la confianza de los trabajadores en la ausencia total de control, entendiéndose, por tanto, que la información de la implantación de tales sistemas hace lícita la obtención de las informaciones, sea a través de cámaras visibles u ocultas.

# LAS FACULTADES DE CONTROL A DISTANCIA DEL TRABAJADOR: VIDEOVIGILANCIA Y GRABACIÓN DEL SONIDO

FEDERICO NAVARRO NIETO

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*  
Universidad de Córdoba

**EXTRACTO**      **Palabras Clave:** poder de control, intimidad, privacidad del trabajador, videovigilancia y grabación del sonido

El estudio se centra en el uso de dispositivos audiovisuales como medio de control empresarial de la actividad laboral en la empresa y el marco jurídico de tutela de la privacidad del trabajador. Se analiza el relevante papel de la jurisprudencia del TEDH y nuestra jurisprudencia interna en la construcción de dicho marco jurídico. Finalmente, se aborda el estudio del RGPD y las previsiones de la vigente LOPD sobre el uso de los dispositivos audiovisuales de control.

**ABSTRACT**      **Key Words:** Geolocation, privacy, balancing trial, information rights

The study focuses on the use of audiovisual devices as a means of business control of the work activity in the company and the legal framework for the protection of the worker's privacy. It analyses the relevant role of the case-law of the ECHR and our internal case-law in the construction of that legal framework. Finally, the GDPR study and the current LOPD's forecasts on the use of audiovisual control devices are addressed.



## ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. EL TRATAMIENTO DE LOS SISTEMAS AUDIOVISUALES DE VIGILANCIA EN LA DOCTRINA CONSTITUCIONAL Y LA JURISPRUDENCIA ORDINARIA
3. LA STEDH (GRAN SALA) 17-10-2019, *ASUNTO LÓPEZ RIBALDA*
4. EL TRATAMIENTO DE LOS SISTEMAS AUDIOVISUALES DE VIGILANCIA LABORAL EN EL RGPD DE 2016 Y EN LA LOPD DE 2018
5. EL PAPEL REGULADOR DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y EL DERECHO DE INFORMACIÓN Y CONSULTA DE LOS REPRESENTANTES DE LOS TRABAJADORES

### 1. INTRODUCCIÓN

El uso de dispositivos audiovisuales como medio de control empresarial de la actividad laboral en la empresa contrapone el derecho empresarial de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales (art. 20.3 ET), como concreción del derecho empresarial de organización del trabajo en la empresa, amparado constitucionalmente por la libertad de empresa (art. 38 CE), con el derecho del trabajador al respeto de su intimidad (art. 18.1 CE), y, en el caso de las grabaciones de audio, con el derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE). De hecho, históricamente éste es uno de los primeros ámbitos de confrontación entre el poder de control empresarial mediante nuevas tecnologías y la esfera personal del trabajador. También está fuera de toda duda que las imágenes o sonidos grabados en un soporte físico constituyen un tratamiento de datos de carácter personal que queda integrado en la cobertura del art. 18.4 CE (STC 29/2013).

Es evidente, por otro lado, la imbricación entre el derecho a la intimidad y a la protección de datos. Es constatable con frecuencia la alegación ante los tribunales de ambos derechos frente a las prácticas empresariales de videovigilancia<sup>1</sup>. La imbricación de ambas perspectivas constitucionales se plasma de forma sintética en el nuevo art. 20 bis ET, que recoge el derecho de los trabajadores a “la intimidad frente al uso de dispositivos de videovigilancia y geolocalización en los términos establecidos en la legislación vigente en materia de protección de datos personales”. Actualmente, la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (LOPD) contempla el tratamiento de datos a través de la videovigilancia mediante una regulación general recogida en el art. 22 LOPD, que se remite al art. 89 de la misma Ley para el

<sup>1</sup> Es un ejemplo la STEDH 9-1-2018, *asunto López Ribalda*, donde la demanda por videovigilancia irregular toma como fundamento el derecho al respeto de la vida privada, *ex art. 8 CEDH*, aunque en su fundamentación jurídica el TEDH tomará como referencia los apartados 1 y 4 del art. 18 CE y la normativa sobre protección de datos.

tratamiento por el empleador de datos del trabajador obtenidos a través de sistemas de cámaras o videocámaras. Aunque el art. 89 LOPD se refiere en su título a la protección del derecho a la intimidad, la norma arranca en su apartado 1º refiriéndose a la facultad empresarial de tratamiento de datos, remitiéndose en apartados posteriores a reglas y normas de protección del trabajador en este caso. Por tanto, un criterio sistemático que contemple las previsiones del ET y de la LOPD permite concluir que las garantías del art. 89 LOPD se refieren a la protección del derecho a la intimidad y a la protección de datos frente al uso de dispositivos de videovigilancia y de grabación de sonidos en el lugar de trabajo (lo que puede mantenerse también para los arts. 87 y 90 LOPD, por los mismos motivos). Nuestro TC ha observado, no obstante, que ambos derechos constitucionales tienen una distinta función, y por ello difieren también en objetos y contenidos<sup>2</sup>.

## **2. EL TRATAMIENTO DE LOS SISTEMAS AUDIOVISUALES DE VIGILANCIA EN LA DOCTRINA CONSTITUCIONAL Y LA JURISPRUDENCIA ORDINARIA**

Sobre los límites de la facultad empresarial de control de la conducta de los trabajadores a través de sistemas audiovisuales de vigilancia, la doctrina constitucional y la jurisprudencia ordinaria han sido vacilantes y están llenas de matices muy ligados a la casuística abordada.

En una primera fase la construcción doctrinal del TC se circunscribe al derecho a la intimidad, ex art. 18.1 CE, lo cual se explica porque en los asuntos abordados el apoyo de la demanda se limita a la referencia a dicha norma constitucional (SSTC 98/2000, 186/2000). Desde la perspectiva del derecho a la intimidad se asientan en esta fase algunas premisas básicas sobre los límites del control empresarial mediante la videovigilancia.

En primer lugar, subraya el TC que la mera invocación del interés empresarial no es suficiente para sacrificar el derecho fundamental del trabajador. El ejercicio de las facultades organizativas y disciplinarias del empleador no puede servir en ningún caso a la producción de resultados inconstitucionales, lesivos de los derechos fundamentales del trabajador (STC 98/2000, FJ 7). En segundo lugar, la instalación de tales medios en lugares de descanso o esparcimiento, vestuarios, aseos, comedores y análogos “resulta, a fortiori, lesiva en todo caso del derecho a la

<sup>2</sup> Para el TC, la función del derecho fundamental a la intimidad del art. 18.1 CE “es la de proteger frente a cualquier invasión que pueda realizarse en aquel ámbito de la vida personal y familiar que la persona desea excluir del conocimiento ajeno y de las intromisiones de terceros en contra de su voluntad”. En cambio, el derecho fundamental a la protección de datos “persigue garantizar a esa persona un poder de control sobre sus datos personales, sobre su uso y destino, con el propósito de impedir su tráfico ilícito y lesivo para la dignidad y derecho del afectado” (STC 29/2013, FJ 7, con remisión a la STC 292/2000). El derecho a la protección de datos va más allá de los datos íntimos de la persona, abarcando el conjunto de datos de carácter personal (STC 292/2000, FJ 6).

intimidad de los trabajadores, sin más consideraciones” (STC 98/2000, FJ 6). Pero puntualizará el TC que el alcance del derecho a la intimidad de los trabajadores incluye también las zonas del centro de trabajo donde se desempeñan los cometidos propios de la actividad profesional, donde pueden producirse intromisiones ilegítimas por parte del empresario en el derecho a la intimidad de los trabajadores, como podría serlo la grabación de conversaciones entre un trabajador y un cliente, o entre los propios trabajadores, en las que se aborden cuestiones ajenas a la relación laboral (STC 98/2000, FJ 6)<sup>3</sup>. En tercer lugar, aunque el derecho a la intimidad no es absoluto, pudiendo ceder ante intereses constitucionalmente relevantes, es necesario que el recorte que aquél haya de experimentar se revele como “necesario para lograr el fin legítimo previsto, proporcionado para alcanzarlo y, en todo caso, sea respetuoso con el contenido esencial del derecho” (STC 98/2000, FJ 5).

El sacrificio del derecho a la intimidad, por tanto, se somete al juicio de proporcionalidad, que incluye tres exigencias. En primer lugar, debe tratarse de una medida justificada en las facultades empresariales de control de la actividad laboral, particularmente porque existan razonables sospechas de la comisión por parte del trabajador de graves irregularidades en su puesto de trabajo. En segundo lugar, debe ser idónea para la finalidad pretendida por la empresa (el control de la actividad laboral y en su caso verificar si el trabajador cometía efectivamente las irregularidades sospechadas) y ser estrictamente necesaria para la satisfacción del interés empresarial. En tercer lugar, debe ser equilibrada o proporcional en sentido estricto. A estos efectos habrá que atender a las circunstancias concurrentes en el supuesto concreto para determinar si existe o no vulneración del art. 18.1 CE (STC 98/2000, FJ 6): i) el lugar del centro del trabajo en que se instalan por la empresa sistemas audiovisuales de control. Concretamente si la grabación se limita a la zona del puesto de trabajo; ii) si la instalación se hace o no indiscriminadamente y limitada o no en el tiempo; iii) si los sistemas son visibles o han sido instalados subrepticamente; iv) la finalidad real perseguida con la instalación de tales sistemas; v) si existen razones de seguridad, por el tipo de actividad que se desarrolla en el centro de trabajo de que se trate, que justifique la implantación de tales medios de control.

En un segundo momento temporal, el enjuiciamiento constitucional hace entrar en juego también las garantías del art. 18.4 CE (SSTC 29/2013 y 39/2016). Subraya el TC que estamos “dentro del núcleo esencial del derecho fundamental del art. 18.4 CE, que se actualiza aún de modo más notorio cuando nos adentramos en un ámbito —el de la video-vigilancia— que ofrece múltiples medios de tratamiento de los datos” (STC 29/2013, FJ 5).

Con este nuevo enfoque constitucional será fundamental como requisito para la

<sup>3</sup> Importante doctrina que supondrá una corrección a la doctrina de suplicación de los años anteriores. Cfr. Desdentado Bonete, A. y Muñoz Ruiz, A.B., *Control informático, videovigilancia y protección de datos en el trabajo*, Valladolid, Lex Nova, 2012 págs. 19-21.

licitud del tratamiento de datos la información previa del afectado<sup>4</sup>. Nos dirá el TC que forma parte del “núcleo esencial” de la definición constitucional del art. 18.4 CE “el derecho del afectado a ser informado de quién posee los datos personales y con qué fin” (STC 29/2013, FJ 7). En esta temática la doctrina constitucional impone un giro en el tratamiento judicial de la cuestión, dado que hasta ese momento la cuestión del derecho de información no tiene atribuida relevancia constitucional<sup>5</sup>. Ese derecho de información opera también cuando existe habilitación legal para recabar los datos sin necesidad de consentimiento, “pues es patente que una cosa es la necesidad o no de autorización del afectado y otra, diferente, el deber de informarle sobre su poseedor y el propósito del tratamiento” (STC 29/2013, FJ 7). Por otra parte, el deber de información a cargo de la empresa debe concretarse necesariamente en una información previa a la puesta en marcha de los controles (SSTC 29/2013, 39/2016).

El debate constitucional a partir de aquí se centra en el contenido y la forma de dicha información previa y, en relación con ello, la posibilidad de controles con medios audiovisuales ocultos.

La STC 29/2013, dictada por la Sala 1ª, está referida a un supuesto donde las cámaras de videovigilancia instaladas en el recinto universitario reprodujeron la imagen del trabajador en sus entradas y salidas del mismo y permitieron verificar el incumplimiento de su jornada de trabajo. En el caso, la Sentencia estima que la debida información previa no queda solventada por la existencia de distintivos anunciando la instalación de cámaras y captación de imágenes en zonas de acceso y de paso públicos, ni porque se hubiera notificado la creación del fichero a la Agencia Española de Protección de Datos. Concluye el TC en esta sentencia que “era necesaria además la información previa y expresa, precisa, clara e inequívoca a los trabajadores de la finalidad de control de la actividad laboral a la que esa captación podía ser dirigida”. Esa información debe concretar las características y el alcance del tratamiento de datos que se va a realizar, esto es, “en qué casos las grabaciones podían ser examinadas, durante cuánto tiempo y con qué propósitos, explicitando muy particularmente que podían utilizarse para la imposición de sanciones disciplinarias por incumplimientos del contrato de trabajo” (FJ 8).

Sin embargo, el Pleno del Tribunal, en la sentencia 39/2016, matiza sustancial-

<sup>4</sup> Hay que advertir que el consentimiento del afectado es uno de los elementos definidores del sistema de protección de datos de carácter personal (art. 6 LOPD). Ahora bien, en el ámbito laboral el consentimiento del trabajador “pasa como regla general a un segundo plano pues el consentimiento se entiende implícito en la relación negocial, siempre que el tratamiento de datos de carácter personal sea necesario para el mantenimiento y el cumplimiento del contrato firmado por las partes. Por el contrario, el consentimiento de los trabajadores afectados sí será necesario cuando el tratamiento de datos se utilice con finalidad ajena al cumplimiento del contrato” (STC 39/2016, FJ 3). De esta forma el empresario no necesita el consentimiento expreso del trabajador para el tratamiento de las imágenes que han sido obtenidas a través de las 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 y es conforme con el art. 20.3 ET (STC 39/2016, FJ 4).

<sup>5</sup> Cfr. Desdentado Bonete, A. y Muñoz Ruiz, A.B., op. cit. págs. 66-67

mente este criterio. En el caso, constatada las existencias de descuadres contables en una caja registradora, se instalan cámaras de videovigilancia para la observación del espacio en el que se ubicaba la caja, constando en el escaparate del establecimiento, en un lugar visible, el distintivo informativo de la existencia de sistemas de videovigilancia. En esta sentencia se indica que el caso permite al Tribunal “perfilar o aclarar su doctrina en relación con el uso de cámaras de videovigilancia en la empresa”, y en concreto “aclarar el alcance de la información a facilitar a los trabajadores sobre la finalidad del uso de la videovigilancia en la empresa: si es suficiente la información general o, por el contrario, debe existir una información específica (tal como se había pronunciado la STC 29/2013, de 11 de febrero)” (FJ 1). Para esta sentencia, en caso de instalación de sistemas de videovigilancia por sospechas de incumplimientos laborales, se flexibilizan las exigencias de información previa (que no debe ser expresa, ni precisa), aunque se mantiene la exigencia de un juicio de proporcionalidad.

Esta sentencia considera que, en el asunto abordado, se respeta el derecho de información, porque “en el escaparate del establecimiento, en un lugar visible, se colocó el distintivo informativo exigido por la instrucción 1/2006” de la AEPD. De manera que la trabajadora “podía conocer la existencia de las cámaras y la finalidad para la que habían sido instaladas”, estimando que con ello se satisfacía el derecho de información previa que forma parte del derecho fundamental a la protección de datos (FJ 4).

Pero el TC en esta sentencia no sólo “aclarar” el alcance de la exigencia de información como obligación empresarial. También introduce un importante matiz en su canon de razonamiento con respecto a la STC 29/2013, estimando que el incumplimiento del deber de información previa sólo supondrá una vulneración del derecho fundamental a la protección de datos tras una ponderación de la proporcionalidad de la medida adoptada. Indica el TC, en este sentido, que “la relevancia constitucional de la ausencia o deficiencia de información en los supuestos de videovigilancia laboral exige la consiguiente ponderación en cada caso de los derechos y bienes constitucionales en conflicto; a saber, por un lado, el derecho a la protección de datos del trabajador y, por otro, el poder de dirección empresarial imprescindible para la buena marcha de la organización productiva, que es reflejo de los derechos constitucionales reconocidos en los arts. 33 y 38 CE” (FJ 4). De esta argumentación se puede extraer la importante conclusión de la admisión de controles ocultos, que quedarían únicamente sometidos al juicio de proporcionalidad, lo que, como veremos, ha sido avalado por la más reciente doctrina del TEDH.

El principio de proporcionalidad, como hemos visto, es un canon de razonamiento ya asentado con la STC 98/2000. En el caso de la sentencia 39/2016, se concluye que la medida de instalación de cámaras de seguridad se considera justificada porque existen razonables sospechas de que alguno de los trabajadores que prestan servicios en determinadas cajas de cobros se esta apropiando de di-

nero y dicha instalación controla la zona de caja donde la trabajadora desempeña actividad laboral; es una medida idónea y necesaria para la finalidad pretendida por la empresa (verificar si algunos de los trabajadores cometía efectivamente las irregularidades sospechadas y en tal caso adoptar las medidas disciplinarias correspondientes); y equilibrada (pues la grabación de imágenes se limita a la zona de la caja y han sido tratadas las imágenes captadas para el control de la relación laboral), por lo que debe descartarse que se haya producido lesión alguna del derecho a la intimidad personal consagrado en el art. 18.1 CE.

Sobre esta construcción doctrinal del TC (deber de información y juicio de proporcionalidad) se monta la jurisprudencia del TS (SSTS 31-1-2017, rec. 3331/15, 1-2-2017, rec. 3262/15, y 15-1-2019, rec. 341/17) y la doctrina de suplicación. Lo que se percibe es que las contradicciones en la doctrina constitucional más reciente se reflejan en una doctrina dubitativa de la jurisdicción ordinaria. Los problemas se centran en el uso con fines de control laboral de un sistema de videovigilancia general y en la instalación de un sistema de videovigilancia oculto.

Ya en la STS 7-7-2016, rec. 3233/14, el TS considera que las SSTC 29/2013 y 39/2016 se refieren a supuestos diferentes que requieren distintas soluciones, justificando con ello la similitud del supuesto abordado con el referido en la STC 39/16, cuya doctrina aplica <sup>6</sup>. Y esta misma premisa sirve a las SSTS 31-1-2017 y 1-2-2017, donde se debate la instalación de sistemas de videovigilancia por motivos de vigilancia y seguridad del establecimiento (por actos de clientes, de empleados, de terceros, y por los riesgos más diversos en las instalaciones empresariales), y el uso como prueba de las imágenes grabadas sin informar a los trabajadores de cuál sería el uso que se les daría a efectos disciplinarios (igualmente, STS 2-2-2017, rec. 554/16, acogiéndose también a la doctrina de la STC 39/2016). Las sentencias toman como referencia la doctrina de la STC 39/2016, “donde [se] ha rebajado -indica el TS- las exigencias informativas que debe facilitar la empresa al trabajador cuando instala un sistema de video-vigilancia”. El TS concluye que se supera el juicio de proporcionalidad y “los trabajadores estaban informados, expresamente, de la instalación del sistema de vigilancia, de la ubicación de las cámaras por razones de seguridad, expresión amplia que incluye la vigilancia de actos ilícitos de los empleados y de terceros y en definitiva de la seguridad del centro de trabajo”. No obstante, puntualiza el TS que esta finalidad genérica “excluye otro tipo de control laboral que sea ajeno a la seguridad, esto es el de la efectividad en el trabajo, las ausencias del puesto de trabajo, las conversaciones con compañeros, etc. etc..”. De forma que en estos casos cabe entender que debe informarse al trabajador expresamente de la finalidad de control laboral de los sistemas de videovigilancia. En pronunciamientos posteriores el TS matiza esta doctrina, pero a partir de un

<sup>6</sup> En el caso, el uso de la videovigilancia del centro de trabajo -almacén-, conocido por los trabajadores y donde existen carteles indicadores, para acreditar el consumo irregular por la trabajadora de productos de la empresa.

dato que ratifica: que la prueba obtenida de la videovigilancia es lícita porque el trabajador está informado de la instalación del sistema por razones de seguridad (ATS 18-9-2018, rec. 1092/18; STS 15-1-2019, rec. 341/17) <sup>7</sup>.

En suplicación se asume el enfoque flexibilizador de la STC 39/2016 y la doctrina del TS descrita en relación con el deber de información al trabajador. De esta forma, la obligación de información previa se entiende cubierta con el cumplimiento de los requisitos específicos de información a través del distintivo, de acuerdo con la Instrucción 1/2006, sin que haya que especificar, más allá de la mera vigilancia, la finalidad exacta que se le ha asignado a ese control, justificando el uso de la videovigilancia de seguridad con fines laborales cuando existan distintivos generales de información y sospechas de ilícitos laborales <sup>8</sup>. El juicio de proporcionalidad tiene su utilidad esencialmente de cara a la legitimación de la videovigilancia encubierta, por tanto, sin información previa a los trabajadores y sus representantes. En el caso de cámaras ocultas se considera que la instalación debe obedecer a un concreto designio de investigación, de forma que no se respeta el principio de proporcionalidad en sentido estricto cuando la instalación de cámaras es indiscriminada, esto es, general y prolongada <sup>9</sup>. Aunque también en suplicación se matiza esta orientación flexibilizadora en algunos casos, en el sentido de considerar inexcusable el deber de información, que no se subsana por el hecho de que la videovigilancia esté justificada por el comportamiento irregular del trabajador y la proporcionalidad de la medida adoptada por la empresa <sup>10</sup>.

<sup>7</sup> Como decimos, el TS matiza su doctrina en la STS 15-1-2019. La cuestión suscitada en el recurso de casación para la unificación de doctrina se centra en determinar si debe admitirse como prueba de los hechos imputados en la carta de despido la grabación obtenida por cámaras de videovigilancia que la empresa había instalado, con conocimiento de los trabajadores, pero sin que éstos fueran informados del destino que le iba a dar al control obtenido por medio de la grabación, que además era general y prolongada en el tiempo. Considera el TS, en primer lugar, que los dispositivos de información deben respetar las disposiciones normativas vigentes. En cierta forma abunda el TS en la idea de que debe existir una información expresa a los trabajadores del uso de la videovigilancia como medio de control laboral. En segundo lugar, debe respetarse el principio de proporcionalidad, lo que no ocurre cuando no existe justificación de la videovigilancia (en el asunto abordado era una instalación general y por años, con mucha antelación a su uso con fines laborales) y cuando la videovigilancia es indiscriminada (la instalación de cámaras era general, prolongada y sin conocerse su objetivo).

<sup>8</sup> SSTSJ Andalucía, 15-2-2017, rec. 952/16, y 10-10-2018, rec. 2260/17; STSJ País Vasco 11-12-2018, rec. 2292/18; STSJ Madrid 22-5-2017, rec. 384/17; STSJ Madrid 25-1-2019, rec. 971/18; STSJ Castilla y León 22-6-2017, rec. 384/17; STSJ Castilla La Mancha 12-1-2018, rec. 1416/17; STJ Cataluña 8-1-2019, rec. 6190/18.

<sup>9</sup> STS 15-1-2019, rec. 341/17; SSTSJ Andalucía 22-2-2017, rec. 1203/16, 22-3-2017, rec. 1461/16, 7-6-2017, rec. 2091/16, 17-1-2018, rec. 1878/17; STSJ Castilla La Mancha 12-1-2018, rec. 1416/17; STSJ País Vasco 27-2-2018, rec. 226/18; STSJ Madrid 4-6-2018, rec. 217/18; STSJ Islas Canarias 27-3-2017, rec. 934/16; STSJ Madrid 13-9-2018, rec. 417/18; SSSJ Sevilla 26-7-2018, JUR 2018/2107, y 3-9-2018, JUR 2018/260395.

<sup>10</sup> STSJ Cataluña 9-3-2017, rec. 39/17; STSJ Castilla y León 11-4-2018, rec. 407/18. Las SSTSJ Madrid 13-9-2018, rec. 417/18, y 28-9-2018, rec. 275/18, estiman que el trabajador de seguridad debería haber sido informado previamente que el sistema de video vigilancia general de los accesos de entrada al recinto ferial en el que opera su empresa podía ser utilizado a los efectos de control de su actividad laboral, porque así lo imponía la normativa vigente en ese momento (art. 5 LO 15/1999). Aun estimando que el sistema de video vigilancia era conocido por el trabajador por evidente y notorio, su finalidad

### 3. LA STEDH (GRAN SALA) 17-10-2019, ASUNTO LÓPEZ RIBALDA

En el ámbito doctrinal y judicial se ha extendido la convicción de que la sentencia dictada por la Sección 3ª del TEDH de 9-1-2018, *Asunto López Ribalda y otros* (Asuntos nº 1874/13 y 8567/13) cuestiona claramente la orientación doctrinal del TC y del TS, que hemos expuesto<sup>11</sup>. En la sentencia, el TEDH declara la violación del art. 8 del CEDH por considerar que la vigilancia encubierta o secreta de las cajas de un supermercado español vulneró su derecho a la vida privada, en las concretas circunstancias en que se produjo. El caso abordado se refiere a la instalación de videovigilancia consistente en cámaras tanto visibles como ocultas y que “(l)os empleados solo tenían conocimiento de la existencia de las cámaras visibles que enfocaban las salidas del supermercado, y no fueron informados de la instalación de cámaras enfocadas a las cajas” (ap. 58). Para la sentencia no se han respetado los principios de transparencia (información previa, clara y específica -no genérica- en cuanto a la naturaleza del control empresarial) y de proporcionalidad (sospecha justificada, vigilancia individualizada y limitada espacial y temporalmente).

Considera el TEDH que, a pesar de haberse colocado en el establecimiento distintivos informativos de carácter general, la empresa desatendió “la obligación mencionada anteriormente de informar previamente a los interesados de modo expreso, preciso e inequívoco sobre la existencia y características particulares de un sistema de recogida de datos de carácter personal”. Y concluye en el asunto abordado que, a diferencia del *asunto Köpke*, la videovigilancia encubierta no era la consecuencia de una sospecha justificada contra las demandantes y, en consecuencia, no iba dirigida específicamente a ellas, sino a todo el personal que trabajaba en las cajas registradoras, durante semanas, sin límite de tiempo y durante todas las horas del trabajo; la decisión de adoptar medidas de vigilancia se basó en una sospecha general contra todo el personal en vista de las irregularidades que habían sido previamente detectadas por el encargado de la tienda. (ap. 68). Esta comparación con el *asunto Köpke* era llamativa, porque implícitamente se alinea con la doctrina de la STC 39/2016 en la admisión, en determinadas circunstancias, de una videovigilancia encubierta.

En cualquier caso, la STEDH (Gran Sala) 17-10-2019, dictada en el mismo asunto, rectifica la doctrina de la Sentencia de la Sección 3ª y declara que en el asunto no se ha producido una violación del art. 8 del CEDH, alineándose claramente con la más reciente y cuestionada doctrina del TC y del TS.

no era la de control de la actividad laboral de los trabajadores de la contratista, sino la de control de acceso general al recinto ferial. Por otro lado, su uso específicamente como medio de control singular de determinados trabajadores por existencia de sospechas en su comportamiento laboral debería superar el juicio de proporcionalidad, lo que no se justifica en ninguna de las dos sentencias.

<sup>11</sup> Expresamente así lo interpretan algunas sentencias en suplicación (STSJ País Vasco 27-2-2018, rec 226/18, STSJ Castilla y León 11-4-2018, rec. 407/18).



La Gran Sala ratifica en esta sentencia su doctrina sobre la noción de “vida privada” tutelada por el art. 8 CEDH, y su extensión al ámbito de la actividad laboral, particularmente frente a la videovigilancia en el lugar de trabajo (apdos. 87-95). También se acoge, *mutatis mutandis*, al canon de garantías perfilado en la STEDH 5-10-2010, *asunto Köpke*, y completado y sistematizado en la STEDH 5-9-2017 (Gran Sala), *asunto Barbulescu* (ap. 116).

De esta forma, la Sentencia dirige el test de legitimidad diseñado en esta última sentencia a enjuiciar la conformidad de la actuación de los tribunales nacionales con el Convenio. A partir de los siguientes factores: i) si ha existido información previa sobre la videovigilancia; ii) las características de las medidas empresariales y el grado de injerencia en la vida privada del trabajador; iii) la existencia de motivos legítimos; iv) si era posible o no medidas menos intrusivas para alcanzar dicho fin; v) la coherencia del uso que el empresario ha hecho del uso de la videovigilancia respecto de la finalidad que la justificó; vi) la existencia de garantías adecuadas, como la información ofrecida, la traslación de la información a un organismo independiente o la posibilidad de reclamaciones.

En primer lugar, se estima la justificación que los tribunales españoles otorgan a la videovigilancia (el interés legítimo empresarial en identificar a los responsables de las importantes pérdidas detectadas y sancionarles). El Tribunal destaca que en el análisis de la proporcionalidad de una medida de videovigilancia es necesario considerar el ámbito al que se dirige, y subraya que las garantías al respecto se atenúan en espacios visibles o accesibles a los compañeros o a un público amplio (ap. 125). En concreto, considera razonables las medidas de videovigilancia adoptadas, limitadas en el espacio y en los trabajadores afectados (las cámaras se circunscriben a las cajas que parecen estar en el origen de las pérdidas) (ap. 123 y 124), y limitadas temporalmente (ap. 126). Por otro lado, los resultados de la videovigilancia han sido utilizados para el fin que la justificó (identificar a los causantes de las irregularidades y sancionarles) (ap. 127).

Es llamativo que, en aplicación del test de legitimidad, la sentencia de la Sección 3ª y de la Gran Sala lleguen a conclusiones encontradas en todos los criterios (al igual que el voto particular frente al criterio de la mayoría en ésta última). Como ya observé en otro lugar<sup>12</sup>, el test de legitimidad plasmado en la STEDH 5-9-2017, *asunto Barbulescu*, supone un avance en la clarificación de criterios a tener en cuenta en la aplicación del art. 8 CEDH, pero su valor se relativiza teniendo en cuenta que el TEDH considera necesario valorar las decisiones impugnadas a la luz del conjunto de la causa y respetar el margen de apreciación del que disponen los tribunales nacionales, bastando al Tribunal con que la argumentación de los mismos sea pertinente y suficiente (STEDH 22-2-2018, *asunto Libert contra Francia*).

Respecto del carácter oculto de la videovigilancia, que es el principal motivo

<sup>12</sup> “El alcance del derecho al respeto de la correspondencia del trabajador ex art. 8 CEDH en la jurisprudencia del TEDH”, en *Temas Laborales*, núm. 145/2018, pág. 191.

de las demandas planteadas, entiende el Tribunal que la medida se justifica al no existir otra medida adecuada a la finalidad pretendida, ya que “informar a cualquier integrante del personal podía comprometer efectivamente la finalidad de la videovigilancia” (128). El Tribunal recuerda que “la exigencia de transparencia y el derecho a la información que se deriva del mismo reviste un carácter fundamental” e implica, en principio, la necesidad de informar previamente y con claridad; pero entiende el TEDH que es posible justificar la ausencia de información previa cuando exista “un imperativo preponderante relativo a la protección de intereses públicos o privados importantes” (ap. 133). El supuesto de hecho de la sentencia encaja para el TEDH en este criterio: sospechas de graves irregularidades cometidas por la acción concertada de un grupo de trabajadores que afecta al buen funcionamiento de la empresa (ap. 134)<sup>13</sup>.

Por otro lado, entiende la Gran Sala que el canon de razonamiento a seguir implica que “la información ofrecida a la persona sometida a la vigilancia y su amplitud no es sino uno de los criterios a tener en cuenta para apreciar la proporcionalidad de tal medida” (ap. 131), de manera que “si la información falta, las garantías derivadas de otros criterios serán más relevantes”<sup>14</sup>. Esta doctrina es coincidente con la mantenida en la STC 39/2016, estimando que el incumplimiento del deber de información previa sólo supondrá una vulneración del derecho fundamental a la protección de datos tras una ponderación de la proporcionalidad de la medida adoptada. Es más, el Tribunal indica que los criterios de proporcionalidad establecidos por la jurisprudencia del TC y aplicados en el asunto “son próximos a los que él [el TEDH] ha mantenido en su jurisprudencia”, debiéndose concluir que “las jurisdicciones internas han verificado si un motivo legítimo justificaba la medida de la videovigilancia y si las medidas adoptadas a este fin eran adecuadas y proporcionadas, habiendo constatado en particular que el fin legítimo perseguido por el empleador no podía ser alcanzado con medidas menos intrusivas para los derechos de las recurrentes” (ap. 132).

También resulta de interés la observación de la sentencia, referida al uso judicial de las pruebas obtenidas mediante la videovigilancia, que “el Tribunal no

<sup>13</sup> El voto particular de tres magistrados que acompaña la sentencia discrepa de la mayoría de la Sala. Parten del dato, que estiman determinante, de la exigencia de la normativa española de una información previa a las medidas de videovigilancia (art. 5 LOPD 15/99), sin que esta exigencia, para dichos magistrados, tenga en derecho español ninguna excepción (ap. 4 a 6). Por otro lado, entienden que los tribunales españoles no verificaron el criterio de la existencia de medios menos intrusivos que el adoptado por la empresa (ap. 8), ni consideran que la vigilancia haya sido limitada en el espacio y en los trabajadores afectados (como en el *asunto Kopke*) (ap. 11). Por otro lado, consideran que el interés empresarial en aclarar la situación irregular no permite a la empresa una videovigilancia oculta, pudiendo y debiendo la empresa poner en conocimiento de la policía lo que puede considerarse un ilícito penal (ap. 9). En definitiva, en este caso serían necesarias garantías procedimentales complementarias, al igual que la convención impone en la videovigilancia secreta en materia penal (ap. 10).

<sup>14</sup> El voto particular discrepa de este planteamiento porque considera que dicho canon de razonamiento se aparta del criterio tradicional que distingue la exigencia de legalidad de la medida y posteriormente el juicio de proporcionalidad (ap. 7).

observa ningún elemento que ponga en duda su autenticidad o fiabilidad. Considera por ello que tratándose de pruebas sólidas no existiría necesidad de ser corroboradas por otros elementos” (ap. 156). Aunque en el caso el Tribunal toma en consideración otros elementos de prueba (ap. 157).

#### 4. EL TRATAMIENTO DE LOS SISTEMAS AUDIOVISUALES DE VIGILANCIA LABORAL EN EL RGPD DE 2016 Y EN LA LOPD DE 2018

La videovigilancia cuenta ya con un marco legal de regulación específica, dando por cerrada una etapa donde la protección del derecho a la intimidad se limitaba al art. 20.3 ET y a una doctrina judicial que facilitaba espacios de inseguridad jurídica, y desde la perspectiva de la protección de datos se circunscribía al marco general de la Directiva 95/46, la LOPD 15/99 y el RD 1720/2007 (con una adaptación, eso sí relevante, al ámbito laboral por medio de las instrucciones y resoluciones de la AEPD).

Actualmente, el Reglamento (UE) 2016/679, 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 (RGPD), y la LOPD constituyen el marco regulador de referencia respecto a la protección del trabajador frente a la videovigilancia empresarial<sup>15</sup>. Se puede decir que este marco regulador parte de la legitimación del poder de videovigilancia empresarial en las relaciones laborales, dentro de un marco normativo apoyado en los principios de legitimidad de fines, transparencia en la información y proporcionalidad en los métodos de videovigilancia.

El RGPD no establece una regulación específica de los derechos y libertades en relación con el tratamiento de datos personales de los trabajadores en el ámbito laboral. Se limita en este sentido a facultar a los Estados miembros, a través de disposiciones legislativas o de convenios colectivos, para establecer “normas más específicas” (art. 88), con la importante puntualización de que el objetivo debe ser “garantizar la protección de los derechos y libertades en relación con el tratamiento de datos personales de los trabajadores en el ámbito laboral”. Específica que las normas estatales “incluirán medidas adecuadas y específicas para preservar la dignidad humana de los interesados así como sus intereses legítimos y sus derechos

<sup>15</sup> Cfr., sobre este marco jurídico, Goñi Sein, J.L., “Nuevas tecnologías digitales, poderes empresariales y derechos de los trabajadores: análisis desde la perspectiva del Reglamento europeo de protección de datos de 2016”, *RDS*, nº 78, 2018; García Murcia, J. y Rodríguez Cardo, I.A., “La protección de datos personales en el ámbito de trabajo: una aproximación desde el nuevo marco normativo”, en *REDT*, nº 216, enero, 2019; Rodríguez Escanciano, S., “Videovigilancia empresarial: límites a la luz de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales”, en *Diario La Ley*, nº 9328, 2-1-2019; Preciados Domenech C.H., *Los derechos digitales de las personas trabajadoras*, Th.R. Aranzadi, 2019; Orellana Cano, A.M. *El derecho a la protección de datos personales como garantía de la privacidad de los trabajadores*, Th.R. Aranzadi, 2019; Baz Rodríguez, J., “La Ley Orgánica 3/2018 como marco embrionario de garantía de los derechos digitales laborales. Claves para un análisis sistemático”, en *Trabajo y Derecho*, nº 54, junio, 2019,

fundamentales”, con especial atención “a la transparencia del tratamiento,... y a los sistemas de supervisión en el lugar de trabajo” (art. 88.2). Por otra parte, el Reglamento fija los principios que deben regir el tratamiento de datos personales (art. 5 del Reglamento), también vinculantes en el ámbito laboral, siendo particularmente relevantes, como veremos, los principios de legitimación de la finalidad, transparencia y proporcionalidad y minimización en el tratamiento de datos.

La LOPD da respuesta a este mandato del Reglamento comunitario mediante su Título X, referido a la “Garantía de los derechos digitales” (art. 79 y sigs.), donde se incluye el precepto de nuestro interés, el art. 89<sup>16</sup>. Esta norma reconoce el derecho empresarial al control de la actividad laboral mediante video y audiovigilancia. Los empleadores podrán tratar las imágenes obtenidas a través de sistemas de cámaras o videocámaras para el ejercicio de las funciones de control de los trabajadores o los empleados públicos previstas, respectivamente, en el artículo 20.3 ET y en la legislación de función pública, “siempre que estas funciones se ejerzan dentro de su marco legal y con los límites inherentes al mismo” (89.1, párr. 1 LOPD).

El art. 89.2 LOPD, por su parte, prevé que “en ningún caso se admitirá” la instalación de sistemas de grabación de sonidos ni de videovigilancia en lugares destinados al descanso o esparcimiento de los trabajadores o los empleados públicos, tales como vestuarios, aseos, comedores y análogos<sup>17</sup>. No obstante, aquí cabe distinguir espacios más sensibles a la intimidad y lugares de esparcimiento de los trabajadores que pueden estar abiertos al público (cafeterías, comedores)<sup>18</sup>. En este último caso puede justificarse una videovigilancia por objetivos de seguridad de las instalaciones de la empresa<sup>19</sup>. Recordemos que el TEDH considera que las garantías de la vida privada ex art. 8 CEDH requiere tomar en consideración el ámbito al que se dirigen las medidas de videovigilancia (STEDH (Gran Sala) 17-10-2019).

Por otra parte, y respecto del control empresarial en los espacios de trabajo, la instalación de sistemas de videovigilancia no es posible sin respetar el principio de legitimidad de fines, el derecho de información previa y el principio de proporcionalidad y de intervención mínima de la videovigilancia. Vamos a referirnos a estos requisitos.

<sup>16</sup> La especialidad de la problemática de la videovigilancia en el ámbito laboral, acreditada con la problemática jurisprudencial expuesta, puede ser la razón del tratamiento separado de la videovigilancia general en espacios públicos (art. 22 LGPD), que en el Proyecto de LOPD de 10 de noviembre de 2017 se incluía como apartado 5º del art. 22 del mismo.

<sup>17</sup> Como hemos visto, la doctrina constitucional ya era clara en la prohibición contenida en el art. 89.2 LOPD (STC 98/2000, FJ 6). Así lo prevé, igualmente, la Recomendación CM/Rec (2015)5 del Comité de Ministros de los Estados miembros del Consejo de Europa, apartado 15.2.

<sup>18</sup> Cfr. Desdentado Bonete, A. y Muñoz Ruiz, A.B., op. cit. págs. 58-59.

<sup>19</sup> Cfr. Desdentado Bonete, A. y Muñoz Ruiz, A.B., op. cit. págs. 31-33.

## 1. El principio de legitimidad de fines

Ciertamente, el empresario está legitimado para establecer una videovigilancia con el fin de controlar la actividad laboral del trabajador. Pero el RGPD recoge entre los principios básicos en la protección de datos que los mismos deben ser recogidos “con fines determinados, explícitos y legítimos”, y que serán “adecuados, pertinentes y limitados a lo necesario en relación con los fines para los que son tratados” (art. 5.1 b) y c) RGPD). De esta forma la legitimación del control empresarial no puede justificar una videovigilancia indiscriminada y permanente<sup>20</sup>. La legitimidad de fines está estrechamente vinculada al principio de proporcionalidad, como veremos.

## 2. El deber de información previa

En el ámbito laboral el tratamiento de datos se justificará legalmente por ser necesario para la ejecución de un contrato y por la existencia de un interés legítimo empresarial (art. 6.1 b) y f) RGPD). De manera que el fundamento de dicho tratamiento queda al margen del consentimiento del trabajador. La exigencia de una información previa inherente a una garantía de transparencia ya es subrayada en diversos documentos relevantes en este terreno<sup>21</sup>. Destaquemos que, actualmente, el RGPR sitúa como concepto clave del tratamiento de datos la transparencia de la información para asegurar la expectativa razonable de privacidad del afectado<sup>22</sup>. En este sentido, el art. 5.1 a) indica que los datos personales serán tratados “de manera lícita, leal y transparente en relación con el interesado”. El art. 12.1 dis-

<sup>20</sup> La Recomendación CM/Rec (2015)5 del Comité de Ministros de los Estados miembros del Consejo de Europa, sobre el tratamiento de datos personales en el contexto del empleo, apartado 15, indica que “la introducción y utilización de sistemas y tecnologías de la información que tengan por finalidad directa y principal el control de la actividad y el comportamiento de los trabajadores no deben ser permitidos”. Es posible que pueda existir “un control indirecto” de la actividad laboral “por otras finalidades, tales como la protección de la producción, de la salud, de la seguridad o la gestión eficaz de una organización”.

<sup>21</sup> El Protocolo de revisión de 2018 del Convenio nº 108 del Consejo de Europa, para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal, destaca en la nueva versión del art. 5 del convenio la relevancia del principio de transparencia en el tratamiento de datos personales, que se concreta en una ampliación de las obligaciones empresariales de información (deber de información sobre las bases legales y los fines del tratamiento de datos, sobre el catálogo de datos objeto de tratamiento y los derechos del afectado al respecto) (art. 8). También se refieren a dicho principio de transparencia la Recomendación CM/Rec(2015)5 del Comité de Ministros de los Estados miembros del Consejo de Europa (apartado 14.1 y el apartado 21 a)) y los dictámenes del Grupo de Trabajo 29 (art. 29 Working Party) en interpretación de la derogada Directiva 95/46/CE. Así, el Informe 2/2017 GT29 recomienda que se comunique efectivamente a los trabajadores cualquier control que se lleve a cabo, sus fines y circunstancias, y que las políticas y normas relativas al control legítimo sean claras y de fácil acceso.

<sup>22</sup> J. Muñoz Ontier, “Disposiciones generales (arts. 1-5)”, en *El nuevo marco regulatorio derivado del Reglamento Europeo de Protección de Datos*, López Calvo (Coord.), Wolters Kluwer, 2018, pág. 348.

pone, además, que el responsable del tratamiento tomará las medidas oportunas para facilitar al interesado toda información relativa al tratamiento de datos “en forma concisa, transparente, inteligible y de fácil acceso, con un lenguaje claro y sencillo”.

Situados ya en el ámbito laboral, se puede observar como regla general que el art. 89 LOPD cierra el paso a las prácticas extendidas en nuestras relaciones laborales de una videovigilancia empresarial sin conocimiento de los trabajadores y de sus representantes. Recordemos que un aspecto que no ofrece dudas en la jurisprudencia constitucional es la exigencia de una información previa de la instalación de sistemas de videovigilancia (SSTC 29/2013 y 39/2016).

Dicho esto, el art. 89.1 LOPD diferencia de manera implícita el deber de información según se refiera a una videovigilancia específica de control laboral o a una videovigilancia de seguridad general (de personas, bienes e instalaciones). En el primer caso, como supuesto típico de la norma, los empleadores habrán de informar “con carácter previo, y de forma expresa, clara y concisa”, a los trabajadores o los empleados públicos y, en su caso, a sus representantes, acerca de esta medida. (89.1, pár. 1 LOPD). El alcance del derecho de información debería incluir algunos aspectos de la información básica del art 11.1 de la Ley, en concreto “la finalidad del tratamiento” y “la posibilidad de ejercer los derechos establecidos en los artículos 15 a 22 del Reglamento (UE) 2016/679”<sup>23</sup>. Por analogía, es trasladable a este supuesto el contenido de la información exigida para los dispositivos de geolocalización por el art. 90.2 de la Ley, concretamente, “la existencia y características de estos dispositivos” y “el posible ejercicio de los derechos de acceso, rectificación, limitación del tratamiento y supresión” (son derechos a los que se refieren los artículos 15 a 22 del RGPD). Sólo de esta manera el trabajador puede tutelar su privacidad en la empresa y, por ejemplo, hacer uso del derecho de supresión («el derecho al olvido»), cuando los datos personales hayan sido tratados ilícitamente (art. 17.1 d) RGPD).

A la vista de estas reglas, en el caso de la videovigilancia específica de control laboral no será suficiente con la colocación de un dispositivo informativo ex 22.4 LOPD, porque así lo dispone expresamente el art. 89.1, pár. 1º y porque en otro caso carece de sentido el supuesto singular del pár. 2º de esta norma, que comentamos a continuación. En suma, los trabajadores deben ser informados previamente a la instalación de los sistemas de videovigilancia de que éstos tienen una específica función de control laboral y de sanción disciplinaria, en su caso, y de sus características.

El segundo supuesto, la videovigilancia de seguridad de instalaciones, sólo

<sup>23</sup> Estas reglas deben completarse con la previsión sobre un deber de transparencia del art. 12.1 RGPD, que prevé que “la información será facilitada por escrito o por otros medios, inclusive, si procede, por medios electrónicos”; la comunicación de forma verbal sólo se admite “cuando lo solicite el interesado”.

puede utilizarse con fines laborales en el supuesto de captación de actos ilícitos del trabajador. En este caso, se entenderá cumplido el deber de información previa cuando existiese al menos el dispositivo al que se refiere el artículo 22.4 de la LOPD (89.1, pár. 2), es decir, mediante la colocación de un dispositivo informativo en lugar suficientemente visible identificando la existencia del sistema de videovigilancia. Esta previsión legislativa supone la admisión del uso con fines laborales de un sistema de videovigilancia general <sup>24</sup>.

La previsión del art. 89.1, pár. 2 LOPD parece tomar como referencia la doctrina de la STC 39/2016, y, particularmente, la doctrina de las SSTs 31-1-2017 y 1-2-2017, ya comentadas. Recordemos que en estas sentencias del TS lo que se debate es el uso con fines laborales de sistemas de videovigilancia por motivos de seguridad del establecimiento. El TS concluye que se supera el juicio de proporcionalidad y “los trabajadores estaban informados, expresamente, de la instalación del sistema de vigilancia, de la ubicación de las cámaras por razones de seguridad, *expresión amplia que incluye la vigilancia de actos ilícitos de los empleados y de terceros y en definitiva de la seguridad del centro de trabajo*” (cursivas nuestras); en estos asuntos se consideran actos ilícitos actuaciones irregulares en el uso de cajas registradoras, con sustracción de dinero (que justificará el despido por transgresión de la buena fe contractual y abuso de confianza).

Ahora bien, puntualiza el TS que esta finalidad genérica del sistema de vigilancia “excluye otro tipo de control laboral que sea ajeno a la seguridad, esto es, el de la efectividad en el trabajo, las ausencias del puesto de trabajo, las conversaciones con compañeros, etc. etc..”. De manera que no podría hacerse un uso laboral de cámaras de videovigilancia de seguridad general para registrar el cumplimiento de horarios laborales (como fue el caso de la STC 29/2013), pero sí en el caso de captación de grave manipulado de cajas registradoras (el caso de la STC 39/2016) o sustracción de productos (el caso de la STS 7-7-2016, rec. 3233/14). Es decir, las pruebas extraídas de la videovigilancia general pueden ser utilizadas legítimamente cuando la actuación del trabajador afecte a la integridad de las instalaciones, bienes y personas en la empresa, pero no cabe servirse de este tipo de videovigilancia para el control del cumplimiento de las obligaciones laborales. Creo que este esquema argumental del TS es el que ha encontrado acogida en el art. 89.1, pár. 2º LOPD. Es el mismo planteamiento recogido expresamente en el art. 89.3 LOPD para la utilización de sistemas de audiovigilancia en el lugar de trabajo.

La cuestión ahora es si, con este marco jurídico, cabe la existencia de dispositivos específicos ocultos para verificar sospechas de ilícitos laborales. El supuesto no es abordado en el art. 89 LOPD. Es significativo que en la tramitación parla-

<sup>24</sup> Esta posibilidad ha sido cuestionada en sentencias de instancia por estimarse que contradice la doctrina de la sentencia de la Sección 3ª del TEDH de 9-1-2018, *asunto López Ribalda* (SJS nº 3 Pamplona 18-2-2019, nº 52/2019; SJS nº 3 Bilbao 4-4-2019, nº 128/2019), y aunque, en mi opinión, era compatible con dicha sentencia, la posterior STEDH (Gran Sala) cierra cualquier posible polémica al respecto.

mentaría del proyecto de LOPD no se admitieron enmiendas (las núms. 81 y 265) que amparaban la colocación de videovigilancia sin necesidad de información a los trabajadores, siempre que existiesen sospechas fundadas y se respetase el principio de proporcionalidad. Sin embargo, la doctrina de la STEDH (Gran Sala) 17-10-2019, *asunto López Ribalda*, avala, en mi opinión, esta posibilidad, siempre que se verifiquen los concretos factores que constituyen el canon de razonamiento de la sentencia. Recordemos que en esta sentencia el TEDH parte de la existencia de una regulación en España que impone la necesidad de informar con claridad y con carácter previo de una medida de videovigilancia. Sin embargo, ello no ha sido obstáculo para admitir dicha práctica si se respeta un principio de proporcionalidad.

### 3. El límite del juicio de proporcionalidad y de intervención mínima

La instalación de sistemas de videovigilancia debe respetar el principio de proporcionalidad y de intervención mínima, porque, aunque no se recoja expresamente (tal como ocurre para la grabación de sonidos ex art. 89.3 LOPD), el poder de control empresarial deberá ejercerse “con los límites inherentes al mismo” (89.1, pár. 1 LOPD). No hay que olvidar que el RGPD recoge entre los principios básicos en la protección de datos que los mismos serán “adecuados, pertinentes y limitados a lo necesario en relación con los fines para los que son tratados” (art. 5.1 b) y c) RGPD). Ya hemos referido que se trata de un canon de razonamiento asentado en la jurisprudencia constitucional y que ahora cuenta con un canon de garantías delimitado con claridad en la STEDH (Gran Sala) 17-10-2019, *asunto López Ribalda*.

El régimen del uso de sistemas de audiovigilancia en el lugar de trabajo se contiene en el art. 89.3 LOPD. Conforme al mismo, la utilización de sistemas de audiovigilancia en el lugar de trabajo “se admitirá únicamente cuando resulten relevantes los riesgos para la seguridad de las instalaciones, bienes y personas derivados de la actividad que se desarrolle en el centro de trabajo”. La finalidad del control constituye la singularidad de su régimen jurídico con respecto a la videovigilancia, cuyo fundamento está en el interés legítimo de la empresa (art. 6.1 f) RGPD). Pero no cabe excluir el supuesto en que la grabación de sonidos sea estrictamente necesaria para la ejecución del contrato (art. 6.1 b) RGPD), como es el caso del telemarketing telefónico, donde la jurisprudencia admite esta posibilidad (STS 5-12-2003, rec. 52/2003).

Por otro lado, se establece expresamente que dicha audiovigilancia debe respetar el principio de proporcionalidad y el de intervención mínima, que como hemos indicado son también aplicables al supuesto de videovigilancia. Además, deben respetarse las garantías previstas en los apartados anteriores del art. 89 LOPD, es decir, una información específica previa, y el respeto de los espacios de privacidad del trabajador en las instalaciones empresariales. De esta norma, el legislador re-



quiere el cumplimiento del deber de información también en supuestos de riesgos relevantes para el interés empresarial. Finalmente, se dispone que la supresión de los sonidos conservados por estos sistemas de grabación se realizará atendiendo a lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 22 LOPD <sup>25</sup>.

## 5. EL PAPEL REGULADOR DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y EL DERECHO DE INFORMACIÓN Y CONSULTA DE LOS REPRESENTANTES DE LOS TRABAJADORES

Tanto el RGPD como la LOPD contemplan un papel regulador para la negociación colectiva en la materia. El art. 88.1 RGPD indica que los Estados miembros podrán establecer “normas específicas” de adaptación de la regulación europea a través de disposiciones legislativas e igualmente mediante convenios colectivos <sup>26</sup>. Por su parte, el artículo 91 LOPD dispone que los convenios colectivos podrán establecer “garantías adicionales” de los derechos y libertades relacionados con el tratamiento de los datos personales de los trabajadores y la salvaguarda de derechos digitales en el ámbito laboral. Entendemos que la negociación podrá adaptar la regulación prevista en la LOPD, respetando en todo caso sus prescripciones.

El derecho de información y consulta de los representantes de los trabajadores sobre los medios de tratamiento de datos previstos por la empresa en el plano laboral es subrayado en diversos documentos internacionales relevantes en este terreno <sup>27</sup>. La Ley española contempla el protagonismo de los representantes de los trabajadores en la efectividad de las garantías de los derechos digitales de los trabajadores, como se refleja en diversos preceptos (art. 87.3, 88.3 LOPD). Por su

<sup>25</sup> Recordemos que la STC 98/2000 estima contrario al principio de proporcionalidad las grabaciones indiscriminadas de voz y conversaciones de los trabajadores en el lugar de trabajo, al margen de que en el caso la empresa informara previamente a los trabajadores de dicho sistema de control. Considera especialmente relevante que la audiovigilancia permite captar comentarios privados, “ajenos por completo al interés empresarial y por tanto irrelevantes desde la perspectiva de control de las obligaciones laborales, pudiendo, sin embargo, tener consecuencias negativas para los trabajadores que, en todo caso, se van a sentir constreñidos de realizar cualquier tipo de comentario personal” (FJ 9). Para el TC no se cumple el juicio de necesidad (dentro del test de proporcionalidad) porque no queda acreditado en el caso que la audiograbación fuera imprescindible para la seguridad de la empresa. Precisamente, apoyándose en esta doctrina de la STC 98/2000, la jurisdicción ordinaria valora los supuestos de telemarketing telefónico, estimando que en estos casos se verifica el cumplimiento del juicio de proporcionalidad (STS 5-12-2003, rec. 52/2003; STSJ País Vasco, 10-5-2011, rec. 727/11; STSJ Andalucía 4-9-2014, rec. 1330/14): el teléfono como herramienta de trabajo, con información previa del posible control empresarial, control referido a las llamadas entrantes con un objetivo de control de calidad del servicio, salvaguardando la intimidad del trabajador mediante la habilitación de teléfonos o líneas de uso personal y no profesional.

<sup>26</sup> El considerando 155 del RGPD puntualiza que la referencia a los convenios colectivos, incluye también los «convenios de empresa».

<sup>27</sup> Recomendación CM/Rec(2015)5 del Comité de Ministros de los Estados miembros del Consejo de Europa (apartado 21 c)), e Informe 2/2017 del Grupo de Trabajo 29 (art. 29 Working Party) en interpretación de la derogada Directiva 95/46/CE.

parte, el art. 89.1, pár. 1º LOPD indica que los representantes de los trabajadores deberán ser informados con carácter previo, y de forma expresa, clara y concisa de los sistemas de cámaras o videocámaras con funciones de control de los trabajadores.

Nada se indica sobre dicho derecho para el uso de la videovigilancia de seguridad para la captación de actos ilícitos por los trabajadores. En mi opinión el marco general del derecho de información y consulta de los representantes de los trabajadores previsto en el art. 64 ET impone un deber de información y consulta por la empresa en todo caso y para todos los supuestos de audio y videovigilancia con incidencia laboral. El art. 64 ET indica que “el comité de empresa tendrá derecho a ser informado y consultado por el empresario sobre aquellas cuestiones que puedan afectar a los trabajadores” (apartado 1º). Este derecho se concreta en el art. 64.5 pár. 3º letra f) en el derecho a emitir informe, con carácter previo a la ejecución por parte del empresario de las decisiones adoptadas por este, sobre la implantación y revisión de sistemas de organización y control del trabajo. Por su parte, el art. 64.6 ET, con el objetivo de garantizar el efecto útil de esta previsión, establece que la información se deberá facilitar por el empresario al comité de empresa “en un momento, de una manera y con un contenido apropiados, que permitan a los representantes de los trabajadores proceder a su examen adecuado y preparar, en su caso, la consulta y el informe”.

Es interesante traer a colación la SAN 6-2-2019, rec. 338/18, en un supuesto de aplicación por la empresa de un sistema de geolocalización de los trabajadores (sistema tracker). La empresa sostiene que el establecimiento de dicho sistema tiene su cobertura en el art. 20.3 ET, y que es susceptible de ser impuesto de forma unilateral sin sujeción a negociación alguna. La sentencia acoge la pretensión del sindicato CCOO, considerando que resulta aplicable al caso el art. 64.5 pár. 3º letra f) ET, no constando que se haya respetado sus exigencias a efectos de que los representantes fuesen informados con la suficiente antelación como para emitir el correspondiente informe previo.

Por tanto, a través de las competencias de información y consulta de los representantes de los trabajadores se refuerza el deber empresarial de información previa a los trabajadores sobre el alcance laboral de los dispositivos audiovisuales de vigilancia. El incumplimiento de este derecho de información y consulta puede tener como consecuencia el incumplimiento del art. 89 LOPD, y, por tanto, la ilicitud de la videovigilancia y de las pruebas aportadas en juicio extraídas de dichos sistemas, con la salvedad del supuesto de videovigilancia oculta, donde la ausencia de información a los representantes viene avalada por la STEDH (Gran Sala) 17-10-2019, *asunto López Ribalda*, conforme al test de legitimidad de la medida.



# LAS FACULTADES DE CONTROL DE DATOS BIOMÉTRICOS DEL TRABAJADOR

MIGUEL RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*  
Universidad de Sevilla\*

**EXTRACTO**      **Palabras Clave:** Derecho del Trabajo digital, controles biométricos, privacidad, poderes empresariales, relaciones laborales

Los controles biométricos son un elemento común en los centros de trabajo del siglo XXI. Esta tecnología es fiable, eficiente y económica; por ello se han hecho ubicuos en las entidades empleadoras públicas y privadas.

Sin embargo, su utilización plantea la preocupación por la posibilidad de violaciones de los derechos de los trabajadores, como la privacidad y la intimidad. Este trabajo analizará el marco normativo en vigor para la utilización de estos controles. Su objetivo es poner de manifiesto las principales características de esta regulación, con especial atención en los derechos y obligaciones de trabajadores y empresarios.

En particular se prestará atención al papel de la negociación colectiva en la construcción de una regulación adecuada de los controles biométricos.

El presente trabajo parte de dos hipótesis. La primera es que, a pesar de su uso generalizado en los centros de trabajo contemporáneos, se conocen poco sus implicaciones legales. La segunda es que estos controles expresan las contradicciones esenciales que está creando la construcción de un Derecho del Trabajo digital, debido a la interacción de dos áreas del ordenamiento jurídico que muestran profundas diferencias entre ellas.

**ABSTRACT**      **Key Words:** Digital Labour Law, biometric controls, privacy, employers' prerogatives, labour relations

Biometric controls are common in the XXI Century working places. This technology has become reliable, efficient and cheap; consequently, these controls have become ubiquitous in both private and public employers.

Nevertheless, this use raises concerns about potential violations of employees' rights, such as privacy and human dignity. This paper will analyze the normative framework in force regulating the use of these controls. Its purpose is to highlight the main features of this regulation, focusing on both employers' and employees' rights and obligations.

In particular, some attention will be paid to the role of collective bargaining in the construction of an adequate regulation of biometric controls.

There are two main hypothesis. The first one is that, notwithstanding its widespread use in contemporary working places, there is little knowledge about its legal implication. The second is that these controls expresses the essential contradictions that the construction of a Digital Labour Law is creating, due to the interaction of two areas of the legal system, which show profound differences among them.

\* Senior Counsellor, PwC, mrodriguez7@us.es. ORCID 0000-0001-7926-6175. Grupo de Investigación PAIDI SEJ-322; Es un resultado científico de los proyectos de investigación "Nuevas dinámicas y riesgos sociales en el mercado de trabajo del siglo XXI: desigualdad, precariedad y exclusión social", de la convocatoria 2018 de "Proyectos de I+D Retos Investigación", con referencia RTI2018-098794-B-C31; y FEDER18-1264479 "Nuevas Causas y Perfiles de Discriminación e Instrumentos para la Tutela Antidiscriminatoria en el Nuevo Contexto Tecnológico Social".

## ÍNDICE

1. PRESENTACIÓN
2. DELIMITACIÓN DE LOS CONTROLES BIOMÉTRICOS
3. LOS CONTROLES BIOMÉTRICOS EN LAS RELACIONES LABORALES
4. LOS CONTROLES BIOMÉTRICOS DENTRO DEL DERECHO DEL TRABAJO DIGITAL
5. RÉGIMEN JURÍDICO DE SU UTILIZACIÓN EN LAS EMPRESAS

### 1. PRESENTACIÓN

Utilizar partes del propio cuerpo para identificarse es, en realidad, muy antiguo. Seguramente el primer control biométrico de la historia fue el guarda de la fábrica que identificaba a los trabajadores en la puerta simplemente mirándolos y reconociéndolos. Hoy los mecanismos de verificación automatizada a través de la identificación de rasgos biométricos se han generalizado en las empresas, y son varias, a mi juicio, las razones que lo explican.

Se ha producido, en primer lugar, un progreso técnico, en tres direcciones paralelas: mejora de los instrumentos de verificación; abaratamiento de éstos<sup>1</sup>; y mayor velocidad en la transmisión y gestión de la información. Es lo mismo que ha ocurrido con otros sistemas de control<sup>2</sup>.

La tendencia hacia el control en las sociedades contemporáneas explica igualmente su extensión. En las empresas se quiere tener conocimiento completo de cuanto ocurre en la organización, de cómo se utilizan sus recursos y de lo que sus empleados hacen. Se requieren mecanismos que lo hagan posible, sin suponer interferencias en su funcionamiento ordinario. En algunas ocasiones el control empresarial responde no a objetivos de supervisión, sino de verificación del cumplimiento de la normativa aplicable, en beneficio de otros sujetos; tal es el caso del registro de jornada, del que también me ocuparé en este trabajo.

<sup>1</sup> Como ha señalado el GT-29 en su Dictamen 2/2017 sobre el tratamiento de datos en el trabajo, “en la actualidad, pueden aplicarse tecnologías que permiten el tratamiento de datos en el trabajo con un coste muy inferior al de hace varios años, mientras que la capacidad de tratamiento de datos personales de estas tecnologías ha aumentado exponencialmente”. Ya en el año 2012, en su Opinión 3/2012, señalaba que “in the past the use of this technology was expensive and as a result of this economic constraint the impact on individuals’ data protection rights was limited. In recent years, this has changed dramatically. DNA analysis has become faster and affordable for almost everyone. The technological progress has made storage space and computing power cheaper; this made online picture albums and social networks with billions of photographs possible. Fingerprint readers and video surveillance devices have become an inexpensive gadget. The development of these technologies has contributed to make many operations more convenient, has contributed to solve many crimes and made access control systems more reliable, but it has also introduced new threats to fundamental rights”.

<sup>2</sup> No podemos olvidar factores como el precio, la disponibilidad, el tamaño de los aparatos y su manejabilidad, a veces olvidados por centrarnos exclusivamente en la aparición de nueva tecnología. Mucha de la que vamos a analizar aquí no es, en rigor, nueva. Sí lo es su ubicuidad, consecuencia de estos otros elementos.

La obsesión por la seguridad en las primeras décadas del siglo XXI es también un elemento a considerar, especialmente cuando se ve acompañada de la masificación de los lugares que se quieren vigilar. Estos controles son una forma rápida de gestionar el paso de grandes volúmenes de personas, de una manera rápida y segura, en lugares con mucha presencia de personas como aeropuertos, estaciones, centros educativos y, en lo que a nosotros interesa, centros de trabajo<sup>3</sup>.

Seguramente el factor más significativo es la eficacia a la que se ha llegado con **éstos**, algunos de los cuales acreditan rapidez y acierto a precios accesibles, lo que explica su ubicuidad en los centros de trabajo y en otros lugares. Sorprende, por ello, la escasa atención que sus usuarios están prestando a la derivada legal en su implantación, particularmente cuando, como veremos, pueden generar consecuencias serias para las empresas.

En este estudio intentaré presentar y explicar la situación normativa en nuestro país, a partir de los materiales regulatorios que resultan de aplicación. Mientras lo hago, realizaré alguna reflexión sobre el Derecho del Trabajo digital en general, que engloba a ésta y otras figuras dentro de las empresas. Se trabajará fundamentalmente con los materiales normativos disponibles, en sentido amplio, aunque en algún momento se estudie algún aspecto de la realidad sobre la que la norma debe operar.

La hipótesis de partida es que existe en España un marcado contraste entre el conocimiento técnico de estos mecanismos de control y de sus implicaciones, de un lado, y el marco normativo que hemos sido capaz de articular para ordenarlo, por otro. Este desfase es común a otras facetas de ese fenómeno, como se puede comprobar en las distintas contribuciones a este monográfico; en ésta en particular resulta especialmente marcado, por lo que se verá. Hace falta, pues, desarrollar esta normativa, y en esta tarea tiene un papel fundamental la negociación colectiva.

Mi segunda hipótesis es que ésta es una de las áreas en las que más se notan las contradicciones internas del Derecho digital del trabajo, en la forma en que se está construyendo en nuestro país. Este Derecho es la confluencia de dos ramas preexistentes, el Derecho de la Protección de Datos y el Derecho del Trabajo, cada una con sus propios principios y objetivos, sin que hasta el momento haya podido lograrse un equilibrio adecuado entre los de cada una.

## 2. DELIMITACIÓN DE LOS CONTROLES BIOMÉTRICOS

Una temprana definición de controles biométricos la proporcionó el Grupo de Trabajo del artículo 29 en su Working Document 80, de 2003: “*los sistemas biométricos son aplicaciones de tecnologías biométricas que permiten la iden-*

<sup>3</sup> Llegando al extremo, son varios los Estados que se están planteando generalizar sistemas de reconocimiento facial en sus ciudades, justificadas por razones de seguridad pero generando grandes riesgos de hipercontrol sobre la ciudadanía.

*tificación y/o la autenticación/verificación automática de una persona*". En su Opinión 4/2007 consideraba como tales a las "las propiedades biológicas, los aspectos conductuales, las características fisiológicas, rasgos vitales o acciones repetibles en las que estos caracteres y/o conductas son a la vez únicas para ese individuo y medibles, incluso si los patrones usados en la práctica para medirlos técnicamente tienen cierto grado de probabilidad".

El RGPD define los datos biométricos como los datos personales obtenidos a partir de un tratamiento técnico específico, relativos a las características físicas, fisiológicas o conductuales de una persona física que permitan o confirmen la identificación única de dicha persona, como imágenes faciales o datos dactiloscópicos (artículo 4.14 RGPD).

Por su parte, la AEPD utiliza una fórmula en sus documentos para delimitarlos, como aquellos aspectos físicos que, mediante un análisis técnico, permiten distinguir las singularidades que concurren respecto de dichos aspectos y que, resultando que es imposible la coincidencia de tales aspectos en dos individuos, una vez procesados, permiten servir para identificar al individuo en cuestión.

Los datos biométricos tienen unas características comunes, que son las que los hacen útiles a efectos de autenticación o identificación: son universales (todas las personas los tienen); son únicos (deben ser capaces de distinguir a una persona de otra); y son permanentes (el dato tiene una presencia continua en el tiempo para cada persona).

Se dirigen principalmente a verificar la identidad de una persona física, pero pueden servir también a identificarla de manera unívoca. Las técnicas de control biométrico son muy variadas, pues pueden utilizar distintas características de la persona<sup>4</sup>. Aunque suelen identificarse con el control de sus rasgos físicos, la realidad es muy amplia, y en la práctica vamos a encontrar un amplio abanico de sistemas de vigilancia, clasificados en dos grandes grupos.

Por un lado, están los datos llamados "fisiológicos", que se refieren a características físicas y fisiológicas de la persona. Los datos fisiológicos más frecuentemente utilizados son la huella dactilar, el iris, la geometría de la mano, la retina, los vasos sanguíneos en determinadas partes del cuerpo, la voz, el sudor, las orejas y el ADN. Por otro, tenemos los datos relacionados con el comportamiento de la persona, con actuaciones o con la forma en que realizan ciertas conductas. Entre éstos destacan la escritura, el ritmo cardiaco, el ritmo respiratorio, la firma, la utilización de un teclado, la forma de conducir, la forma de andar o de moverse, y la marcha. El GT-29 identifica un tercer tipo de controles biométricos, al que califica como "emergente", que serían los psicológicos, la forma de reaccionar de la persona ciertas situaciones o pruebas, que pueden dar lugar a un perfil psicológico de ésta.

Es fundamental distinguir, cuando se trata de biometría, entre "controles" y

<sup>4</sup> Una descripción muy útil de estas técnicas en el ya citado GT-29, "Working document on biometrics", 2003 (WP 80), pg.3.

“datos”, porque nos vamos a encontrar con ambos en el ámbito laboral. Control es el artilugio que permite realizar autenticaciones o identificaciones a partir de una característica biométrica de la persona, de las muchas posibles; sería el lector de huellas dactilares que encontramos en cada vez más empresas. Dato es la información que se obtiene a partir de estos controles, y que permite a su vez conseguir otras de la persona; sería la propia huella<sup>5</sup>.

El RGPD los considera también como un identificador, una información a través de la cual puede determinarse la identidad de una persona. Según el artículo 4.1 RGPD, “*se considerará persona física identificable toda persona cuya identidad pueda determinarse, directa o indirectamente, en particular mediante un identificador, como por ejemplo uno o varios elementos propios de la identidad física (...) de dicha persona*”. El mismo RGPD afirma en su considerando 51 que “*únicamente se encuentran comprendidas en la definición de datos biométricos cuando el hecho de ser tratadas con medios técnicos específicos permita la identificación o la autenticación unívocas de una persona física*”.

### 3. LOS CONTROLES BIOMÉTRICOS EN LAS RELACIONES LABORALES

Nos encontramos ante un control particularmente intrusivo, tanto en los datos que recoge como en la forma de obtenerlos. En muchos casos va a exigir contacto físico; puede dar acceso a datos especialmente sensibles. Este dato es fundamental, porque es uno que se tiene en cuenta a la hora de valorar la legitimidad de su uso. Así lo ha indicado entre nosotros la Agencia Española de Protección de Datos (en adelante AEPD), que en muchos casos no ha aceptado su validez por entender que existen alternativas menos lesivas de la intimidad para lograr unos mismos fines. El grado de intrusión varía según el mecanismo de control y el dato tomado como referencia: no es lo mismo verificar el rostro de una persona (algo que se hace a distancia) que su huella digital (que exige un contacto físico con el aparato)<sup>6</sup>, o que su ADN o grupo sanguíneo (que imponen la extracción de muestras biológicas). También depende de los datos concretos que se tomen como referencia: no es igual verificar el rostro, público y notorio, que el ADN o el ritmo cardiaco, ocultos y que pueden decirnos cosas sobre la salud o el origen genético de la persona<sup>7</sup>.

<sup>5</sup> Recordemos que el artículo 4.1 RGPD define los datos personales como “*toda información sobre una persona física identificada o identificable*”.

<sup>6</sup> Aunque para algunos este tipo de control resulta bastante intrusivo. Así, en la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de Sevilla, Sala de lo Social de 11 de febrero de 2016 leemos que un Comité de Empresa mostró su “*disconformidad con el sistema de control a través de un huella digital por entender que implica un sacrificio para el trabajador desprenderse de su huella digital*”.

<sup>7</sup> El Tribunal Constitucional, en su Auto 57/2007, de 26 de febrero, se base en este impacto variable para concluir la legitimidad del sistema de control empresarial: en sus palabras, “*en el sistema de*



Se suelen utilizar para autenticar la identidad del trabajador, aunque resulta igualmente posible su uso para identificarlo. Este es su papel principal en las empresas, como mecanismo de vigilancia de la actividad de estos empleados. El problema es que no sólo cumplen esta función en las organizaciones productivas, sino que también son instrumentales a otros fines legítimos: seguridad en las sedes físicas, impidiendo el acceso de personas no autorizadas; prevención de riesgos laborales; detección del consumo de productos que puedan generar peligro en el centro de trabajo; o el cumplimiento de los derechos de los trabajadores, como el respeto a la jornada pactada. Su polivalencia supone también una fuente de contradicciones que dificulta una respuesta jurídica adecuada.

En cuanto mecanismo de control suele ser explícito, visible y controlable. Pero cabe también que se articule de manera oculta, como puede ocurrir cuando se combina con cámaras de vigilancia, cuando se controla el uso de un teclado, cuando se instala una aplicación en un ordenador o teléfono, cuando se vincula con un aparato ponible (“wearable”)<sup>8</sup>... El nivel de riesgo de vulneración del derecho a la intimidad que genera puede también variar por ello<sup>9</sup>.

Se trata de una forma de control en la que es frecuente una coincidencia con otros mecanismos de vigilancia, lo que provoca una interacción con los problemas particulares de cada uno de éstos<sup>10</sup>. Pensemos, por ejemplo, en los controles biométricos a través de wearables, que pueden operar fuera de la jornada de trabajo<sup>11</sup>; en los que se insertan en terminales telefónicos, con el mismo efecto y suponiendo además un control de dispositivos electrónicos; en los supuestos de reconocimiento

*control que el recurrente impugna los datos biométricos de su mano no están protegidos por el derecho a la intimidad corporal, pues no existe colisión con la noción socialmente arraigada de recato en lo que respecta a esa parte del cuerpo, ni por el más extenso derecho a la intimidad personal, puesto que aquéllos no desvelan un ámbito reservado del recurrente”.*

<sup>8</sup> Utilizo la expresión “ponible” como traducción al castellano de “wearable”. No es la única que se maneja, y en algunos casos se habla de “vestible”. Ni siquiera es una expresión adecuada, porque el Diccionario de la Real Academia de la Lengua le da un significado distinto: “*Dicho de una prenda de vestir: Que se puede poner en distintas ocasiones o que combina bien con otras prendas*”. Lo que me ha llevado a recurrir a ella, aparte de motivos sentimentales por ser una palabra muy de madre, es que el GT-29 la utiliza en la versión en castellano de sus documentos.

<sup>9</sup> El GT-29 ha indicado también en su Dictamen 2/2017 que “*las nuevas formas de tratamiento, como las relativas a los datos personales sobre el uso de servicios en línea y/o los datos de localización de un dispositivo inteligente, son mucho menos visibles para los trabajadores que otros tipos más tradicionales, como las evidentes cámaras de televisión de circuito cerrado. Esto plantea interrogantes sobre hasta qué punto los trabajadores son conscientes de estas tecnologías, ya que los empresarios podrían llevar a cabo ilegalmente este tratamiento sin informarles previamente*”.

<sup>10</sup> INSTITUTO NACIONAL DE CIBERSEGURIDAD, “*Tecnologías biométricas aplicadas a la ciberseguridad. Una guía de aproximación para el empresario*”; accesible en [https://www.incibe.es/sites/default/files/contenidos/guias/doc/guia\\_tecnologias\\_biometricas\\_aplicadas\\_ciberseguridad\\_metad.pdf](https://www.incibe.es/sites/default/files/contenidos/guias/doc/guia_tecnologias_biometricas_aplicadas_ciberseguridad_metad.pdf); visitada el 1 de septiembre de 2019; pg.13.

<sup>11</sup> También el GT-29 se ha hecho eco de este riesgo, indicando en su informa antes citado que “*los límites entre el hogar y el lugar de trabajo se han ido difuminando cada vez más. Por ejemplo, cuando los trabajadores trabajan a distancia (desde su domicilio) o mientras viajan por motivos profesionales, puede llevarse a cabo un seguimiento de las actividades realizadas fuera del entorno físico de trabajo, que puede incluir el control del individuo en un contexto privado*”.

facial o conductual por medio de cámaras de vídeo... La complicación que se produce en estos casos es evidente.

De la misma manera, estos controles pueden implantarse mediante la utilización de aparatos propiedad del trabajador (como su teléfono móvil). Nos encontraríamos entonces ante un supuesto de “uso del propio equipo”, lo que se conoce como “BYOD”<sup>12</sup>, que también genera sus propias dudas, no sólo por cuestiones relacionadas con la propiedad del medio, el reparto de costes o la responsabilidad por su uso, sino también con la intromisión en la intimidad del trabajador, o la extensión del control fuera de la jornada o lugar de trabajo. Aunque pueda existir un interés legítimo del empleador en verificar los datos obtenidos mediante estos equipos, la posibilidad de acceder a datos personales no relacionados con el trabajo supone un importante riesgo para la privacidad de los trabajadores<sup>13</sup>.

Las ventajas que suponen para las empresas son evidentes: seguridad, fiabilidad, celeridad en el control, comodidad (al hacer innecesarias tarjetas...). También lo son los riesgos. Para los trabajadores, la posibilidad de un control total por las empresas; la intrusión en sus espacios de privacidad; la disolución de fronteras entre lo laboral y lo personal; la posibilidad de construir perfiles con los datos obtenidos; el acceso a información personal sensible, directa o indirectamente; la pérdida de anonimato... Para las empresas, el mayor riesgo es la disponibilidad de una enorme cantidad de datos personales de sus trabajadores, datos sensibles además, que les imponen obligaciones estrictas en cuanto a su manejo, utilización, almacenamiento y comunicación. Obligaciones y sanciones muy elevadas en caso de incumplimiento, lo que debe llevar estos instrumentos al primer nivel de atención en las políticas de protección de datos y de cumplimiento normativo.

Su implantación obliga a las empresas a tomar decisiones arriesgadas: qué información se obtiene; cómo se obtiene; qué se hace con la información obtenida; qué papel se le a la persona cuyos datos se obtienen; y si existen medidas alternativas de control que supongan un menor nivel de intrusión.

<sup>12</sup> “BYOD” son las siglas de la expresión inglesa “bring your own device”, algo así como “trae tu propio aparato”.

<sup>13</sup> Según el GT-29, “se puede considerar que el control de la localización y el tráfico de dichos dispositivos sirve al interés legítimo de proteger los datos personales de los que el empresario está a cargo como responsable del tratamiento; sin embargo, esto puede ser ilegal en lo que respecta al dispositivo personal de un trabajador, si dicho control también captura datos relativos a su vida privada y familiar. Con el fin de evitar la observación de información privada, deben adoptarse medidas adecuadas para distinguir entre el uso privado y profesional del dispositivo”.

#### 4. LOS CONTROLES BIOMÉTRICOS Y EL DERECHO DEL TRABAJO DIGITAL

El Derecho del Trabajo digital, aún en construcción, presenta en España una estructura diferenciada por niveles de tratamiento. Esto es así porque la Ley Orgánica para la Protección de Datos Personales y Derechos Digitales ha recogido regulaciones especiales para ciertos aspectos de éste, pero ha dejado otros sin tratamiento. De este modo, en algunas materias, como pueden ser la geolocalización o el control de dispositivos electrónicos, se han introducido preceptos monográficos; este tratamiento ha creado la categoría general de “derechos digitales”; mientras que en otros, por el contrario, no se ha hecho así, no resultándole de aplicación sino la normativa general contenida en la Ley y el RGPD. Desde este punto de vista, los controles biométricos se ubican dentro de este segundo sector, al no haber sido tratados en el Título X de la LOPDGDD. Tampoco el artículo 20 bis ET, que se ocupa de los “derechos de los trabajadores a la intimidad en relación con el entorno digital y a la desconexión”, lo incluye en su enumeración de estos derechos.

En esto se diferencia el Derecho del Trabajo digital del Derecho común de la protección de datos, que se organiza por niveles de tutela. Esta diferencia en la protección se articula mediante la utilización de la categoría de “datos especialmente sensibles”, que se considera requieren un mayor grado de tutela jurídica.

Ocurre entonces que los datos biométricos se incluyen en el grupo de los que merecen mayor nivel de protección, pero a la vez el legislador laboral, cuando ha tenido que dar un tratamiento específico a algunos aspectos del control tecnológico de los trabajadores, no ha considerado necesario hacerlo<sup>14</sup>. Esto supone una primera paradoja en la regulación de esta figura, especialmente cuando el propio RGPD preveía la posibilidad de que los legisladores nacionales desarrollaran su regulación en este punto<sup>15</sup>, aunque en modo alguno supone un problema de desprotección porque la normativa común ofrece un marco adecuado. Lo que ocurre es que en su ordenación prevalece la perspectiva de la protección de datos sobre la digital, lo que será clave para determinar su régimen jurídico<sup>16</sup>.

<sup>14</sup> Un estudio del régimen jurídico de este control en E.M. Blázquez Agudo “Otros controles emergentes”, en su libro *“Aplicación práctica de la protección de datos en las relaciones laborales”*, Wolters Kluwer, Madrid, 2018. También R. Rojas Rosco & D. López Carballo, “El impacto del RGPD en el ámbito del control laboral y la era de la innovación”, *Diario La Ley*, nº 4471, 2018

<sup>15</sup> Como se sabe, el artículo 9.4 del RGPD prevé que “los Estados miembros podrán mantener o introducir condiciones adicionales, inclusive limitaciones, con respecto al tratamiento de datos genéticos, datos biométricos o datos relativos a la salud”.

<sup>16</sup> Un dato anecdótico para demostrar esta prevalencia de la perspectiva de protección de datos sobre la laboral: en la LOPDDGDD se utiliza la expresión tradicional en el Derecho del Trabajo español para referirse a las personas que trabajan, “trabajador”. Sin embargo, en las leyes laborales del período en que se aprobó, incluyendo las últimas reformas del Estatuto de los Trabajadores, se usa la de “persona trabajadora”, más correcta desde un punto de vista de lenguaje inclusivo. Esto pone de manifiesto, a mi juicio, que es un texto en el que el papel del Ministerio de Trabajo y de los expertos laborales ha sido reducido.

Junto a esta legislación existen otros materiales regulatorios que resultan muy útiles<sup>17</sup>. El conocido como “Grupo de Trabajo del Artículo 29” (GT-29), ha elaborado diversos documentos que se ocupan de cuestiones relacionadas con los controles biométricos. El más importante es el Working document on biometrics, de agosto de 2003 (WP 80). Junto a éstos, ha producido otros sobre la protección de datos en las relaciones de trabajo que también los tratan. Así, el Dictamen 8/2001 sobre el tratamiento de datos personales en el contexto laboral (WP48); el Documento de trabajo relativo a las comunicaciones electrónicas en el lugar de trabajo (WP55) de 2002; y el Dictamen 2/2017 sobre el tratamiento de datos en el trabajo, de agosto de 2017 (WP 249)<sup>18</sup>.

Aunque la Agencia Española de Protección de Datos ha elaborado una Guía de la protección de datos en las relaciones laborales, en ésta no se incluye expresamente esta cuestión<sup>19</sup>. Sí la ha afrontado en varios de sus informes, entre los que destacan el informe de 7 de septiembre de 2007, y sobre todo el Informe 0065/2015. En el ámbito autonómico son particularmente interesantes el Dictamen nº D17-005 de la Agencia Vasca de Protección de Datos, relativo a la implantación de un sistema de control de acceso por huella biométrica a instalaciones municipales; y los Dictámenes CNS 9/2009, CNS 22/2009, CNS 22/2011 y CNS 63/2018 de la Autoridad Catalana de Protección de Datos. Este último es particularmente útil, porque se dictó estando ya vigente el RGPD y la LOPDPGDD respecto de un supuesto laboral muy frecuente, la utilización del control de huellas en un lugar de trabajo. Por ello ha tenido bastante impacto en los medios jurídicos<sup>20</sup>.

Mientras tanto, la principal fuente de tutela de los trabajadores, la autonomía colectiva, no está teniendo, al menos hasta ahora, un papel relevante. Son muy pocos los convenios colectivos que han incluido un tratamiento de estos sistemas en su articulado. Ni siquiera el artículo 91 LOPDPGDD, que como es sabido se ocupa de los “derechos digitales en la negociación colectiva” prevé expresamente su regulación en este tipo de acuerdos. En efecto, al señalar que “*los convenios colectivos podrán establecer garantías adicionales*”, especifica que esto podrá

<sup>17</sup> Se me perdonará la expresión “materiales regulatorios”, imprecisa y poco técnica. No pretendo ser original. Con ella quiero hacer referencia al conjunto de elementos con los que se construye la regulación de esta figura en España. Elementos que tienen distinto origen, naturaleza y grados de vinculabilidad; y que no siempre se corresponden con el concepto tradicional de fuente del Derecho, ni con el de norma jurídica.

<sup>18</sup> También se ha ocupado de esta cuestión en el “Dictamen 2/2009 sobre la protección de los datos personales de los niños (Directrices generales y especial referencia a las escuelas)”, de febrero de 2009 (WP 160).

<sup>19</sup> El Instituto Nacional de Ciberseguridad (INCIBE) ha elaborado también una guía sobre esta cuestión, “*Tecnologías biométricas aplicadas a la ciberseguridad. Una guía de aproximación para el empresario*”; accesible en [https://www.incibe.es/sites/default/files/contenidos/guias/doc/guia\\_tecnologias\\_biotricas\\_aplicadas\\_ciberseguridad\\_metad.pdf](https://www.incibe.es/sites/default/files/contenidos/guias/doc/guia_tecnologias_biotricas_aplicadas_ciberseguridad_metad.pdf); visitada el 1 de septiembre de 2019.

<sup>20</sup> Un estudio monográfico en D. Gracia García, “El impacto de la privacidad en los sistemas biométricos de control de acceso y horario laboral tras el Dictamen 63/2018 de la Autoridad Catalana de Protección de Datos”, *Diario La Ley*, nº 7492, 2018.

hacerse respecto “*de los derechos y libertades relacionados con el tratamiento de los datos personales de los trabajadores y la salvaguarda de derechos digitales en el ámbito laboral*”. Esto es, para los que la ley llama “derechos digitales” en su vertiente laboral, y que son los que aparecen en los artículos 87 a 90. Derechos entre los que no se encuentran los afectados por la tecnología que nos ocupa.

Esto no quiere decir, es claro, que no puedan ser negociados. El RGPD así lo prevé, cuando en su Considerando 155 reconoce que los convenios colectivos podrán establecer normas específicas relativas al tratamiento de datos personales de los trabajadores en el ámbito laboral<sup>21</sup>. Y en el artículo 88 RGPD se prevé que los convenios colectivos podrán 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.

Desde la perspectiva del Derecho nacional, los controles biométricos encajan dentro de la delimitación del ámbito material de los convenios que hace el artículo 85 ET, al poder encajarse dentro de las “materias de índole laboral” propias de esta fuente del Derecho. El mismo artículo 34.9 ET, en su nueva redacción, señala que el registro de jornada obligatorio que establece se organizará y documentará “*mediante negociación colectiva o acuerdo de empresa o, en su defecto, decisión del empresario previa consulta con los representantes legales de los trabajadores*”; y es este registro una de las utilidades principales de los procedimientos de verificación biométrica.

La realidad negocial española demuestra que los controles empresariales son un contenido típico, presente en múltiples de sus resultados. Aunque los últimos acuerdos nacionales de ordenación de la negociación colectiva no los hayan tratado, el Acuerdo Interprofesional de Cataluña contiene un Capítulo VII dedicado al “uso de tecnologías de la información y la comunicación”, en el que se señala que “*se considera conveniente que los Convenios Colectivos regulen determinados aspectos sobre esta materia a efectos de clarificar el uso de los medios electrónicos, otorgar seguridad jurídica a las partes y evitar conflictos*”. En particular se señala que “*en los procesos de implantación de nuevas tecnologías que supongan cambios en la organización del trabajo, la empresa deberá informar previamente a los representantes de los trabajadores*”.

Como casi siempre que en España se señala el retraso de la negociación colectiva en ocuparse de una materia concreta, podemos encontrar algún convenio que sí lo hace, y muy bien. Este es el caso del XIX Convenio colectivo general

<sup>21</sup> Esta capacidad de ordenación negociada podrá efectuarse “*en particular en relación con las condiciones en las que los datos personales en el contexto laboral pueden ser objeto de tratamiento sobre la base del consentimiento del trabajador, los fines de la contratación, la ejecución del contrato laboral, incluido el cumplimiento de las obligaciones establecidas por la ley o por convenio colectivo, la gestión, planificación y organización del trabajo, la igualdad y seguridad en el lugar de trabajo, la salud y seguridad en el trabajo, así como a los fines del ejercicio y disfrute, sea individual o colectivo, de derechos y prestaciones relacionados con el empleo y a efectos de la rescisión de la relación laboral.*”

de la industria química que señala que *“la implantación por parte de la empresa de tecnologías de la información para el control de la prestación laboral, tales como controles biométricos como la huella digital, la video vigilancia, los controles sobre el ordenador (monitorización remota, indexación de la navegación por internet, o la revisión o monitorización del correo electrónico y/o del uso de ordenadores) o los controles sobre la ubicación física del trabajador mediante geolocalización”*, se realizará respetando en todo momento las previsiones de la legislación vigente en materia de protección de datos.

Este convenio impone a los empleadores obligaciones concretas, señalando que deberán ser proporcionales a la finalidad de verificar el cumplimiento por parte del trabajador de sus obligaciones y deberes laborales; y deberán respetar su dignidad y su derecho a la protección de datos y a su vida privada.

Es interesante señalar que este convenio reconoce que la legitimación para el tratamiento deriva de la existencia de la relación laboral; en consecuencia, *“de acuerdo con la normativa aplicable, no se requiere del consentimiento del trabajador”*. No es necesario este consentimiento, pues, pero sí la información: *“deberá en todo caso cumplirse con los deberes de información previa a los trabajadores afectados que se establecen en la legislación vigente”*. Esta solución es técnicamente correcta, como veremos.

El convenio distingue también entre la dimensión individual y colectiva de estos controles, al afirmar que *“cuando este tipo de medidas tengan el carácter de colectivas o plurales deberá informarse previamente a su implantación a los representantes de los trabajadores, indicando la finalidad que se persigue”*. Aparece, pues, un segundo deber de información, esta vez a los representantes de los trabajadores, que como se verá resulta coherente con la legislación laboral en vigor<sup>22</sup>.

Se trata de un deber de informar en sentido estricto. Pero el artículo 64 ET impone un verdadero derecho de consulta en esta materia al reconocérsele el derecho a *“emitir informe, con carácter previo a la ejecución por parte del empresario de las decisiones adoptadas por este, sobre (...) control del trabajo”*. Para el Estatuto, pues, el empresario no cumple con su obligación con la mera información, que es unilateral, sino que deberá también esperar un informe.

No es la única duda que se nos plantea. Así, parece que quedan excluidas de este deber de información las medidas que se establezcan a nivel individual, para un único trabajador. Con independencia de que resulte difícil imaginar en qué circunstancias puede procederse así, lo cierto es que las competencias que el Estatuto de los Trabajadores reconoce a la representación unitaria en la empresa

<sup>22</sup> Es interesante que se deba informar tanto de la propia medida como de la finalidad perseguida con ella, pues este último aspecto resulta fundamental para que estos representantes puedan valorar la legitimidad de su establecimiento en un primer momento (aplicando el test de la proporcionalidad y comprobando si existen alternativas más respetuosas con la intimidad de los trabajadores) y de su aplicación en un segundo (comprobando qué utilidad se le da a los datos así obtenidos).

no distinguen según el alcance de los sistemas de control que se implanten, por lo que la solución que recoge el convenio no me parece adecuada en este punto.

Este convenio colectivo, aprobado en una de las unidades de negociación de vanguardia en nuestro país, demuestra tanto una especial sensibilidad por estas cuestiones como una evidente experticia técnica en su redacción. Ofrece un tratamiento completo de los derechos digitales de los trabajadores, tanto individuales como colectivos, con un espacio de regulación muy amplio al incluir todos los medios de monitorización usuales en las empresas. Y pone en evidencia a otras unidades negociales, que a pesar de la generalización de este tipo de controles no han sido capaces de incluirlos

Esta ausencia es coherente con la situación de nuestra negociación colectiva, muy poco sensible a las cuestiones relacionadas con la tecnología. Los convenios que se ocupan de ésta lo hacen por lo general sólo en su parte disciplinaria, disponiendo sanciones por el uso indebido de los medios de trabajo electrónicos por los trabajadores. Es cierto, por otra parte, que son muchos los convenios que consideran sancionables las conductas dirigidas a sortear los medios de control puestos en práctica por la empresa, especialmente los de verificación de la entrada y permanencia en la empresa. Estas prácticas, como la fichar por otro, o la de acceder al ordenador con claves ajenas para este mismo fin, resultan sin embargo difíciles cuando estos mecanismos son biométricos, puesto que en estos casos la suplantación, contra la voluntad del trabajador o con su consentimiento, resulta imposible. Su utilidad a efectos de ordenarlos resulta por ello reducida.

## 5. RÉGIMEN JURÍDICO DE SU UTILIZACIÓN EN LAS EMPRESAS

Como se ha señalado, el régimen jurídico del uso de los controles biométricos es el resultado del entrecruzamiento de dos grandes conjuntos de materiales normativos, el laboral y el digital.

El artículo 9 RGPD los incluye dentro de las categorías especiales de datos personales, cuando señala en su apartado 1º que “*quedan prohibidos el tratamiento de (...) datos biométricos dirigidos a identificar de manera unívoca a una persona física*”. Se integran así en la categoría de los datos merecedores de la mayor tutela, al mismo nivel que aquellos que revelan el origen étnico o racial, las opiniones políticas, las convicciones religiosas o filosóficas, la afiliación sindical, los datos genéticos, datos relativos a la salud o datos relativos a la vida sexual o las orientaciones sexuales<sup>23</sup>. Esta inclusión supone que disfrutan de un nivel de garantía

<sup>23</sup> Llamo la atención a que el artículo 9.1 RGPD utiliza la expresión “orientaciones sexuales”, a diferencia de las normas unioneuropeas preexistentes, que hablan de “orientación sexual”, en singular. Debe dar respuesta esta modificación a las demandas de los distintos colectivos que abogan por un reconocimiento expreso de las distintas manifestaciones sexuales y de identidad de género. Se trata de una tendencia a la inclusión que sin embargo, está empezando a crear motivos de protección antidis-

superior en todos los aspectos, quedando sometidos a una regulación más estricta. Una regulación que puede ser incluso más restrictiva, ya que este artículo habilita a los Estados miembros a mantener o introducir condiciones adicionales, inclusive limitaciones, al tratamiento de estos datos (artículo 9.4 RGPD).

Desde la perspectiva laboral, la posibilidad de establecerlos se encuentra en el artículo 20.3 ET, que como es sabido habilita al empresario a adoptar las medidas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales. Estas medidas serán las que “estime más oportunas”, lo que le concede un amplio margen de actuación; al no tener una regulación digital propia, no se le imponen restricciones o exigencias más allá de la general de guardar “*en su adopción y aplicación la consideración debida a su dignidad*”.

Pero esta afirmación, cierta desde el punto de vista laboral, resulta falsa desde el punto de vista del Derecho de la protección de datos, que se les aplica igualmente. Ya lo indica el GT-29 en varios de sus documentos, cuando señala que los empresarios deben tener siempre presentes los principios fundamentales de protección de datos, independientemente de la tecnología utilizada<sup>24</sup>.

La base para la licitud del tratamiento de los datos biométricos del trabajador se encuentra en el artículo 6 RGPD, que dispone que será lícito por cumplir una de las condiciones exigidas en este precepto. En este caso nos encontraríamos ante el supuesto previsto en la letra b), a saber “*el tratamiento es necesario para la ejecución de un contrato en el que el interesado es parte*”. El contrato cuya ejecución legitima el tratamiento es, obviamente, el contrato de trabajo que vincula al empleador que impone el mecanismo y el trabajador que lo sufre.

Sin embargo, no basta con esta habilitación. Teniendo en cuenta que nos movemos dentro del ámbito de aplicación del artículo 9 RGPD, que como se ha visto prohíbe como regla general el tratamiento de los datos biométricos, será necesario acreditar la concurrencia de alguna de las excepciones previstas en el apartado 2 del mismo precepto. En concreto cabe utilizar aquí la excepción de la letra b) de este apartado, según la cual “*el tratamiento es necesario para el cumplimiento de obligaciones y el ejercicio de derechos específicos del responsable del tratamiento o del interesado en el ámbito del Derecho laboral y de la seguridad y protección social, en la medida en que así lo autorice el Derecho de la Unión, de los Estados miembros o un convenio colectivo con arreglo al Derecho de los Estados miembros que establezca garantías adecuadas del respeto de los derechos fundamentales y de los intereses del interesado*”.

criminatoria que, precisamente por su particularidad, pueden obviar todo aquello que no se encuentre expresamente incluido y definido. Por este efecto paradójico, parece una mejor opción la de la inclusión de un concepto antidiscriminatorio más amplio incluso que el de orientaciones sexuales, como puede ser el de diversidad sexual, puesto que, una vez claro que se trata de proteger manifestaciones de orientación sexual e identidad de género diversas a las culturalmente dominantes, permite mayor grado de protección de los colectivos más minoritarios.

<sup>24</sup> Últimamente en su Dictamen 2/2017 sobre el tratamiento de datos en el trabajo, de agosto de 2017 (WP 249), pg.3.



Dos son los requisitos a cumplir para asegurar esta legitimidad: que sea necesario para el cumplimiento de obligaciones y el ejercicio de derechos de trabajadores y empresarios, de un lado; y que esté autorizado por una norma, legal o convencional. El segundo se cumple con lo previsto en el artículo 20.3 ET; el primero resulta mucho más difícil de determinar, puesto que sólo podrá determinarse caso por caso, y utilizando el test de legitimidad construido por los tribunales nacionales e internacionales cuando se trata de valorar el impacto de una conducta empresarial sobre los derechos fundamentales de los trabajadores.

Esto supone que el empresario deberá acreditar que existe una finalidad legítima, superando el test de justificación. Que debe ser necesario, considerando la finalidad perseguida con el mecanismo de control. Y que debe ser proporcional, garantizando un equilibrio entre la finalidad legítima perseguida y el impacto sobre los derechos fundamentales de los trabajadores<sup>25</sup>.

La aplicación de este test, común a los sistemas de control tecnológico de la actividad de los trabajadores, puede resultar compleja, y no siempre se llega a soluciones claras. Esto puede generar inseguridad jurídica en su utilización, algo que puede tener consecuencias serias para las empresas. Especialmente cuando, como ocurre en este caso, las opiniones sobre la legitimidad de los controles biométricos en las empresas no son unánimes.

Para la AEPD, los controles biométricos no superan, como regla general, el test de proporcionalidad, por su carácter intrusivo, lo que obliga a las empresas y entidades que los establezcan a demostrar que no existe un sistema que tenga un impacto menor en los derechos de las personas afectadas.

Por su parte, la Autoridad Catalana de Protección de Datos afirma que *“no parece que se pueda concluir la proporcionalidad de la utilización de la huella dactilar para establecer un sistema de control horario”*. Según este organismo, *“la inclusión de los datos biométricos, entre ellos los de la huella dactilar, entre las categorías especiales de datos previstas por el RGPD no permite concluir de manera automática que la implantación de un sistema de control horario basado en la recogida de este tipo de datos pueda considerarse proporcionada y, por lo tanto, conforme con el principio de minimización”*. Esto no significa excluir este tipo de controles de las relaciones laborales, sino que hay que gestionar su introducción de otra manera: *“hay que hacer una evaluación del impacto sobre la protección de datos a la vista de las circunstancias concretas en las que se lleve a cabo el tratamiento para determinar su legitimidad y proporcionalidad, incluido el análisis de la existencia de alternativas menos intrusivas, y establecer las garantías adecuadas”*<sup>26</sup>.

<sup>25</sup> Un caso práctico de aplicación de este test en A. Selma Penalva, “El control de accesos por medio de huella digital y sus repercusiones prácticas sobre el derecho a la intimidad de los trabajadores”, *Aranzadi Social*, n<sup>o</sup>9, 2010.

<sup>26</sup> Dictamen CNS 63/2018 de la Autoridad Catalana de Protección de Datos; pg.9 de la versión castellana del documento.

El GT-29 también expresa sus dudas sobre el cumplimiento de este test, y aporta algunas indicaciones sobre como comprobar que se aprueba<sup>27</sup>.

Por el contrario, el Tribunal Supremo español, en sentencia de 2 de julio de 2007, ha encontrado que existe una finalidad en los controles biométricos que, en sus propias palabras, “*es plenamente legítima: el control del cumplimiento del horario de trabajo al que viene obligados los empleados públicos*”. En su opinión, tomar una imagen de la mano de un trabajador para velar por el respeto al horario laboral, puede considerarse una medida “*adecuada, pertinente y no excesiva*”. Para el Tribunal Constitucional, “*que los datos sobre la biometría de la mano del recurrente sean datos personales no convierte su exigencia y posterior tratamiento automatizado en ilegítimos*” (Auto 57/2007, de 26 de febrero).

En cuanto a la forma de implantarlos, y de manera coherente con su visión restrictiva sobre esta tecnología, los organismos especializados en materia de protección de datos, como la AEPD o el GT-29, han señalado que es importante para la legitimidad del sistema que éste no almacene el dato biométrico; y que no se utilice para todas las instalaciones de la entidad que los imponga, sino sólo respecto de aquellas consideradas especialmente vulnerables o sensibles<sup>28</sup>.

Estas limitaciones han hecho surgir dudas sobre su utilidad como mecanismo de registro de jornada, su uso más común en la práctica laboral. La obligación de registrar la jornada de trabajo ha sido sin duda una de las novedades del Derecho del Trabajo del año 2019, aunque el surgimiento y la consolidación de esta idea tengan un origen anterior. No es éste lugar para recordar este proceso; baste señalar el cambio de papel que ha tenido este registro, que ha pasado de ser un instrumento destinado a proteger el interés del empleador a actuar como medio de tutela del trabajador, asegurando el cumplimiento de la legalidad y de lo contractualmente acordado. Sin embargo, desde la perspectiva del Derecho del Trabajo digital el debate se vuelve a plantear en los términos tradicionales, en los que se consideran los riesgos que genera para los derechos del trabajador, más que como un instrumento para su protección.

<sup>27</sup> “*Al analizar la proporcionalidad de un sistema biométrico propuesto, es preciso considerar previamente si el sistema es necesario para responder a la necesidad identificada, es decir, si es esencial para satisfacer esa necesidad, y no solo el más adecuado o rentable. Un segundo factor que debe tenerse en cuenta es la probabilidad de que el sistema sea eficaz para responder a la necesidad en cuestión a la luz de las características específicas de la tecnología biométrica que se va a utilizar. Un tercer aspecto a ponderar es si la pérdida de intimidad resultante es proporcional a los beneficios esperados. Si el beneficio es relativamente menor, como una mayor comodidad o un ligero ahorro, entonces la pérdida de intimidad no es apropiada. El cuarto aspecto para evaluar la adecuación de un sistema biométrico es considerar si un medio menos invasivo de la intimidad alcanzaría el fin deseado*”. La traducción al castellano la he tomado del Dictamen CNS 63/2018 de la Agencia Catalana de Protección de Datos.

<sup>28</sup> En palabras de la AEPD, en su Dictamen de 2015, “*esta Agencia considera que sólo sería ajustado al principio de proporcionalidad un sistema de reconocimiento dactilar que, por una parte, y como en el supuesto planteado, quede reducido a determinadas dependencias del centro, particularmente el comedor y, por otra permita que los medios de verificación, en este caso el algoritmo de la huella dactilar del alumno, permanezcan en su poder y no sean incorporados al sistema, que sólo incluiría los datos referentes a la identificación del alumno que accede al comedor, al producirse una verificación positiva del mismo*”.

La nueva redacción del artículo 34.9 ET impone a las empresas la obligación de garantizar este registro diario, y al establecer sus requisitos mínimos señala que éstas deberán conservar los registros durante cuatro años, permaneciendo a disposición de los trabajadores, sus representantes colectivos y la Inspección de Trabajo. La Guía sobre el registro de jornada elaborada por el Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social desarrolla esta idea, señalando que los registros deben “*estar y permanecer físicamente en el centro de trabajo, o ser accesibles desde el mismo de forma inmediata*”<sup>29</sup>. El Criterio Técnico de la Inspección de Trabajo 101/2019 incide en la necesidad de esta presencia o accesibilidad en los centros de trabajo<sup>30</sup>. Esta obligación hace surgir, una vez más, la duda sobre la compatibilidad de ambas regulaciones, generando inseguridad para las empresas<sup>31</sup>.

Un uso indebido nos coloca dentro del ámbito de las infracciones laborales muy graves, pues el artículo 8.11 LISOS tipifica como tales “*los actos del empresario que fueren contrarios al respeto de la intimidad y consideración debida a la dignidad de los trabajadores*”. En la práctica judicial puede suponer también la nulidad de las pruebas obtenidas mediante sistemas implementados irregularmente, afectando a la validez de las decisiones empresariales adoptadas de acuerdo con la información suministrada por ellas.

Existe acuerdo entre tribunales y órganos administrativos sobre la necesidad de informar a los trabajadores afectados<sup>32</sup>. Por el alcance de la medida, pero también por aplicación de un principio general en la protección de datos de los trabajadores que ha acuñado el GT-29, para el que éstos “*deben recibir información efectiva sobre el control que se lleva a cabo*”.

Sin embargo, no parece necesario obtener el consentimiento<sup>33</sup>, algo en lo que coinciden también tribunales y órganos administrativos. Esto por movernos dentro de la ejecución de un contrato de trabajo, y por la propia legitimidad de la medida de control. La antes citada sentencia del Tribunal Supremo de 2 de julio de 2007, opina que dado que el control del cumplimiento del horario de trabajo es una finalidad legítima; y en tanto esa obligación es inherente a la relación que une a los trabajadores con la entidad que los emplea, no es necesario obtener previamente su

<sup>29</sup> MINISTERIO DE TRABAJO, MIGRACIONES Y SEGURIDAD SOCIAL, “*Guía sobre el registro de jornada*”, accesible en <http://www.mitramiss.gob.es/ficheros/ministerio/GuiaRegistroJornada.pdf>. Visitada el 1 de septiembre de 2019.

<sup>30</sup> INSPECCIÓN DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL, “*Criterio Técnico 191/2019 sobre actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en materia de registro de jornada*”. Accesible en [http://www.mitramiss.gob.es/itss/ITSS/ITSS\\_Descargas/Atencion\\_ciudadano/Criterios\\_tecnicos/CT\\_101\\_2019.pdf](http://www.mitramiss.gob.es/itss/ITSS/ITSS_Descargas/Atencion_ciudadano/Criterios_tecnicos/CT_101_2019.pdf), visitado el 15 de septiembre de 2019.

<sup>31</sup> En extenso Gracia García, *ibidem*.

<sup>32</sup> Así lo declara la sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional de 21 de 2013.

<sup>33</sup> Entendiendo por consentimiento, de acuerdo con el RGPD y la LOPDPGDD, toda manifestación de voluntad libre, específica, informada e inequívoca por la que este acepta, ya sea mediante una declaración o una clara acción afirmativa, el tratamiento de datos personales que le conciernen.

consentimiento<sup>34</sup>. De todas maneras, esta innecesariedad del consentimiento debe relativizarse, en la medida en que en este ámbito su utilidad como garantía de los derechos de los trabajadores es limitada. Así, en el Dictamen del G-29 de 2017 tantas veces citado en este trabajo se afirma que los trabajadores casi nunca están en condiciones de dar, denegar o revocar el consentimiento libremente, habida cuenta de la dependencia que resulta de la relación empresario/trabajador. Dado el desequilibrio de poder, los trabajadores solo pueden dar su libre consentimiento en circunstancias excepcionales, cuando la aceptación o el rechazo de una oferta no tienen consecuencias<sup>35</sup>.

Al no estar previstos en el Título X de la LOPDPGDD tampoco se recogen especialidades en cuanto al papel de los representantes de los trabajadores, que sí aparecen en la regulación de otros supuestos de control tratados en esta ley. Rige por tanto lo previsto en el artículo 64 ET, que reconoce al comité de empresa el derecho a emitir informe sobre *“la implantación y revisión de sistemas de control del trabajo”*; informe que deberá ser previo a su implementación, y en los términos previstos en el apartado 1º de este mismo artículo. El artículo 34.9 ET también reconoce su competencia cuando el mecanismo de vigilancia se utiliza para registrar la jornada. Este papel lo corrobora la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 19 de diciembre de 2005: *“cuando el artículo 64 del ET ordena oír al Comité de Empresa para la implantación de determinados sistemas de control de trabajo está imponiendo una obligación laboral, cuyo incumplimiento debe ser objeto de análisis por la Jurisdicción Social”*.

El incumplimiento de la obligación de información supone la comisión de una infracción laboral grave, según el artículo 7.7 de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social<sup>36</sup>. También puede afectar a la validez de las pruebas obtenidas, y en consecuencia de las decisiones empresariales apoyadas sobre éstas.

Teniendo en cuenta el carácter intrusivo de los mecanismos utilizados, y la naturaleza de los datos obtenidos, parece claro que el recurso a esta tecnología debe venir precedido de una evaluación de impacto, en el sentido del art. 35 RGPD<sup>37</sup>.

<sup>34</sup> Entre otras muchas, véase la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, de 8 de febrero de 2017. Véase también la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de Sevilla de 27 de septiembre de 2007.

<sup>35</sup> En la ya citada sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, de 8 de febrero de 2017 se afirma que *“en el ámbito laboral el consentimiento del trabajador pasa, por tanto, como regla general a un segundo plano pues el consentimiento se entiende implícito en la relación negocial, siempre que el tratamiento de datos de carácter personal sea necesario para el mantenimiento y el cumplimiento del contrato firmado por las partes”*.

<sup>36</sup> Que, como es sabido, califica como infracción laboral grave *“la transgresión de los derechos de información, audiencia y consulta de los representantes de los trabajadores y de los delegados sindicales, en los términos en que legal o convencionalmente estuvieren establecidos”*.

<sup>37</sup> Así lo entiende el Dictamen CNS 63/2018 de la Agencia Catalana de Protección de Datos, en el que se afirma lo siguiente: *“en cualquier caso, con carácter previo a la decisión sobre la puesta en marcha de un sistema de control de este tipo, teniendo en cuenta las implicaciones tecnológicas de la tecnología utilizada, la observación sistemática de los hábitos de los trabajadores y el tratamiento de*

Como es sabido, el apartado 1º de este artículo dispone que cuando sea probable que un tipo de tratamiento, por la tecnología utilizada, por su naturaleza, alcance, contexto o fines, pueda suponer un alto riesgo para los derechos y libertades de las personas físicas, una evaluación del impacto de las operaciones de tratamiento en la protección de datos personales. Esta evaluación deberá realizarla el responsable del tratamiento, que podrá contar con la colaboración en su caso del Delegado de Protección de Datos; y deberá efectuarse previamente al inicio del tratamiento de los datos.

De la misma manera, aplica el principio general de minimización, que exige, de acuerdo con el artículo 5 RGD, que los datos personales sean “*limitados a lo necesario en relación con los fines para los que son tratados*”. Según el artículo 25.2 de esta misma norma unioneuropea, el responsable del tratamiento deberá aplicar las medidas técnicas y organizativas apropiadas para garantizar que, “*por defecto, solo sean objeto de tratamiento los datos personales que sean necesarios para cada uno de los fines específicos del tratamiento*”. En particular esta obligación se aplicará a la cantidad de datos personales recogidos, a la extensión de su tratamiento, a su plazo de conservación y a su accesibilidad. El objetivo de minimización se tendrá en cuenta, además, tanto en el momento de determinar los medios de tratamiento como en el del propio tratamiento

En la práctica judicial española su generalización ha llevado a que sean considerados por los tribunales como un indicio de laboralidad. Como quiera que se implementan para controlar a los propios trabajadores, el que se apliquen también a otras personas no empleadas de la empresa apunta fuertemente hacia la calificación de éstos como personal de ésta, tanto en supuestos de cesión de trabajadores<sup>38</sup> como de falsos autónomos. Esto es una complicación, porque los controles biométricos se utilizan no sólo para verificar el cumplimiento de las obligaciones laborales, sino también para regular el acceso a las instalaciones empresariales<sup>39</sup>.

La introducción de un sistema de control de acceso mediante datos biométricos no supone una modificación sustancial de condiciones de trabajo ni requiere el acuerdo del comité de empresa, como señala la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Región de Murcia, de 25 de enero de 2010. En caso de desacuerdo de éste sobre la implantación de tal mecanismo resulta válido acudir a la vía del conflicto colectivo, según sentencia de este mismo órgano de 15 de julio de 2009.

*datos de una categoría especial (biométricos), sería preciso llevar a cabo una evaluación del impacto relativa a la protección de datos de carácter personal para evaluar tanto la legitimidad del tratamiento y su proporcionalidad como la determinación de los riesgos existentes y las medidas para mitigarlos”.*

<sup>38</sup> Así ocurría en el supuesto de hecho contemplado por la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria de 25 de mayo de 2010.

<sup>39</sup> No es raro encontrar, por ello, situaciones en las que las empresas combinan dos sistemas de regulación de acceso: el biométrico para los propios empleados; y otro alternativo, más tradicional, para personal ajeno, tanto clientes como proveedores y empleados de empresas contratistas.

Los tribunales se han enfrentado también a la cuestión de la fiabilidad de sus resultados. En una muy reciente e interesante sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 12 de julio de 2019 la cuestión controvertida era precisamente si una decisión empresarial, un despido por absentismo, debía ser considerada adecuada en razón del mecanismo de control de asistencia utilizada, uno basado en huellas dactilares. El trabajador alegaba que por los servicios que prestaba, en un laboratorio manejando productos que podían afectar a sus manos, el sistema no funcionaba adecuadamente, y así se lo había hecho saber a la empresa. Para el tribunal no podían considerarse acreditadas las ausencias de éste, por lo que el despido debía ser considerado improcedente. En la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 8 de febrero de 2017 se consideró procedente el despido de una trabajadora que había manipulado el sistema de control de acceso mediante huella dactilar.



## USO DE REDES SOCIALES Y CONTROL EMPRESARIAL

EDUARDO GONZÁLEZ BIEDMA  
*Catedrático de Derecho del Trabajo*  
Universidad de Sevilla

**EXTRACTO**      **Palabras Clave:** Redes sociales, privacidad, poderes empresariales, relaciones laborales

Las redes sociales son utilizadas en la actualidad de manera absolutamente generalizada por trabajadores y empresas. En ocasiones, los trabajadores pueden hacer manifestaciones en las redes sociales que las empresas consideren lesivas para su imagen. También pueden revelar incumplimientos contractuales o causar perjuicios a otros trabajadores. Si tiene incidencia en la actividad empresarial y en el prestigio de la empresa, el empresario puede emprender acciones disciplinarias. En general, cuando un empleado realiza una publicación en una red social, incluso cuando instala determinados datos en su “perfil” o incluso señala un “me gusta” a alguna publicación ajena, puede tener consecuencias de carácter laboral. El empresario puede acceder a esos datos siempre y cuando no utilice mecanismos fraudulentos para hacerlo. Ello no quiere decir que pueda realizar una actividad de investigación sistemática (casi de espionaje) sobre la actividad de sus empleados en las redes. Deberá regirse en todo momento por el principio de proporcionalidad, pues está irrumpiendo en el ámbito de la vida personal de sus empleados.

**ABSTRACT**      **Key Words:** Social media, privacy, employers’ prerogatives, labour relations

Social networks are currently used in an absolutely widespread way by workers and companies. Workers can sometimes make social media demonstrations that companies consider harmful to their image. They may also reveal contractual breaches or cause harm to other workers. If it has an impact on the business activity and the prestige of the company, the entrepreneur can take disciplinary action. In general, when an employee posts on a social network, even when he or she installs certain data on his “profile” or even points a “like” to a third-party post, it can have work-related consequences. The employer can access this data as long as he does not use fraudulent mechanisms to do so. This is not to say that it can carry out a systematic (almost espionage) research activity on the activity of its employees in the networks. It must be governed at all times by the principle of proportionality, as it is breaking into the personal life of its employees.



## ÍNDICE

1. EL FENÓMENO DE LAS REDES SOCIALES Y SUS PRESENCIA EN EL MUNDO DE LA EMPRESA
2. EN CONCRETO, EL USO DE LAS REDES Y SUS LÍMITES: ¿PUEDE TENER CONSECUENCIAS LABORALES SU USO POR LOS TRABAJADORES?
  - 2.1. Transgresión de la buena fe contractual y daño reputacional de la empresa
  - 2.2. Opiniones que afectan a la reputación “política” de la empresa
  - 2.3. Un caso peculiar: las publicaciones en redes sociales con material ilícitamente obtenido en la empresa
3. CONTROL POR PARTE DEL EMPRESARIO Y RESPETO DE LOS DERECHOS DE LOS TRABAJADORES
4. CONCLUSIONES

### 1. EL FENÓMENO DE LAS REDES SOCIALES Y SUS PRESENCIA EN EL MUNDO DE LA EMPRESA

No es nada nuevo afirmar que el uso de las redes sociales es, quizás, uno de los signos más distintivos de las nuevas generaciones, a los que, por supuesto, también se han incorporado con entusiasmo las más veteranas. Tampoco que estas redes crecen a una velocidad exponencial, que son un instrumento ineludible de comunicación interpersonal –e incluso familiar– y que su potencial incluso desafía seriamente a los medios de comunicación de masas convencionales –también al cine y a la televisión convencionales– incluso a aquéllos que han dado el paso de optar por internet como vía primordial de difusión de sus contenidos.

También, en cierto modo, se da el fenómeno de que, como nuevo método de comunicación interpersonal, las redes no sólo complementa, sino que en ocasiones hasta sustituyen a los métodos tradicionales de comunicación: las charlas interpersonales, las conversaciones informales o tertulias, las conversaciones telefónicas, o el correo postal.

Ello significa que las redes sociales suponen una nueva frontera, un nuevo espacio donde se reproducen prácticamente todas las cuestiones propias de la vida personal, trasladando a este espacio las clásicas preocupaciones y cuestiones relativas a la privacidad personal<sup>1</sup>.

Igualmente, hay que considerar que las redes sociales son muy distintas entre sí. Las hay pura o primordialmente profesionales (como LinkedIn), cuyas restricciones de acceso por terceros se deben primordialmente a razones comerciales,

<sup>1</sup> Vd., L.F. De Castro Mejuto, “Las nuevas maneras de trabajar y las redes sociales”, en L. Mella Méndez y P. Nuñez-Cortés (Dir.), *Nuevas tecnologías y nuevas maneras de trabajar. Estudios desde el Derecho Español y Comparado (Alemania, Reino Unido, Polonia, Portugal y Argentina)*, Madrid (Dykinson-Centro de Estudios Sagardoy), 2017. Cap. XIV. En especial pág. 309y ss.

más que de privacidad. Es decir, quien publica lo hace, en general, para que lo que ahí indica se sepa por todos, y es la empresa propietaria de la red la que determina quién puede acceder o no a tales publicaciones, basada en los niveles de suscripción de los posibles participantes, más que en las expectativas de privacidad de su autor.

Otras, como whatsapp, telegram o snapchat tienen connotaciones más parecidas a una conversación telefónica o de correo electrónico privado, si bien tiene una dimensión, la de “grupos” donde, según las características del mismo, las expectativas de privacidad así como la propia dinámica de la misma, llegan a ser radicalmente distintas<sup>2</sup>.

Facebook, por su parte, está orientada a comunicar determinadas noticias a los “amigos” y a conocer la de los mismos. Sin embargo, esta red ha evolucionado de una manera increíble, y se ha convertido en ámbito de creación de grupos, una “mini-internet” en cuyo ámbito hay toda suerte de páginas web y personales, mensajería instantánea, publicidad, transacciones comerciales, telefonía, conversación y video. Es decir, todo un universo, una red dentro de la red.... Al mismo tiempo, las publicaciones pueden ser compartidas y reproducidas –a través de la “fotografía” de la pantalla donde tal publicación aparece– de manera prácticamente incontrolable, puesto que incluso las conversaciones privadas pueden ser compartidas o reenviadas de alguna manera hasta convertirse en públicas y hasta “virales”, como se acostumbra a decir en estos ámbitos. Instagram, que ha alcanzado una popularidad tremenda, es otra vía de comunicación interpersonal y de amplios grupos con enorme impacto, al igual –cómo no– que youtube, que en sus comienzos fue una especie de “depósito” de videos on line ha pasado a ser un auténtico canal y motor de comunicaciones e interacciones. Twitter es cada vez un instrumento más poderoso que abre un sinfín de interacciones y posibilidades. Empezó como un medio de compartir breves opiniones o pensamientos y ha pasado a ser una red absolutamente esencial en el ámbito político, social y empresarial, con independencia del uso personal cada vez más vasto.

El mundo de las redes sociales cambia constantemente. Las redes evolucionan, algunas fenecen mientras surgen otras nuevas con gran éxito, y determinados sitios de internet se transforman progresivamente. Con frecuencia llegan a adquirir características de interacción próximas a las de las redes sociales “tradicionales”. Así, multitud de páginas de ventas como ebay, amazon o de viajes como tripadvisor, que permiten interacciones –con vendedores o con otros compradores, o visitantes de un cierto hotel o lugar, que pueden dejar opiniones que les identifican– que se usan profusamente. Tales interacciones con ella la afloración pública de opiniones o puntos de vista. Entonces, es factible advertir que con ello se pueden revelar facetas de la propia intimidad o se comuniquen opiniones con un potencial contenido que

<sup>2</sup> Vd. L.E. Nores Torres, “Algunos puntos críticos sobre la repercusión de las redes sociales en el ámbito de las relaciones laborales: aspectos individuales, colectivos y procesales”, en *Revista de Información Laboral*, n. 7/2016, pág 5 y ss.

alguien –ese “alguien” incluye eventualmente a un empresario– pueda considerar ofensivo o del que pueda discrepar<sup>3</sup>.

Igualmente, las propias empresas crean “redes sociales” internas a partir de sus propios portales de recursos humanos o usando las muy diversas aplicaciones informáticas para comunicación corporativa. A veces con promesa de privacidad y respeto estricto de la misma –es decir, para permitir a los empleados manifestarse libremente, sin injerencias o supervisión de la empresa– y a veces sin esta prevención.

Adicionalmente, no se puede obviar que las empresas usan habitualmente, y cada vez de modo más intenso, las redes sociales tanto para captar talento, clientes y proveedores como medio para lanzar sus propios mensajes. A través de los mismos no sólo se hace publicidad en sentido tradicional, sino que se irrumpe en el “ciberespacio” para transmitir unos determinados mensajes, una determinada ética empresarial, un conjunto de valores y una misión. De hecho, cada vez es más importante en la empresa la figura del “community manager”, que trata precisamente de transmitir determinados mensajes dirigidos al público en general y en particular a sus clientes, empleados y proveedores. Del mismo modo, las propias empresas de publicidad destinan en la actualidad una enorme cantidad de recursos a reforzar la presencia de sus clientes en las redes.

También, de manera específica, las empresas utilizan estas redes para realizar ofertas de trabajo.

Significa ello que las redes son cada vez más “la arena” donde las empresas se presentan, siendo por lo tanto extraordinariamente sensibles a la influencia que sus empleados tengan en las mismas.

En definitiva, estas breves consideraciones se formulan tanto para poner de relieve diversos puntos, como que las “redes sociales” son muy diversas entre sí y muchos sitios de internet no nacidos como tales evolucionan para ser, de alguna manera, una red social. Asimismo, se quiere poner de relieve que no todas sirven para lo mismo, que no son iguales, y que cada vez más son sitios de negocios, no sólo de relaciones interpersonales y de meras manifestaciones de la vida privada.

<sup>3</sup> Vid. C. Kadushin, Charles *Understanding Social Networks: Theories, Concepts, and Findings*, Oxford (Oxford University Press) 2012. F. Martínez Gutiérrez “Las redes sociales: una aproximación conceptual y una reflexión teórica sobre los posibles usos y gratificaciones de este fenómeno digital de masas” *TecCom Studies: Estudios de Tecnología y Comunicación*, N.º. 1, 2010, págs. 26-34; M. Pérez Wiesner, M. Poveda Fernández Martín, F. López Muñoz, *EduPsyché: Revista de psicología y psicopedagogía*, Vol. 13, N.º. 1, 2014 (Ejemplar dedicado a: Historia de la psicología (con motivo del XXVII Symposium de la SEHP), págs. 93-118.

## 2. EN CONCRETO, EL USO DE LAS REDES Y SUS LÍMITES: ¿PUEDE TENER CONSECUENCIAS LABORALES SU USO POR LOS TRABAJADORES?

Facebook es quizás la red social más popular en cuanto a mezcla de difusión de opiniones con noticias, videos y fotografías de carácter personal, y que además tiene una difusión potencialmente más abierta. Aunque otras igualmente populares, como Twitter, están más orientadas a compartir noticias y opiniones personales, en la actualidad no se considera la más idónea para difundir noticias relativas a la vida personal.

Las publicaciones de Facebook son más propensas a dar cuenta ser noticias a compartir entre un horizonte más cerrado e identificable de personas –pues permite graduar el nivel de difusión, pero en principio, sólo es comunicada a los “amigos”– lo que hace concebir más a Facebook como una “plaza pública”<sup>4</sup>. Ello ha conllevado, sin duda, que en el ámbito jurídico-laboral, esta red social es la que ha resultado objeto de pronunciamiento por los tribunales.

El ser “plaza pública” o lugar primario de expresión de opiniones ha servido, sin duda, para que sea la primera red en lograr atención de los órganos judiciales<sup>5</sup>.

La primera pregunta a plantearnos al respecto es la de cuáles son los límites de exponer opiniones, particularmente en Facebook. Se podría responder, de manera rápida, que tendría los mismos límites que las propias del ejercicio de la libertad de expresión en cualquier otro medio: prensa, medios de comunicación en general, publicidad (cartelería, anuncios) o correo electrónico masivamente distribuido<sup>6</sup>.

Sin embargo, la duda es pertinente. Lo es, porque debemos plantearnos si Facebook se considera una especie de lugar privilegiado, casi íntimo, de comunicación interpersonal –en cuyo caso, la manifestación de opiniones ocuparía el lugar de la libertad de pensamiento, ideas y opiniones, como si alguien estuviese en su entorno familiar o de amistades más íntimo– o si por el contrario se considera un

<sup>4</sup> Sobre la cuestión, vid. S. Rodríguez Escanciano, Poder de control empresarial. Sistemas tecnológicos y derechos fundamentales de los trabajadores. Valencia (Tirant lo Blanch), 2015, pág. 32 y ss.

<sup>5</sup> Ya hay una extensa lista de Sentencias de TSJ que se han pronunciado, si bien todavía no puede apreciarse una doctrina del Tribunal Supremo al respecto. A título indicativo, vid., entre otras, STSJ Madrid 25-5-2011, (rec. 5016/2010), por incluir en redes sociales, en su perfil la frase “fuck easyjet” cuando prestaba servicios en dicha compañía aérea. Sobre esta Sentencia volveremos en el texto; STSJ País Vasco de 19-2-2013, (rec. 189/2013), sobre una empleada de una residencia de ancianos donde aparecían residentes, y se hacían bromas; STSJ Cataluña de 3-3-2016 (rec. 191/2016) por criticar altos salarios de directivos de la empresa, de mañosos y de enchufismo. Resultó en improcedencia.; STSJ Aragón 18-5-2016, (rec. 300/2016), sobre una trabajadora que publica en redes comentarios ofensivos para otras compañeras, resultando el despido procedente; STSJ de Murcia de 12-4-2018 (rec. 1292/2017), sobre publicación del trabajador en Facebook donde decía el trabajador en las elecciones celebradas en la empresa se habían producido coacciones y amenazas con despidos y con hacerles la vida imposible para que los candidatos se borrasen de las listas, resultando improcedente el despido.

<sup>6</sup> Sobre la síntesis del ámbito y límites de la libertad de expresión en la doctrina del Tribunal Constitucional vid., en particular las Sentencias 187/2015, de 21 de septiembre de 2015 y 65/2015, de 13 de abril.

lugar semi-público, y por lo tanto la libertad de expresión se hubiese de contemplar con las habituales restricciones<sup>7</sup>.

A este respecto, dentro de la doctrina judicial de suplicación ha tenido frecuentes ocasiones de manifestarse<sup>8</sup>.

## 2.1. Transgresión de la buena fe contractual y daño reputacional de la empresa

Destaquemos en primer lugar algunos casos llamativos en los que directamente el uso de la red social resulta en un daño directo a la imagen de la empresa.

Es reseñable en primer lugar Sentencia del TSJ de Madrid 25 mayo 2011 (rec. 371/2011). No sólo por la construcción o aporte doctrinal que se contiene en la misma como por su fecha, pues es de los primeros pronunciamientos de un TSJ sobre esta cuestión. Destaquemos que se refiere no a una opinión manifestada en la red, sino a algo más sutil, como es un dato contenido en el propio perfil del trabajador: El trabajador en cuestión, empleado de una aerolínea, inscribió en su perfil (dentro del apartado de “formación y empleo”) “Fuck easyjet”. La Sentencia no apreció la nulidad del despido ni lesión de los derechos fundamentales del trabajador. Sí se admitía la improcedencia, pero más bien debido a la insuficiencia de gravedad de la causa esgrimida; a pesar de lo grosera que pudiese parecer la afirmación del trabajador afectado, no se halló en ella la gravedad suficiente para la más alta sanción disciplinaria. Sin embargo, no se consideró que hubiese habido una invasión de intimidad del trabajador al contenerse la frase controvertida en un capítulo de público acceso del trabajador, su perfil de Facebook.

También entre las sentencias pioneras en abordar estas cuestiones podemos citar la Sentencia del TSJA (Granada) de 10-11-2011, que declara procedente despido de una empleada cualificada de un supermercado que publicaba fotos en actitud incorrecta. En la foto en cuestión se evidenciaba la marca de la empresa así como la identificación de la propia empleada. El Tribunal apreció procedencia del despido pues entendió –ello es una anotación muy importante– que con tales fotos se quebrantaba la buena fe contractual, además de revelar datos inapropiados de la empresa. Debe insistirse en este dato porque lo relevante no es ya el daño a la reputación de la empresa, sino lo inadecuado que supuso la conducta de la

<sup>7</sup> Doctrina ésta compleja, pero que básicamente, se ciñe a poner como frontera la buena fe, y con ello el “daño buscado” a la empresa desbordando por tanto el cumplimiento de las obligaciones inherentes al contrato de trabajo. Vd., particularmente, S. Del Rey Guanter, S., “Nuevas perspectivas de la libertad de expresión e información en las relaciones laborales: contrato de trabajo y redes sociales”, en E. Borrajo Dacruz, (Dir.), *Controversias vivas del nuevo Derecho del Trabajo*, Madrid (La Ley) 2016, p. 306 y ss., J.M. Serrano García, “El derecho a la libertad de expresión del trabajador a través de las nuevas tecnologías y el derecho a la reputación de la empresa”, REDT, n. 217/2019.

<sup>8</sup> Además de las Sentencias ya citadas, Vd. Goerlich Peset, *cit.*, pág 137.

trabajadora desde el punto de vista de la confianza defraudada que se depositó en ella ante esa actitud tan poco profesional.

En esta línea, y algo anterior, merece ser invocada la Sentencia del TSJ de Cataluña de 10-12-2007 (Rec. 34/2007), en la que un empleado de limpieza pública participa en un video que se publica en “youtube”, con ropa de la empresa y en tono cómico. Se entiende que es denigrante para la imagen de la empresa y también ofensivo para sus compañeros, por lo que se concluye que sí concurre transgresión de la buena fe contractual. Como, además, se graba durante el tiempo de trabajo, se considera que incurre en falta de disminución de rendimiento e indisciplina<sup>9</sup>.

Es también reseñable, en esta misma línea, la Sentencia TSJ de Madrid de 30-3-2012, donde se vierten en Facebook comentarios ofensivos sobre un cliente. Pero al no identificar al cliente y tratarse de una sola vez, no se considerará con gravedad como para justificar la procedencia del despido. En concreto se refería en un grupo de FB a unas clientas como “*Señoras que van a la empresa X a revelar las afotos...*”

El tribunal apreció falta de gravedad y—bueno es reparar en ello—prescripción, pues consideró como *dies a quo* el de inserción del comentario, y no el del último día de su permanencia en la red. Pero debe reseñarse que no descartó el Tribunal que el hecho en sí era potencialmente sancionable ni apreció irregularidad en los accesos.

Pero también han sido polémicos supuestos en los que no estaba implicada directamente la imagen o marca de la empresa, sino que ésta ha averiguado, a través de las redes sociales, diversas conductas de sus empleados que pueden considerarse ilícitas:

La Sentencia del TSJ de Andalucía de 13/12/18 (Rec. 3763/2017) se refiere a un despido motivado en la publicación en Facebook de unas fotos de un trabajador desnudo en los baños de su centro de trabajo, a la sazón una estación de ITV.

*“Fotografiarse desnudo en las instalaciones del centro de trabajo en fecha indeterminada, imágenes que aparecieron colgadas en una página de Facebook con el título «ITV Orgiva»”.*

Sobre esta imputación la Sala afirma:

*“Ciertamente, las imágenes salieron del ámbito privado y se difundieron en una página de Facebook con el título «ITV Orgiva», pero no se ha alegado ni acreditado que el actor no adoptase las medidas de precaución necesarias para garantizar su privacidad o actuase en forma*

<sup>9</sup> Ciertamente, influyó que el video se grabara durante el tiempo de trabajo, pero eso no fue lo esencial. Influyó más bien la imagen en el servicio, al haberse hecho en la vía pública y al haber estado sometido el video a una gran difusión.

*que favoreciese su utilización por terceros, lo que impide fundar la medida disciplinaria en una eventual negligencia que ni siquiera ha sido objeto de reproche.*

*Resta señalar que la empresa, antes de comunicarle su despido, tuvo conocimiento tanto de que el trabajador había presentado una denuncia en vía penal por la publicidad dada a las fotografías y el texto insertado en las mismas, como del posible canal por el que se obtuvieron en razón de los datos que figuran en el informe que encargó a una agencia de investigación cuya copia obra en autos.”*

Esta Sentencia resulta, por lo tanto, de particular interés. Notemos que, aunque llega a admitir que el hecho de la publicación de esa fotografía podría ser grave en sí, sin embargo, no acepta que por haberla publicado en Facebook automáticamente se deba considerar hecha con publicidad, y con ello dejara de ser un acto privado. Es cierto que, de facto, la foto se divulgó, pero no se acreditó que hubiese sido responsabilidad del trabajador. Ayudó a esta valoración, sin duda, el hecho de una denuncia penal interpuesta por él mismo denunciando esa publicación sin su permiso. Ello es indudable. Pero lo cierto es que la Sala concluye que no por el hecho de publicarla fotografía se puede considerar realmente publicada por el actor. En concreto, en este caso, indica que la empresa no ha podido acreditar que el actor no hubiese adoptado las garantías necesarias para garantizar su *privacidad* o que hubiera facilitado su difusión.

Claro que la invitación que hace la Sentencia a que la empresa consiga esa prueba no deja de causar una cierta perplejidad por una doble razón: La primera, porque llega a realizar una cierta inversión de la carga de la prueba que lleva a la empresa, prácticamente, a una situación probatoria casi imposible: debe probar que el trabajador no adoptó medidas necesarias para la garantizar la privacidad. Y nos debemos preguntar cómo es que puede hacerlo, cómo puede probarlo. Los criterios de seguridad son a su vez, privados y seguros a los que cualquiera no puede acceder. De hecho, sólo los puede conocer el propio interesado y los administradores de Facebook. Es cierto que podría haberse instado el auxilio del propio juzgado para ello, pero aún así, no parece que esa vía resulte muy indicada. La segunda es porque la Sentencia juega con una cierta “*contraditio in terminis*”: Se puede publicar una noticia o confidencia en Facebook pero a su vez se deben hacer esfuerzos para garantizar la privacidad.

Ello podría entenderse en el sentido de que el emisor de la noticia debería tener la publicación limitada a los “amigos” y además hubiese restringido al máximo la posibilidad de compartir la noticia en cuestión. Pero, aun así, ¿se debería considerar “privada” esa publicación? Y, yendo más allá, ¿cuál es nivel cuantitativo de una noticia o de un hecho indebidamente publicado para que pueda considerarse contrario a las exigencias de la buena fe propia de una relación laboral? ¿Los amigos? Y,

siguiendo con el argumento, ¿cuál sería el número de amigos “límite”? Hay quien tiene miles de amigos en su red. De hecho, Facebook permite un máximo de 5.000 amigos. Es decir, que, incluso si se limita a los amigos aquellos que puedan ver una publicación, potencialmente podría llegar a 5.000 personas que previamente hubiesen sido admitidas como amigos. ¿Seguirían siendo esas comunicaciones “privadas”? Sería algo inocuo desde el punto de vista de la reputación de la empresa –por ejemplo– lo publicado allí? ¿Cómo podría el interesado prevenir que esa información se divulgase aún más? Pues, incluso si limita la posibilidad de compartir determinada publicación, no evita que se pueda reproducir la noticia en sí –si se tratase de una noticia– o incluso de fotografiar el “pantallazo” y reenviarlo de manera ilimitada; operación que está, por cierto, al alcance incluso de usuarios poco experimentados.

De todas maneras, esta Sentencia no puede considerarse que sostenga la tesis más frecuente.

Veamos también, por ejemplo, ésta del TSJ de Canarias, en sentencia de 22/01/16 (Rec. 1167/2015) sobre el despido de una trabajadora de baja por una lesión de brazo a la que se le despide por publicar en Facebook una foto tocando la guitarra y otra lijando una puerta.

Con independencia de que, por otras circunstancias y razones, el despido se declaró improcedente, resultan muy interesantes las valoraciones del derecho a la intimidad, y que resultan disonantes respecto de las que se acaban de exponer en relación a la recién citada Sentencia del TSJA:

*“Conforme a la doctrina expuesta debe señalarse que las fotografías utilizadas por la empresa para proceder al despido de la trabajadora, reproducen momentos que pertenecen a su privacidad, actividad doméstica y momentos de ocio, pero que han sido compartidos por ella con terceros a los que ha permitido su fotografía en el momento de realización de la actividad. El visionado de las fotos evidencia que la trabajadora sabía que estaba siendo fotografiada, y tal hecho no puede discutirse. Este tercero al que se consintió la reproducción de la imagen propia, procedió a la exposición pública de las fotos en una red social de libre entrada a todo el que quiera tomar conocimiento de lo en ella expuesto. Si el acceso a la página de la trabajadora en esta red, «Facebook», es libre, y el espacio en esta página donde el tercero «colgó» las fotos, dice la sentencia en los hechos probados, no requiere uso de claves ni tiene restricción alguna, siendo estas circunstancias necesariamente conocidas por la demandante como usuaria de «Facebook», no existe la vulneración del derecho a la intimidad personal y familiar denunciada, pues hay una autorización de la titular del derecho para que cualquiera, incluida su empleadora pueda tomar conocimiento de la parte de su intimidad que expone, por la publicidad que supone el medio”.*



Por lo tanto, como primera conclusión a destacar, notemos que el acceso a fotos públicas de los trabajadores en la red social no vulnera el derecho a la intimidad y pueden ser utilizadas como prueba en procedimientos de despido.

Ahora bien, a la hora de valorar la gravedad de los hechos que acreditan las fotos llega a la conclusión de que no se puede apreciar fraude porque un día, durante su baja, la trabajadora toque la guitarra, ni tampoco que esporádicamente pudiera lijar una puerta, ya que no se sabe en ninguno de los dos casos el tiempo y la repercusión de esas dos actividades temporales.

No puede escapar a nadie la conclusión, de que las opiniones vertidas en las redes sociales (no sólo los hechos revelados en las mismas) pueden tener serias consecuencias laborales, acabando incluso en el despido. Las redes no pueden entenderse ya, como tanto se ha dicho, como una “máquina de café”<sup>10</sup> o “plaza pública”<sup>11</sup> en torno a la que se puede manifestar cualquier opinión banal, sin pensarlo, sino que, de alguna manera, por su carácter escrito y de inmediata divulgación, supone una manifestación llamada a ser conocida por cualquier persona, con todo lo que ello conlleva.

## 2.2. Opiniones que afectan a la reputación “política” de la empresa

Una de las sentencias más novedosas de los últimos años, es de un juzgado de lo Social de Palma de 28-2-2018 (autos 531/2017). Si bien no nos consta que aún haya una respuesta a esta cuestión por el TSJ de las Islas Baleares, vale la pena comentarla, incluso brevemente, aunque provenga de un JS y no de un TSJ, dado su interés y lo notorio del caso, que su momento atrajo gran debate y fue seguido en la prensa.

Aquí, lo más destacable es que las publicaciones de Facebook en cuestión no tienen nada que ver con la empresa. Se trata de unas publicaciones realmente de pésimo gusto, con distintos comentarios y fotos denigrantes – p.ej., *a) una fotografía de un grupo de niños muertos aparentemente por utilización de gases y armas químicas bajo el título «mannequin Challenge en Siria» – doc. 8 del ramo prueba de la demandada*– pero, insistimos, totalmente desvinculados de su empresario, en este caso la cadena Primark. Resultaba que este trabajador tenía en su perfil público personal que era trabajador de Primark y, merced a ello surgió una iniciativa de un grupo de usuarios de twitter de hacer una campaña de boicot contra ese establecimiento.

Se dio la circunstancia de que tales comentarios sólo estuvieron brevemente en

<sup>10</sup> Vd. L.F. De Castro Mejuto, op. cit., pág. 305.

<sup>11</sup> No obstante, ese concepto tiende a transformarse. Vd. Mike Isaac, *Facebook será menos como una plaza pública y más como una conversación privada*, Ntymes.Com, 8 De Marzo de 2019. <https://www.nytimes.com/es/2019/03/08/facebook-privacidad-mark-zuckerberg/>

Facebook, ya que la propia Facebook los retiró por inadecuados. Lo que se comentó fue en cómo Primark podía tener un empleado de esa naturaleza.

Por último, debe reseñarse que la empresa tenía una política de redes sociales, que conocía y aceptó el trabajador, que incluía instar a sus empleados a que “velen por que en su actividad virtual se respete la dignidad de la persona y de los trabajadores”

Lo más llamativo, con todo, es que el mero hecho de presentarse como trabajador de una empresa, pueda ser causa de despido, a pesar de que no se hubiese proferido nada explícito de la empresa que la critique o deje en evidencia de algún modo. Que sólo calificarse como trabajador en su perfil público puede conllevar incluso el despido.

Quizás el párrafo más llamativo de esta Sentencia sea el siguiente:

*“...la empresa puede adoptar las medidas disciplinarias oportunas a pesar de que el trabajador no se encuentra ni en tiempo ni en lugar de trabajo, al indicar que respecto del tiempo fuera de jornada laboral, no significa que en ese periodo se disponga de bula absoluta para realizar actuaciones que vayan en perjuicio de la empresa, pues hay que considerar que todas ellas están de alguna forma vinculadas a la relación laboral en cuanto redundan directa o indirectamente un perjuicio a la empresa”*

La consecuencia de este razonamiento es digna de consideración, y sin duda inquietante. Se podría concluir tras ella que en la medida en que nuestra conducta extraempresarial, pueda incidir en la imagen de nuestra empresa, debemos acomodar tal conducta a los valores sostenidos en la empresa. O, dicho de otra manera, no podremos hacer nada que, eventualmente, pueda dañar la imagen de la empresa, por el mero mecanismo de asociación: la empresa puede incidir en que no se dañe su imagen y esa imagen puede quedar perjudicado por cualquier empleado que en su vida privada tenga puntos de vista que puedan afectar negativamente a la empresa. Ello es algo muy delicado porque piénsese que ni siquiera se pide que haya una sentencia firme condenatoria del trabajador (p.ej., delitos “de odio”, o discriminaciones o vejaciones probadas), sino que puede bastar una campaña iniciada por una serie de activistas (como fue aquí el caso) con razón o sin ella. Así, en el presente asunto, creo que ninguno de los lectores de este artículo, ni éste que lo escribe, se complacerían con las imágenes que fueron objeto de publicación. Admitamos y compartamos que el mecanismo de control interno de Facebook eliminó esos comentarios. Admitamos también que haya personas que además de denostar esa conducta se lo recriminen, incluso que asociaciones de afectados o de defensa de DDHH y el propio ministerio fiscal lo persigan judicialmente, si bien no está en todo caso clara la solución que podrían dar los tribunales en cada caso<sup>12</sup>.

<sup>12</sup> Recordemos que El derecho de la libertad de expresión existe, precisamente, para garantizar aquellas opiniones minoritarias, chocantes o “desagradables”, aunque siempre con límites, los cuales

Dicho esto, la pregunta que ahora nos debemos hacer es si cabe adicionalmente, en tales casos de exceso en límites de la libertad de expresión relacionados exclusivamente, la “pena” añadida –y sumaria– de despido que pueda infligir la empresa, que pareciera casi una pena accesoria a la principal (por cierto, que no se llegó a imponer). Incluso a pesar de haberse hecho tales comentarios desde una cuenta no empresarial, por supuesto, en horas fuera de trabajo y sin ninguna referencia a la empresa en cuestión. Más bien, habría que buscarla buceando en el perfil del interesado donde hacía referencia a la empresa en la que trabajaba. ¿Puede la empresa por lo tanto en tales casos hacer un juicio “sumarísimo” de tales apreciaciones y despedir al trabajador valorando el daño reputacional a la empresa? Además, el mismo se habría de medir sólo en el hecho de que un “activista” o “influencer” con muchos seguidores hubiese decidido iniciar una campaña en las redes donde se vinculaban los comentarios lamentables a su condición de empleado. Son aspectos, sin duda, que deben ser meditados muy seriamente.

Que éste es un tema polémico lo puede acreditar también un asunto que tuvo lugar en Bélgica, resuelto en primera instancia por Sentencia hecha pública el 28 de diciembre de 2017<sup>13</sup>. En el caso, importante y que ha trascendido también entre nosotros<sup>14</sup>, se ventilaba un despido de una ONG –cuyo nombre no ha trascendido– cuyo motivo fue que un trabajador había marcado “like” a un comentario publicado en Facebook relativo a un controvertido cómico, Dieudonné M’Bala, condenado en Francia por antisemitismo. Con anterioridad, el despido ya había sido reprendido por su empleadora por comentarios inapropiados, en relación a Dieudonné, y se le indicó que no volviera a compartir ni integrar en su muro de Facebook comentarios de ese personaje, a lo que aparentemente se avino. No obstante, como se ha indicado, marcó “like” a uno de sus comentarios y ello le valió el despido. Tal decisión fue confirmada por la Corte de Lieja, en una Sentencia desde luego muy polémica. Lo llamativo es que el despido fue motivado no ya por manifestar determinada opinión, ni siquiera por compartirla, sino, como se ha reiterado, meramente por pulsar “like”, un sencillo “me gusta” a una entrada hecha por un tercero, en este caso el controvertido y convicto cómico “Dieudonné”, con sesgo de antisemitismo. En efecto, los responsables de la ONG empleadora entendieron que el daño reputacional causado por esa conducta no era tolerable. En

son discutibles y deben ser examinados y valorados caso por caso. Las opiniones que van “a favor de corriente” y son naturalmente aceptadas por las mayorías dominantes no resultan problemáticas, y no tienen que invocar la tutela propia de la libertad de expresión. En definitiva, defiende la libertad de conciencia: D. Llamazares Fernández, *Derecho de la libertad de conciencia* (I), Civitas, Madrid, 1997, p. 201.

<sup>13</sup> <https://www.lalibre.be/belgique/vire-pour-avoir-like-sur-facebook-une-publication-raciste-5a4522d5cd70b09cef53dafc>.

<sup>14</sup> Vd. M. López Balaguer, “Libertad de expresión y redes sociales: ¿es posible sancionar al trabajador por publicaciones de contenido privado ajenas al trabajo?”, en *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, N° 146, 2019, págs. 102 y ss.

el proceso, el despedido argumentó que su actitud estaba amparada por la libertad de expresión, y que había respetado su compromiso pues mostrar aprecio por una publicación en Facebook no equivale a compartirla<sup>15</sup>.

La Sentencia estimó que aunque, efectivamente, “Todo trabajador tiene derecho a su libertad de expresión”, ésta no puede en ningún caso empañar la imagen de la empresa y de sus dirigentes”.

Es imaginable la polémica que causó la Sentencia. Y ello, fundamentalmente por dos razones. La primera es que penalizar un “me gusta” supone sobrepasar una nueva frontera. No se trata ya de propagar opiniones, ni punto de vistas que puedan considerarse lesivos de derechos de terceros. Con ello parecería que dar a un simple “me gusta” fuese como firmar un manifiesto perturbador, cuando, para empezar, ni el propio significado de un “me gusta” es unívoco, pues puede, por ejemplo, no sólo explicar conformidad con el contenido de la publicación, sino también apreciar la oportunidad de que algo sea publicado, aunque no se esté de acuerdo con el contenido de la noticia; o puede simplemente apreciar la valoración del valor plástico de una fotografía, pero no del comentario que se hace. Por ejemplo, se puede dar “like” a un chiste de mal gusto, sin compartirlo, pero simplemente porque haya resultado gracioso. La segunda razón es que en este caso no es fácil averiguar, en principio, una clara correlación entre ese “me gusta” y reputación de empresa alguna. De hecho, para el público en general, tal conclusión exigiría una capacidad de examen el de indagar entre los “me gusta” de una específica publicación, identificar el nombre del despedido y conocer que trabaja en la ONG en cuestión, que ni siquiera consta si estaba recogido en su perfil de usuario. Por ejemplo, el influyente abogado belga Jacques Englebert señaló que, a su entender, la decisión del tribunal es correcta porque “cuando se hace ‘me gusta’, uno se expresa”, pese a que a veces los usuarios no lo perciban como tal porque se ha convertido en “un gesto fácil, banal”<sup>16</sup>. Otros, sin embargo, consideraron la decisión del Tribunal totalmente injustificada, ratificando una sanción excesiva.

Sin duda, influyó en la decisión del tribunal el hecho de que el fondo de las opiniones polémicas (aunque no fueron vertidas por el despedido) eran inaceptables, al tener un claro contenido antisemita, lo que era doblemente grave ante el carácter del empresario, una ONG, que por lo tanto era muy sensible a su imagen, la cual podía quedar fatalmente dañada por sucesos como el aquí observado. Y ello –aquí de nuevo cabe remarcar la extrañeza que causa esta Sentencia– a pesar de que el puesto del trabajador era poco significado dentro de la empresa: era contable, por lo que ni era un directivo cuyas opiniones pudiesen entenderse dichas en nombre de la empresa, ni tampoco alguien especialmente relacionado con la imagen o con los clientes de su organización.

<sup>15</sup> Vid., Serrano García, “El derecho a la libertad de expresión...”cit., pp. 12-13

<sup>16</sup> Nota de Agencia EFE, BRUSELAS 28/12/2017.

### **2.3. Un caso peculiar: las publicaciones en redes sociales con material ilícitamente obtenido en la empresa**

Interesa destacar a este respecto la STSJ de Castilla-León de 30-04-2014 (rec. 491/2014). La misma expone un caso de particular interés sobre el uso Facebook. Alude a un supuesto no tan infrecuente, como es el de una empleada que usa esta red social para subir una publicación que resulta ofensiva para otra compañera de trabajo. Podría entenderse que ello resultara indiferente a la empresa –al fin y al cabo se refiere a asuntos privados y personales de dos trabajadoras– pero ello no fue así, dado que el material publicado en Facebook partía de una grabación de seguridad que utilizó sin autorización.

La trabajadora en cuestión fue despedida ante la gravedad del hecho –sobre todo, por lo que implicaba de utilización ilegítima de la grabación que además derivó en la humillación y burla de otra compañera de trabajo– e hizo a la Sala confirmar la procedencia del despido pero, sobre todo, la llevo a apreciar lo siguiente:

Lo trascendente en este momento es, en particular, que esta Sentencia consideró que lo publicado en Facebook podía considerarse como una declaración pública, como si se hubiese hecho con difusión a través de cualquier otro medio convencional, tal que fuera el uso de los medios de comunicación o fijación de carteles, por ejemplo.

## **3. CONTROL POR PARTE DEL EMPRESARIO Y RESPETO DE LOS DERECHOS DE LOS TRABAJADORES**

Cuando un empresario reacciona ante una información extraída o deducida de una red social surge, naturalmente, la cuestión de cómo ha podido llegar a su poder esa información y, al mismo tiempo, si puede realmente usarla, habida cuenta de las limitaciones que se derivarían en el caso de considerar la información contenida en Facebook o en la red social de que se trate como privada.

Al respecto hay que adelantar que, a pesar de la actitud dubitativa al respecto de los tribunales españoles, todo apunta a que se debe acabar imponiendo la tesis de que lo que se publica voluntariamente en las redes es público. Ello es muy claro cuando se usan redes cuya orientación es ser abiertas, como twitter. Es más discutible generalizar ese carácter en Facebook donde, ciertamente, quien realiza publicaciones en su propio “muro” puede predeterminar el nivel de privacidad de la publicación en sí.

Como recuerda Calvo Gallego<sup>17</sup>, tras un acertado examen de la doctrina judicial en el ámbito de países anglosajones, se constata que en las jurisdicciones

<sup>17</sup> “TIC y poder de control empresarial: reglas internas de utilización y otras cuestiones relativas al uso de Facebook y redes sociales. STSJ La Rioja 23 mayo 2011”, en *Doctrina Aranzadi Social*, 71/20129/2012, pág. 25.

británicas y norteamericanas se han convalidado despidos por críticas hechas en Facebook, incluso si no se habían hecho de modo totalmente público. Bastaba que cupiese la opción –que por otro lado, existe prácticamente siempre– de que los “amigos” puedan compartir de alguna manera. Es el caso, por ejemplo del caso *Crisp vs. Apple Retail*, de UK. También en Francia, refiere la postura parecida, puesto que un ámbito al que podrían llegar los amigos de los amigos no se podría considerar estrictamente privado.

Es decir, que el único caso realmente excluido es aquél que se correspondería con los supuestos en los que el empresario hubiera obtenido la información del trabajador de un modo artero. Esto es, creando perfiles falsos para ganarse la autorización del afectado y acceder así torpemente a informaciones que de otra manera no hubiese podido conocer, o “hackeando” su cuenta de cualquier manera.

Obviamente, esas conductas partirían del fraude, de un ilícito y por lo tanto las pruebas así obtenidas no podrían ser utilizadas (arts. 11LOPJ y 287 LEC<sup>18</sup>), como es de sobra conocido.

Al margen de otras consideraciones sobre los límites del control empresarial, y que se abordarán a más adelante, debe destacarse que, por regla general, cuando el empresario adopta medidas disciplinarias basadas e opiniones o noticias publicadas en redes sociales y que llevan al empresario, se da por sentado de que el empresario tuvo noticia de esa noticia de manera incidental.

A veces los conoce porque han trascendido por haberse “viralizado” determinado comentario, por haber propiciado una campaña algún usuario o algún grupo, haber dado cuenta la prensa u otros medios o por haberlo reportado algún trabajador de la empresa, cliente o allegado. En definitiva, en ninguno de los casos contemplados desde la jurisprudencia se ha asumido nunca que se hubiese utilizado ningún ardid por parte del empresario para acceder a la publicación en cuestión.

En tales casos, el planteamiento siempre ha sido que una vez que el interesado publicaba una noticia, foto o comentario, ésta se hacía pública, de alguna manera, aunque el mismo hubiese realizado la publicación con un ámbito restringido a un determinado grupo o a sus contactos, esto es, no totalmente abierto<sup>19</sup>. La asunción es que, materialmente, es posible compartir una publicación en los muros de los distintos participantes, siendo prácticamente inviable limitar su reproducción viral. Por lo tanto puede llegar al empresario de una manera legítima. Esto es, sin haber hecho éste ningún acto ilícito para obtenerla, ni tampoco haber forzado u obligado a alguien a que lo hiciera.

De esta manera quedarían zanjadas las cuestiones más frecuentemente examinadas por la doctrina judicial. De hecho, no se conoce por el momento ningún

<sup>18</sup> Que, como es sabido, se refieren a la ilicitud de las pruebas obtenidas “directa o indirectamente” vulnerando los derechos fundamentales. Vid., por todos, J. Montero Aroca, *La prueba en el proceso civil*, Madrid, (Civitas, 7ª ed.) 2012., pág 175

<sup>19</sup> Vid. Calvo Gallego, op. cit., pág 23.

pronunciamiento donde se haya tenido que revertir una decisión empresarial basada en noticias referidas a través de redes sociales bajo la certeza de que hubiese tenido un acceso ilegal a esas fuentes.

Como mucho, se cuestionaría la prescripción o la autoría, pero no la licitud de la obtención de la información, toda vez que no se cuestiona el carácter lícito de la misma.

Como muestra, invoquemos la Sentencia del TSJ de Asturias de 14-6-13 (Rec. 241/2013), a propósito de un despido procedente por vulneración de la buena fe contractual. En esa Sentencia se discutió sobre la realización de actividades de ocio incompatibles con una situación de baja médica. Ello fue conocido por la empresa a través de Facebook... por medio de una publicación de la propia despedida, publicación que fue conocida por la empresa “... *sin necesidad de utilizar clave ni contraseña alguna para acceder a las mismas dado que no estaba limitado el acceso al público, de modo que se obtuvieron libremente, pues al estar “colgadas en la red” pudieron ser vistas sin ningún tipo de limitación con lo que no hay una intromisión en la intimidad de la trabajadora*”.

Se descartó por lo tanto la alegación de la afectada en relación a que ella no autorizó la lectura de la publicación que motivó su despido a la empresa. El Tribunal acogió el argumento de que la empresa había obtenido la información de manera legal –por más que no hubiese sido intención del actor que hubiese llegado la noticia a sus ojos– por lo que no había nada reprochable en su conducta. Toda vez que la actora no adujo ninguna otra razón enervante de la eficacia de esa prueba (p.ej., prescripción o fecha en la que estaba tomada la foto en cuestión), se consideró una prueba válida y eficiente dentro del procedimiento por despido.

Ahora bien, con independencia de que hubiera tenido acceso accidental o por envío de un tercero a esas fuentes de información provenientes de publicaciones en redes sociales, la siguiente pregunta es si un empresario puede hacer una investigación “proactiva” en el ámbito del uso de las redes sociales por parte de los trabajadores.

La única respuesta factible a tal cuestión es la de que no cabe que el empresario haga un seguimiento sistemático, una monitorización programada, de las interacciones de sus empleados en las redes sociales.

Es pertinente hacer esta afirmación, porque en una época como la presente, con unas capacidades informáticas y de búsquedas en la red, robotizadas y automatizadas, prácticamente sin límite, es factible pensar que un empresario tenga respecto de sus trabajadores la tentación de hacer una investigación profunda de todos y cada uno de ellos. Con fines que es difícil anticipar: la propia contratación, las promociones profesionales, bonos o incluso para selección en caso de despidos; basándose en su estado familiar, en su ideologías o tendencias políticas, simpatías y orientación afectiva. Es decir, con un potencial discriminatorio o, simplemente, preventivo, pero de cualquier modo burlando la intimidad de los mismos.

Que no pueda hacer ese estudio o “profiling” sistemático de cada trabajador, sin embargo, no quiere decir que no pueda usar las redes en absoluto incluso de manera proactiva. Imaginemos, por ejemplo, que ante una presumible fuga de datos sensibles en la empresa se realiza una investigación, incluso profesional. ¿Sería factible usar las redes sociales? O, ante una ausencia al trabajo amparada en una baja por enfermedad que resulta sospechosa, el empresario confía a la Mutua o a sus propios técnicos que indaguen la realidad de lo alegado por el trabajador.

Sobre esta cuestión es pertinente citar la Sentencia del TSJ de Canarias, de 22/01/16 (Rec. 1167/2015), que trata precisamente sobre una cuestión del índole de la aquí abordada. Ante una baja médica de la que se sospecha que es simulada, se plantea la Sentencia si se incluye en las facultades de control del art. 20 ET la de investigar la información de Facebook. Respondiendo afirmativamente, indica lo siguiente:

*“...en aquella situación en que la trabajadora se encuentra de baja médica, esto es, fuera del ámbito de control directo del empresario, es legítimo y necesario el seguimiento de su estado y actividad a través de un medio idóneo como es el acceso a una red social, publicitada por la propia trabajadora, y el juicio de constitucionalidad señalado se cumple.”*

Un caso análogo es contemplado en la Sentencia del TSJ de Galicia fecha 21/11/16 (Rec. 2533/2016). En este caso, un trabajador de baja por lesión en rodilla se va de caza en numerosas ocasiones y presume de ello, a través de distintas publicaciones y fotografías en Facebook, al tiempo que lo hacen también otros amigos. Ante tales hechos, la conclusión judicial no podría ser otra: *“...el trabajador incumple el deber de buena fe cuando la actividad que viene realizando en situación de baja laboral resulta perjudicial para su curación o es expresiva de una simulación en su situación de incapacidad para el trabajo.”* Considerándose lícito y adecuado haber utilizado las pruebas para ello que ofrecía Facebook<sup>20</sup>.

Son tremendamente significativos estos pronunciamientos en tanto que, de manera explícita, legitiman que se puedan hacer búsquedas directas y explícitas en las redes sociales para informarse sobre conductas privadas de los trabajadores.

El significado de esta tendencia de la doctrina judicial, de consolidarse –y no hay motivos para pensar que no vaya a ser así– es muy a tener en cuenta. Realmente, es coherente con lo que la propia jurisprudencia venía reconociendo en cuanto a la investigación de la vida privada hecha, por ejemplo, con detectives o investi-

<sup>20</sup> Más recientemente, en esta misma línea, cabe citar la Sentencia del TSJ de Murcia 13 de febrero de 2019 (Rec. 1427/2018) donde también se concluyó la procedencia de un despido por haber trabajado haciendo la competencia al empleador, que se debía considerar como de concurrencia desleal y además en vulneración de pacto expreso de no concurrencia. Lo relevante es que el trabajador se publicitaba en Facebook para realizar esos trabajos prohibidos. No se apreció lesión de la intimidad en esa averiguación.



gadores profesionales. Siguiendo esa lógica, ciertamente, del mismo modo que un detective puede vigilar espacios públicos para averiguar posibles irregularidades de un trabajador, podría indagar con el mismo fin, de modo complementario, el “espacio público” que constituye una red social como Facebook. Siempre, claro está, que no se sobrepasen los límites impuestos por la necesidad de no entrar en ese espacio de modo engañoso o fraudulento.

Pero, más allá de eso, hay que recordar que esa investigación personal directa, aún siendo factible, no deja de ser una intromisión en la esfera personal del trabajador, lo que no puede hacerse de una manera indiscriminada.

Recordemos que el propio TEDH nos enseña –puede verse al respecto su Sentencia de 3 de abril de 2007 (Copland vs. Reino Unido) aunque no está referida a un uso de redes sociales, sino a las comunicaciones habidas desde medios de la empresa, un centro académico– que “*la recogida y almacenamiento de información personal relativa a las llamadas telefónicas, correo electrónico y navegación por internet de la demandante, sin su conocimiento, constituye una injerencia en su derecho al respeto de su vida privada y su correspondencia, en el sentido del art. 8 del Convenio*. Añadía –prestemos a ello singular atención– que “el mero hecho de que la institución en cuestión<sup>21</sup> obtuviese estos datos legítimamente, en forma de facturas telefónicas, no es impedimento para constatar una injerencia en los derechos garantizados por el artículo 8. Asimismo, el almacenamiento de datos personales relativos a la vida privada de una persona se halla también en el ámbito de aplicación del artículo 8.1.” Cabe citar otras muchas en tal sentido, como la conocida Sentencia “Rotaru” de 4 de mayo de 2007<sup>22</sup> que, como otras tantas, recuerdan que la empresa no es un ámbito ajeno al ejercicio y respeto de los derechos fundamentales.

Pues bien, como ha reconocido con reiteración nuestro Tribunal Constitucional –en particular desde las Sentencias 57/1994 y 143/1994– en línea precisamente con la doctrina del TEDH es que la intromisión en la esfera privada del trabajador, en tanto vulneración de la intimidad debe hacerse con “proporcionalidad”<sup>23</sup>.

La misma, como es sabido, requiere que la limitación del derecho constitucional que sea vea limitado ha de hacerse de manera “proporcional” lo cual implica un juicio de “idoneidad”, “necesidad” y proporcionalidad en sentido estricto. En

<sup>21</sup> Se trataba en concreto de un “College” de Gales. En este caso, se trataba de un monitoreo de llamadas telefónicas de una empleada del centro educativo. No del contenido de las llamadas, sino de los números marcados y de su coste, deducidos de las facturas, las cuales se hallaban legítimamente en poder del College. No habiendo sido avisada la trabajadora de tal monitorización, tenía una natural expectativa de privacidad.

<sup>22</sup> Vd. al respecto las acertadas consideraciones de Calvo Gallego, op. cit., pág 11.

<sup>23</sup> Vd. M. González Beilfus, *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Navarra (Aranzadi-Thomson), 2015, 2ª e. pág. 79. C. Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Madrid (Centro de Estudios Políticos y Constitucionales) 2005, pág. 39 y ss., así como J. Barnés Vázquez, “El principio de proporcionalidad. Estudio preliminar” en *Cuadernos de Derecho Público*, nº 5, (1998), 23 y ss.

definitiva, la actividad que afecte al derecho fundamental en cuestión debe ser idónea para el fin perseguido, debe ser necesaria –de modo que no haya otras vías menos lesivas para lograr el fin pretendido, que la de limitación del derecho– y, por fin, debe ser “proporcional”. Esto es, debe haber un cierto equilibrio, proporcionalidad, entre el sacrificio exigido y el beneficio derivado de tal limitación.

Habría que añadir a estas reglas las derivadas de los arts. 4.2.e) art. 20.3, en cuanto al respeto a la dignidad del trabajador<sup>24</sup>.

Además, concretamente en la materia que ahora nos ocupa, hay que considerar la vigencia del art. 18.1 CE, en cuanto que garantiza el derecho a la intimidad personal y familiar y, muy particularmente, al at. 18.4, que invoca la limitación legal de “...el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar”. Además, habría que considerar las exigencias de la Ley Orgánica de Protección de Datos<sup>25</sup>.

En definitiva, siendo cierto que la intimidad no es un derecho absoluto, es factible que deba cohonestarse con las necesidades de control y organización inherentes a la marcha de la propia empresa control que, con la debida “proporcionalidad” puede significar investigar, siempre que sea necesario y proporcionado, la presencia del trabajador afectado en redes sociales.

En efecto, el hecho de que la información publicada en las redes sociales se haya hecho pública no empece a que sea una parte de la vida privada para el trabajador, sin relevancia profesional, sin que afecte a la empresa. Por ello mismo, una intromisión “organizada” y estructurada desde la misma, debe estar limitada, por las razones ya expuestas.

Pensemos, por ejemplo, que una persona publica una información sobre sí mismo, no desea un uso desmedido de la misma, esto es, un uso en ámbito y con finalidad distinta para la que se publicó. Por ejemplo, si alguien comparte en Facebook una información sobre el nacimiento reciente de un hijo, desea compartir un hecho que le causa felicidad y satisfacción. Sin embargo ¿puede tal información utilizarse para realizar un perfil profesional de la persona que incluya la consideración de un dato personal potencialmente discriminatorio relacionado con la situación de paternidad o maternidad o del status familiar del trabajador actual o potencial trabajador?

Es probablemente inevitable que casos de este tipo se den en la práctica. Pero la pregunta que en realidad nos debemos formular es si una persona puede sentirse libre de publicar hechos de su vida en las redes sociales con la tranquilidad de que, salvo que revelen en sí mismos hechos ilícitos (p.ej., subir información ilícitamente

<sup>24</sup> Vid., al respecto, una Sentencia muy citada del TSJ de La Rioja de 23.5.2011 (Rec. 217/2011), y el comentario al respecto de Calvo Gallego, ob.cit.

<sup>25</sup> Vid. J.M. Goerlich Peset “Protección de la privacidad de los trabajadores en el nuevo entorno tecnológico: Inquietudes y paradojas”, en ASOCIACIÓN DE LETRADOS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *El derecho a la privacidad en un nuevo entorno tecnológico*, Madrid, 2016, págs. 141-142.

obtenida o con un fin de desacreditar a la propia empresa) o incumplimientos laborales directos sin que sea factible un uso “perverso” de los mismos en el ámbito de su relación laboral o de sus futuras ofertas de trabajo.

#### 4. CONCLUSIONES

4.1. Las redes sociales resultan un fenómeno de comunicación con gran presencia en el mundo de la empresa, utilizadas por prácticamente todos los trabajadores. Son muy distintas entre sí. Todos los portales y grandes aplicaciones informáticas tienden a crear comunidades donde surgen interacciones. Estas redes tienen, potencialmente, implicaciones en la vida de la empresa.

4.2. En particular, Facebook, se considera en cierto modo una “plaza pública” de intercambio de noticias y opiniones. Las opiniones vertidas en él, e incluso las características personales, el “perfil” de los usuarios, pueden considerarse públicas. Por lo tanto, quedan sometidas a las limitaciones de la libertad de expresión que habitualmente se exigen a un trabajador en relación a la empresa en la que está empleado: básicamente, las derivadas de la buena fe y de las especiales restricciones que, al efecto, se derivan del contrato de trabajo.

4.3. La doctrina judicial se ha referido ya en ciertas ocasiones a la cuestión y ha avalado el uso por parte de las empresas de información contenida en perfiles y comentarios hechos en Facebook. Incluso ha considerado causa de despido comentarios que, siendo totalmente privados y sin contener ningún tipo de alusión explícita a la empresa sin embargo podía entenderse en demérito de su prestigio por un mero mecanismo de asociación del trabajador que emitía una opinión censurable y la empresa.

4.4. El empresario puede usar legítimamente los contenidos publicados en las redes sociales cuando haya tenido conocimiento de ellos por cualquier medio. Sólo le estaría vedado un acceso fraudulento a la información a través de simulaciones de identidades o mecanismos análogos.

4.5. Las publicaciones hechas por los trabajadores con material ilícitamente obtenido dentro de la empresa (p.ej., grabaciones) pueden ser igualmente sancionable; máxime si con ella se atenta a la dignidad de otros trabajadores.

4.6. En el ámbito comparado, especialmente dentro del mundo anglosajón, resulta clara la consideración de “pública” de las opiniones expresadas a través de las redes sociales.

4.7. Existió un caso muy llamativo, en Bélgica, donde la Corte de Lieja convalidó la legalidad de un despido por haber dado “like” a un post de un cómico con carácter antisemita. Aunque se trataba de una ONG, cuyo prestigio merecía un cuidado especial, y el trabajador estaba advertido, se trata de un nuevo paso, dado que ni siquiera era manifestar directamente una opinión, sino sólo dar “like” a una publicación de otra persona.

4.8. El empresario puede conocer las manifestaciones de las redes sociales y los datos de perfil de los empleados sin olvidar que está penetrando en la esfera personal de los trabajadores. Es lícito que lo haga si usa medios asimismo lícitos. Sin embargo, no puede olvidar que esta intromisión debe ser “proporcional” en el sentido de la jurisprudencia constitucional: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

4.9. Se considera proporcional el uso de las redes para controlar el absentismo, o el cumplimiento del deber de no concurrencia o exclusividad.

4.10. El almacenamiento masivo de datos extraídos de las interacciones de las redes sociales por parte de los trabajadores debe considerarse fuera del art. 8 CEDH y el art. 18.4 CE, además de la vulneración de lo dispuesto en la Ley Orgánica de Protección de datos.

4.11. Es necesario en todos los casos estar seguro de la autoría de las publicaciones, siendo polémico cuando se consideran prescritas.



# EL CONTROL EMPRESARIAL DEL CORREO ELECTRÓNICO DEL TRABAJADOR

JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Presidente de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social (AESSS)  
Universidad de Granada*

POMPEYO GABRIEL ORTEGA LOZANO

*Profesor Ayudante Doctor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universidad de Granada*

*“El interés por la libertad y la independencia sólo son concebibles  
en un ser que aún conserva la esperanza”  
Albert Camus\**

**EXTRACTO**      **Palabras Clave:** Correo electrónico, control, monitorización, comunicaciones, videovigilancia

En este texto se estudia profundamente la doctrina jurisprudencial del control o monitorización del correo electrónico del trabajador por parte del empresario lo que plantea una fuerte tensión dialéctica entre varios derechos que disfrutan de dimensión constitucional. Es evidente que en este complejo tema se suscitan multitud de cuestiones conflictivas respecto al alcance y prevalencia de cada uno de los derechos, centrándonos en la parte práctica y la solución de casos conflictivos que han establecido criterios jurisprudenciales.

**ABSTRACT**      **Key Words:** Email, control, monitoring, communications, video monitoring

This text studies deeply the jurisprudential doctrine of the control or monitoring of the email of the employee on the part of the employer, what presents a hard tension between several rights that have of constitutional dimension. It is evident that this complex issue causes multitude of conflictive questions about the scope and prevalence of each one of the rights, focussing on the practical part and the solution of problematic cases that have established jurisprudential criteria.

\* CAMUS, A., *La mort heureuse*, Paris, Gallimard, Folio, 2010, pág. 38.

## ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. LA JURISPRUDENCIA DEL TEDH: CASO BARBULESCU II, CASO LÓPEZ RIBALDA Y CASO LIBERT
  - 2.1. Sentencia del TEDH 5 de septiembre de 2017: caso barbulescu II contra Rumania
  - 2.2. Sentencia del TEDH 9 de enero de 2018: caso lópez ribalda y otros contra España
  - 2.3. Sentencia del TEDH 22 de febrero de 2018: caso libert contra Francia
3. LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SOBRE VIDEOVIGILANCIA Y CONTROL DE LAS COMUNICACIONES ELECTRÓNICAS DEL TRABAJADOR
4. LA RECIENTE DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO SOBRE EL ACCESO DE LA EMPRESA A LAS COMUNICACIONES ELECTRÓNICAS DEL TRABAJADOR
5. CONCLUSIONES

## 1. INTRODUCCIÓN

En el control del correo electrónico institucional del trabajador por parte del empresario se plantea una fuerte tensión dialéctica entre varios derechos que disfrutan de dimensión constitucional: por un lado, la propiedad privada y la tutela del patrimonio empresarial (art. 38 CE); y, por otro, los derechos fundamentales a la intimidad (art. 18.1 CE), al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE) y a la libertad de expresión (art. 20.1 CE). Es evidente que en este complejo tema se suscitan multitud de cuestiones conflictivas respecto al alcance y prevalencia de cada uno de los derechos, centrándonos, en este texto, en la parte práctica y la solución de casos conflictivos que han sentado jurisprudencia. Pautas jurisprudenciales que vienen siendo aplicada, en mayor o menor medida, con interpretaciones diversas por los tribunales ordinarios españoles.

## 2. LA JURISPRUDENCIA DEL TEDH: CASO BARBULESCU II, CASO LÓPEZ RIBALDA Y CASO LIBERT

### 2.1. Sentencia del TEDH 5 de septiembre de 2017: Caso Barbulescu II contra Rumania

Es la Gran Sala del TEDH, en fecha de 5 de septiembre de 2017, cuando falla en el asunto *Barbulescu II*<sup>1</sup>. Anteriormente la Sección Cuarta del TEDH había dic-

<sup>1</sup> TEDH 5 de septiembre de 2017, Caso Barbulescu contra Rumania [TEDH\2017\61].

tado sentencia de fecha 12 de enero de 2016 declarando que no se había producido violación del art. 8 del Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950. Es por ello que, ante esta resolución negativa para el trabajador, el reclamante solicitó que el supuesto fuera remitido a la Gran Sala, lo que fue admitido y dio lugar a la citada sentencia que, como ya adelantamos, declaraba la vulneración de dicho precepto. De manera resumida, el TEDH condena que un empresario o superior controle y espíe el email del trabajador sin previo aviso: el empresario vulnera el derecho a la intimidad y al secreto de las comunicaciones al vigilar los mensajes enviados y recibidos en el correo del empleado cuando no ha sido previamente informado de esta posibilidad, aun cuando existan normas específicas en la empresa que prohíban su utilización con fines personales.

Esta sentencia versa sobre un ingeniero de ventas que trabaja para una empresa privada que, a petición de su empresario, creó una cuenta *Yahoo Messenger* –servicio de mensajería en línea que ofrece una transmisión de texto en tiempo real en internet– con el fin de recibir y responder a preguntas de los clientes.

Asimismo, la empresa distribuyó a todos los empleados una nota informativa que decía: *“el tiempo que se pasa en la empresa debe ser tiempo de calidad para todo el mundo. Acudid al trabajo para ocuparos de los problemas de la empresa y profesionales, y no de los problemas privados. No paséis el tiempo en internet, hablando por teléfono o haciendo fotocopias de cuestiones que no competen a vuestro trabajo ni vuestras funciones. La empresa se ve en la obligación de verificar y vigilar el trabajo de los empleados y de tomar las medidas oportunas contra los trabajadores en falta”*.

Igualmente, en la propia empresa existían estrictas reglas de uso de los ordenadores y medios informáticos que prohibían su utilización para fines personales de los trabajadores. Sin embargo, no se hacía referencia a la posibilidad de poder vigilar las comunicaciones de sus empleados. No obstante, posteriormente, la empresa decide despedir al ingeniero tras monitorizar el ordenador del trabajador y comprobar que mantenía conversaciones privadas en horario laboral. Por ello el empleado presenta demanda solicitando, entre otras cosas, la anulación de la decisión del despido. Sin embargo, el Tribunal del Condado de Bucarest desestima la queja del trabajador confirmando la legalidad de la decisión del despido. Posteriormente, el demandante interpone recurso contra esta sentencia ante el Tribunal de Apelación de Bucarest, el cual decide desestimar el recurso al considerar que *“internet es un instrumento que el empleador pone a disposición del empleado para su utilización con fines profesionales y que el empleador está en su derecho de establecer las reglas de utilización de dicho instrumento”*.

Frente a tal decisión, se acude al Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH) por considerar el demandante que ha existido violación del secreto de las comunicaciones en el despido por la utilización de mensajería ins-



tantánea para uso personal en el centro de trabajo. En efecto, el trabajador sostiene que la decisión de su empresa de despedirle se tomó basándose en una vulneración de su derecho al respeto de la vida privada y la correspondencia, y los tribunales nacionales no protegieron ese derecho.

Al respecto, para el TEDH sí existe violación del derecho a la intimidad. En estas circunstancias, parece que los órganos jurisdiccionales nacionales no consiguieron, por un lado, comprobar, concretamente, si el empleador había notificado previamente al demandante la posibilidad de que sus comunicaciones en *Yahoo Messenger* iban a ser controladas y, por otro, tener en cuenta que no se le había informado de la naturaleza y alcance de la vigilancia a que iba a ser sometido, así como del grado de intrusión en su vida privada y en su correspondencia. Por otra parte, no determinaron, en primer lugar, qué motivos concretos justificaban la introducción de las medidas de control, en segundo lugar, si el empresario pudo haber utilizado medidas menos intrusivas para la vida privada y la correspondencia del demandante y, en tercer lugar, si el acceso al contenido de las comunicaciones hubiera sido posible sin su conocimiento.

A la luz de todas las consideraciones anteriores, el TEDH considera que las autoridades nacionales no protegieron adecuadamente el derecho del trabajador respeto de su vida privada y su correspondencia y que, por lo tanto, no valoraron el justo equilibrio entre los intereses en juego. En consecuencia, para la Gran Sala (por nueve votos frente a seis) se había producido una violación de su derecho al respeto de la vida privada –derecho a la intimidad– y la correspondencia.

Para llegar a tal conclusión, el TEDH se sustenta en una serie de puntos relevantes que deben destacarse. El primero de ellos hace referencia a la aplicación del artículo 8 del Convenio de Roma referido al derecho al respeto a la vida privada y familiar. En este sentido, el tribunal considera útil recordar que la noción de “vida privada” es un concepto amplio que no se presta a una definición exhaustiva<sup>2</sup>. El artículo 8 del Convenio protege el enriquecimiento personal<sup>3</sup>, ya sea en forma de desarrollo personal<sup>4</sup> o de autonomía personal, que refleja un importante principio subyacente en la interpretación de las garantías del propio artículo 8<sup>5</sup>. El tribunal reconoce que toda persona tiene derecho a una vida privada, lejos de la injerencia no deseada de otros<sup>6</sup>. También considera que sería demasiado restrictivo limitar la noción de “vida privada” a un “círculo íntimo” en el que cada uno pueda vivir su vida personal como quiera y excluir completamente al mundo exterior de este

<sup>2</sup> TEDH 27 de julio de 2004, Caso Sidabras y Dziautas contra Lituania [TEDH 2004\55].

<sup>3</sup> TEDH 17 de febrero de 2005, Caso K. A. y A. D. contra Bélgica [TEDH 2005\15].

<sup>4</sup> TEDH 11 de julio de 2002, Caso Christine Goodwin contra Reino Unido [JUR 2002\181176].

<sup>5</sup> TEDH 29 de abril de 2002, Caso Pretty contra Reino Unido [TEDH 2002\23].

<sup>6</sup> TEDH 24 de julio de 2003, Caso Smirnova contra Rusia [JUR 2003\162895].

círculo<sup>7</sup>. Así, el artículo 8 garantiza un derecho a la “vida privada” en sentido amplio, que incluye el derecho a realizar una “vida privada social”, es decir, la posibilidad de que el individuo desarrolle su identidad social. A este respecto, el mencionado derecho consagra la posibilidad de comunicarse con otros para establecer y desarrollar relaciones con sus semejantes<sup>8</sup>.

Igualmente, el concepto de “vida privada” puede incluir actividades profesionales<sup>9</sup> o actividades que tengan lugar en un contexto público<sup>10</sup>. Las restricciones establecidas en la vida laboral pueden incluirse en el artículo 8 cuando repercuten en la forma en que el individuo forja su identidad social a través del desarrollo de relaciones con otros. Cabe señalar, en este punto, que es en el marco de la vida laboral donde la mayoría de la gente tiene muchas, si no la mayoría, de las oportunidades para fortalecer sus lazos con el mundo exterior<sup>11</sup>.

Así, al igual que ocurre con las llamadas telefónicas, misma doctrina se aplica a los correos electrónicos enviados desde el lugar de trabajo: también están amparados por la protección del artículo 8 del Convenio de Roma, al igual que la información recogida mediante el seguimiento del uso que hace una persona de internet<sup>12</sup>. Igualmente, de la jurisprudencia del tribunal se desprende que las comunicaciones que se emiten desde el puesto de trabajo, así como las del domicilio, pueden incluirse en las nociones de “vida privada” y de “correspondencia” a que se refiere el artículo 8 del Convenio de Roma<sup>13</sup>.

Aplicando estos principios, el tribunal no tiene más remedio que señalar, en primer lugar, que el tipo de mensajería instantánea en internet no es otra cosa que una forma de comunicación que forma parte del ejercicio de la intimidad social. Además, la noción de “correspondencia” se aplica al envío y recepción de mensajes, incluso desde el ordenador de la empresa empleadora. Sin embargo, el tribunal observa que el empleador esperaba que él y los otros empleados se abstuvieran de cualquier actividad personal en su lugar de trabajo. Este requisito del empleador incluía, de forma particular, la prohibición del uso de los recursos de la empresa para fines personales. Es para garantizar el cumplimiento de esta prohibición cuando la empresa decide establecer un sistema de control de la utilización de internet por sus empleados. A pesar de la prohibición de la empleadora, el trabajador intercambia comunicaciones de carácter personal con su novia y con

<sup>7</sup> TEDH 16 de diciembre de 1992, Caso Niemietz contra Alemania [TEDH 1992\77].

<sup>8</sup> TEDH 28 de mayo de 2009, Caso Bigaeva contra Grecia [TEDH 2009\61] y TEDH 19 de octubre de 2010, Caso Ózpinar contra Turquía [TEDH 2010\103].

<sup>9</sup> TEDH 12 de junio de 2014, Caso Fernández Martínez contra España [TEDH 2014\35].

<sup>10</sup> TEDH 7 de febrero de 2012, Caso Von Hannover contra Alemania [TEDH 2012\10].

<sup>11</sup> TEDH 16 de diciembre de 1992, Caso Niemietz contra Alemania [TEDH 1992\77].

<sup>12</sup> TEDH 3 de abril de 2007, Caso Copland contra Reino Unido [TEDH 2007\23].

<sup>13</sup> TEDH 25 de junio de 1997, Caso Halford contra Reino Unido [TEDH 1997\37].

su hermano. De este contenido se desprende que el trabajador despedido había sido informado de la prohibición del uso de internet para fines personales establecida en las normas internas de la empresa empleadora. Sin embargo, no está tan claro que se le informara de que sus comunicaciones estaban siendo supervisadas antes de que se pusiera en marcha la actividad de vigilancia: por tanto, el TEDH parte de que el trabajador no fue informado con antelación del alcance y la naturaleza de la supervisión efectuada por su empleador o de la posibilidad de acceder al contenido de sus comunicaciones.

En suma, habida cuenta de todas estas consideraciones, para el TEHD las comunicaciones que el demandante realizó desde su lugar de trabajo estaban comprendidas en los conceptos de “vida privada” y “correspondencia”. De ello se deduce que, dadas las circunstancias, el artículo 8 del Convenio es aplicable en el presente asunto.

Para resolver el caso planteado debe partirse de que el derecho laboral tiene características específicas que deben tenerse en cuenta. La relación entre una empresa y su empleado es una relación contractual, acompañada de derechos y obligaciones especiales, y caracterizada por una relación legal de subordinación. Se rige por su propio sistema jurídico, que es claramente distinto del sistema general de relaciones entre individuos<sup>14</sup>. Los tribunales nacionales deben velar porque el establecimiento por una empresa de medidas para vigilar la correspondencia y otras comunicaciones, sea cual sea su alcance y duración, vaya acompañado de garantías adecuadas y suficientes contra los abusos<sup>15</sup>.

Para el tribunal, la proporcionalidad y las garantías procesales contra el carácter arbitrario son elementos esenciales. Por ello, y dado que la situación tecnológica está cambiando muy rápidamente, la Gran Sala considera que las autoridades nacionales deberían tener en cuenta los siguientes factores –denominado también como el *test Barbulescu*<sup>16</sup>–:

1. ¿El empleado ha sido informado de la posibilidad de que el empleador tome medidas para supervisar su correspondencia y otras comunicaciones, así como la aplicación de tales medidas? La comunicación de esta práctica debe ser, en principio, clara en cuanto a la naturaleza de la supervisión y antes del establecimiento de la misma.
2. ¿Cuál fue el alcance de la supervisión realizada del empleador y el grado de intrusión en la vida privada del empleado? A este respecto, debe ha-

<sup>14</sup> TEDH 12 de enero de 2017, Caso Saumier contra Francia [TEDH 2017\4].

<sup>15</sup> TEDH 4 de diciembre de 2015, Caso Roman Zakharov contra Rusia [JUR 2015\292490].

<sup>16</sup> Terradillo Ormaetxea, E., “El principio de proporcionalidad como referencia garantista de los derechos de los trabajadores en las últimas sentencias del TEDH dictadas en materia de ciberderechos: un contraste con la doctrina del Tribunal Constitucional Español”, en *Revista de Derecho Social*, núm. 80, 2017, pp. 139 y ss.

cerse una distinción entre el control del flujo de comunicaciones y el de su contenido. También se debería tener en cuenta si la supervisión de las comunicaciones se ha realizado sobre la totalidad o sólo una parte de ellas y si ha sido o no limitado en el tiempo y el número de personas que han tenido acceso a sus resultados.

3. ¿El empleador ha presentado argumentos legítimos para justificar la vigilancia de las comunicaciones y el acceso a su contenido? Dado que la vigilancia del contenido de las comunicaciones es por su naturaleza un método mucho más invasivo, requiere justificaciones más fundamentadas.
4. ¿Habría sido posible establecer un sistema de vigilancia basado en medios y medidas menos intrusivos que el acceso directo al contenido de comunicaciones del empleado? A este respecto, es necesario evaluar, en función de las circunstancias particulares de cada caso, si el objetivo perseguido por el empresario puede alcanzarse sin que éste tenga pleno y directo acceso al contenido de las comunicaciones del empleado.
5. ¿Cuáles fueron las consecuencias de la supervisión para el empleado afectado? ¿De qué modo utilizó el empresario los resultados de la medida de vigilancia, concretamente si los resultados se utilizaron para alcanzar el objetivo declarado de la medida?
6. ¿Al empleado se le ofrecieron garantías adecuadas, particularmente cuando las medidas de supervisión del empleador tenían carácter intrusivo? En particular, estas garantías debían impedir que el empleador tuviera acceso al contenido de las comunicaciones en cuestión sin que el empleado hubiera sido previamente notificado de tal eventualidad.

Para resolver el supuesto planteado el tribunal debe decidir el lado de la balanza que pesa más: por una parte, el derecho del trabajador al respeto de su vida privada y, por otro, el derecho de controlar y cumplir con las prerrogativas del empresario para garantizar el buen funcionamiento de la empresa. En suma, debe valorarse si la supervisión realizada por el empleador de las comunicaciones sobre las cuentas de *Yahoo Messenger* y el uso del contenido de estas comunicaciones en el contexto del procedimiento disciplinario en su contra, fueron o no lícitas.

De las pruebas aportadas se desprende que el trabajador había sido informado del reglamento interno de la empleadora que prohibía el uso de los recursos de la empresa para fines personales. Conocía el contenido de este documento y lo había firmado. Además, la empresa empleadora distribuyó una nota informativa entre todos los empleados, en la que recordaba la prohibición de uso de los recursos de la empresa para uso personal y precisó que una empleada había sido despedida por violar tal prohibición. Por último, el demandante fue citado dos veces por su empleador para explicar su uso personal de internet. Inicialmente, cuando le mostraron los gráficos que describían su tráfico de internet y el de sus colegas, afirmó

que había utilizado su cuenta de *Yahoo Messenger* sólo con fines profesionales. Después, cincuenta minutos más tarde, cuando se le presentó una transcripción de 45 páginas que contenían sus comunicaciones con su hermano y su novia, el trabajador informó a su empleador que éste era responsable de una infracción penal, a saber, la violación del secreto de la correspondencia.

El TEDH entiende que para ser considerada como previa, la advertencia del empleador debe darse antes de que comience la actividad de supervisión, y con mayor motivo, cuando la supervisión implica también el acceso al contenido de las comunicaciones de los empleados. Las normas internacionales y europeas van en esta dirección y exigen que la información se comunique al interesado antes de que sea objeto de control. En cuanto al alcance de la supervisión realizada y el grado de intrusión en la vida privada del demandante, el TEDH observa que esta cuestión no fue examinada por el Tribunal del Condado o el Tribunal de Apelación, mientras que parece que el empleador registró en tiempo real todas las comunicaciones hechas por el demandante durante el período de vigilancia, que tuvo acceso a ellas y que imprimió el contenido. Por otra parte, ni el Tribunal del Condado ni el Tribunal de Apelación examinaron suficientemente si el objetivo perseguido por el empleador podía haberse logrado mediante métodos menos intrusivos que el acceso al contenido mismo de las comunicaciones del demandante. Además, ninguno de los citados tribunales examinó la gravedad de las consecuencias de la medida de control y del procedimiento disciplinario que se siguió. A este respecto, el TEDH señala que el demandante había sido sometido a la medida disciplinaria más grave, a saber, el despido. Por último, el TEDH observa que los órganos jurisdiccionales nacionales no comprobaron si, cuando compareció el demandante para que explicara el uso que había hecho de los recursos de la empresa, el empresario había tenido ya acceso al contenido de las comunicaciones en cuestión. Observa que las autoridades nacionales no determinaron en qué momento del procedimiento disciplinario el empresario tuvo acceso a dicho contenido. Considera que admitir que el acceso al contenido de las comunicaciones pudo tener lugar en cualquier momento durante el procedimiento disciplinario, va en contra del principio de transparencia.

En estas circunstancias, parece que los órganos jurisdiccionales nacionales no consiguieron, por un lado, comprobar, concretamente, si el empleador había notificado previamente al demandante la posibilidad de que sus comunicaciones en *Yahoo Messenger* iban a ser controladas y, por otro, tener en cuenta que no se le había informado de la naturaleza y alcance de la vigilancia a que iba a ser sometido, así como del grado de intrusión en su vida privada y en su correspondencia. Por otra parte, no determinaron, en primer lugar, qué motivos concretos justificaban la introducción de las medidas de control, en segundo lugar, si el empresario pudo haber utilizado medidas menos intrusivas para la vida privada y la correspondencia del demandante y, en tercer lugar, si el acceso al contenido de las comunicaciones hubiera sido posible sin su conocimiento.

A la luz de todas las consideraciones anteriores, el TEDH considera que las autoridades nacionales no protegieron adecuadamente el derecho del trabajador respecto de su vida privada y su correspondencia y que, por lo tanto, no valoraron el justo equilibrio entre los intereses en juego. En consecuencia, para el TEDH se ha producido una violación del artículo 8 del Convenio de Roma.

## **2.2. Sentencia del TEDH 9 de enero de 2018: Caso López Ribalda y otros contra España**

Relevante también es la reciente sentencia del TEDH (no de la Gran Sala), de fecha 9 de enero de 2018, en el asunto López Ribalda y otros contra España<sup>17</sup>. En este caso se trata la vulneración de la privacidad, no por control y monitorización del correo electrónico, sino por grabación con cámara oculta. En concreto, se avala por este tribunal la procedencia del despido por estimarse otras pruebas, pero se condena al Estado español a indemnizar a las cajeras que fueron despedidas por no haber sido previamente avisadas de la grabación de las cámaras ocultas, lo que puede transponerse también a los supuestos de control del correo electrónico (de ahí el interés en su análisis).

En el caso que se debate ahora debe analizarse si es lícita la vigilancia por vídeo en la cadena de supermercados donde trabajaban los empleados con la finalidad de investigar unos robos que habían venido produciéndose en el establecimiento. Concretamente el empresario instaló cámaras visibles y cámaras ocultas en cada caja. La empresa informó a sus trabajadoras sobre las primeras, pero no sobre las segundas.

Es por ello que las trabajadoras fueron grabadas robando junto a otros trabajadores y en connivencia con clientes. Además, los hechos fueron finalmente aceptados por las empleadas en una reunión privada con representante sindical, siendo despedidas por la empresa por razones disciplinarias.

Por otro lado, se llegó a un acuerdo entre las trabajadoras y el empresario en el que se reconocía, por parte de las trabajadoras, la participación en el robo y a no presentar demanda laboral y, por parte del empleador, a no iniciar un proceso penal contra ellas. Sin embargo, las trabajadoras impugnaron la legalidad del despido siendo considerados procedentes en primera instancia y en suplicación. Elemento fundamental de cara a su procedencia es que la prueba de vídeo fue aceptada como legalmente obtenida.

Ante los citados hechos, habiéndose declarado procedente el despido por el Juzgado de lo Social y, posteriormente, por el Tribunal Superior de Justicia, y previa inadmisión de los recursos interpuestos ante el Tribunal Supremo y el Tribunal

<sup>17</sup> TEDH 9 de enero de 2018, Caso López Ribalda y otros contra España [TEDH\2018\1].

Constitucional, las trabajadoras solicitan al TEDH que se declare la transgresión del artículo 8 –derecho al respeto de la vida privada– y artículo 6.1 –derecho a un proceso justo o equitativo– del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

En efecto, las trabajadoras consideran que la toma de imágenes sin previa comunicación por las cámaras ocultas ha violado su derecho a la vida privada por lo que no pueden ser aceptadas como pruebas válidas. Sobre los acuerdos a los que habían llegado con la empresa en presencia del representante sindical, las trabajadoras consideran que no tendrían validez por haberse concluido bajo coacciones.

Al respecto de todo lo comentado, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos considera que: 1) Se ha producido la vulneración del artículo 8 del Convenio –derecho al respeto de la vida privada–, en la medida en que de acuerdo con la legislación de protección de datos española se debía haber informado previamente de la colocación de todas las cámaras. 2) En cuanto al artículo 6.1 del Convenio –derecho a un juicio justo–, el tribunal declara que no ha habido vulneración ya que, por un lado, a las demandantes se les ha permitido cuestionar la autenticidad de las grabaciones durante el proceso judicial y, por otro, las decisiones judiciales no se basaron únicamente en dichas grabaciones sino también en las declaraciones testificales, por lo que se avala la procedencia del despido. Además, considera el tribunal que los acuerdos o los finiquitos no se suscribieron bajo amenazas o coacciones por parte del empleador.

Respecto a la aplicación de los principios del presente asunto debemos destacar los siguientes. Lo primero de todo, el TEDH observa que el empresario decidió instalar videovigilancia consistente en cámaras tanto visibles como ocultas. Los empleados solo tenían conocimiento de la existencia de las cámaras visibles que enfocaban las salidas del supermercado, y no fueron informados de la instalación de cámaras enfocadas a las cajas.

El TEDH señala en primer lugar que la videovigilancia encubierta se llevó a efecto después de que el supervisor de la tienda detectara pérdidas, y se plantearan fundadas sospechas de la comisión de robos por parte de las demandadas, así como por otros empleados y clientes. El tribunal también observa que los datos visuales obtenidos implican el almacenamiento y procesamiento de datos de carácter personal, estrechamente vinculados a la esfera privada de las personas. Este material fue tratado y examinado por varias personas que trabajaban para el empresario de las demandantes (entre otros, el representante sindical y el representante legal de la empresa) antes de que las propias demandantes fueran informadas de la existencia de las grabaciones de vídeo.

El TEDH toma nota asimismo que la legislación vigente en el momento en causa contenía disposiciones específicas sobre protección de datos de carácter personal. De hecho, al amparo del artículo 5 de la Ley de Protección de Datos de Carácter Personal, las demandantes tenían derecho a ser informadas “*previamente de modo expreso, preciso e inequívoco*” de “*la existencia de un fichero o*

*tratamiento de datos de carácter personal, de la finalidad de la recogida de éstos y de los destinatarios de la información; del carácter obligatorio o facultativo de su respuesta a las preguntas que les sean planteadas; de las consecuencias de la obtención de los datos o de la negativa a suministrarlos; la posibilidad de ejercitar los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición; y de la identidad y dirección del responsable del tratamiento, o en su caso, de su representante”.* Además, el Gobierno ha reconocido expresamente que las empleadas no fueron informadas de la instalación de las cámaras de vigilancia ocultas que enfocaban a sus cajas registradoras o de sus derechos al amparo de la Ley de Protección de Datos de Carácter Personal. Por tanto, la legislación en vigor en el momento de los hechos de la causa establecía claramente que todo recolector de datos debía informar a los sujetos de la recogida de datos, de la existencia de medios de recogida y tratamiento de sus datos de carácter personal.

En consecuencia, el TEDH no puede compartir la opinión de los tribunales nacionales sobre la proporcionalidad de las medidas adoptadas por el empresario con el objetivo legítimo de proteger el interés del empresario en la protección de sus derechos propietarios. El tribunal observa que la videovigilancia llevada a cabo por el empresario, que se prolongó durante un largo periodo de tiempo, no cumplía con los requisitos establecidos en el artículo 5 de la Ley de Protección de Datos de Carácter Personal y, en particular, con la obligación mencionada anteriormente de informar previamente a los interesados de modo expreso, preciso e inequívoco sobre la existencia y características particulares de un sistema de recogida de datos de carácter personal. El tribunal observa que los derechos del empresario podrían haber sido protegidos, por lo menos hasta cierto grado, por otros medios, en especial, informando previamente a las demandantes, incluso de una manera general, sobre la instalación de un sistema de videovigilancia y dotándolos de la información establecida en la Ley de Protección de Datos de Carácter Personal.

Considerando lo anterior, el TEDH concluye en el presente caso que los tribunales internos no ponderaron un justo equilibrio entre el derecho de las demandantes al respeto de su vida privada al amparo del artículo 8 del Convenio y el interés del empresario en la protección de sus derechos propietarios.

### **2.3. Sentencia del TEDH 22 de febrero de 2018: Caso Libert contra Francia**

Debemos también hacer referencia a la sentencia del TEDH, de fecha 22 de febrero de 2018<sup>18</sup>, en el asunto *Libert* contra Francia. Para el TEDH, el presente asunto difiere del caso *Barbulescu II* porque, en este último, la vulneración del ejercicio del derecho al respeto a la vida privada y a la correspondencia denunciada por

<sup>18</sup> TEDH 22 de febrero de 2018, Caso Libert contra Francia [TEDH\2018\35].



un empleado era el hecho de un empleador que provenía estrictamente del sector privado, y no de la autoridad pública, que es lo que se analiza en el asunto *Libert*.

De acuerdo con la doctrina del TEHD, la proporcionalidad y las garantías procesales contra el carácter arbitrario son esenciales. Siendo así, el TEDH declara que el derecho positivo francés contiene un dispositivo dirigido a la protección de la privacidad. El principio es que, si bien el empleador puede abrir los archivos profesionales almacenados en el disco duro de los ordenadores que pone a disposición de sus empleados para el desempeño de sus funciones, no puede, “*excepto riesgo o acontecimiento especial*”, abrir archivos subrepticamente identificados como personales. Únicamente podrá proceder a la apertura de los archivos identificados como personales en presencia de los empleados afectados o después de que hayan sido debidamente informados.

El tribunal observa que los tribunales nacionales franceses han aplicado este principio en el presente caso. Tanto el Tribunal de apelación de Amiens como el Tribunal de casación lo señalaron explícitamente, habiendo confirmado el Tribunal de casación concretamente que “*los archivos creados por el empleado con la ayuda de la herramienta informática puesta a su disposición por el empleador para el desempeño de su trabajo se suponen de carácter profesional, por lo que el empleador tiene derecho a abrirlos en su ausencia, excepto si están identificados como personales*”. En las circunstancias del caso, este principio no era obstáculo para que su empleador abriera los archivos en causa, dado que estos no habían sido debidamente identificados como de carácter privado.

El TEDH recuerda en primer lugar que corresponde ante todo a las autoridades nacionales y en particular a los tribunales interpretar el derecho interno. A reserva de una interpretación arbitraria o manifiestamente irrazonable, su papel se limita a comprobar la compatibilidad con el Convenio de los efectos de parecida interpretación. Observa a continuación que el Tribunal de apelación de Amiens se basó en la constatación de que las fotografías y vídeos pornográficos en cuestión figuraban en un archivo denominado “*risas*” contenido en un disco duro llamado “*D:/datos personales*” y en la explicación de la SNCF según la cual la unidad “*D*” se denominaba por defecto “*D:/datos*” y tradicionalmente servía para que los agentes almacenaran sus documentos profesionales. Posteriormente consideró que un empleado no podía utilizar la totalidad de un disco duro, pensado para registrar datos profesionales, para un uso privado y que “*en cualquier caso, el término genérico de “datos personales” podía referirse a los expedientes profesionales gestionados personalmente por el trabajador y no designaba de manera explícita los elementos relativos a su vida privada*”. Más concretamente, el tribunal de apelación sostuvo que el término “*risas*” no confería necesariamente al archivo así designado un carácter necesariamente personal, pudiendo esta designación referirse a intercambios entre colegas de trabajo o a documentos de trabajo conservados como “*tonterías*” por el empleado. Asimismo, el tribunal de apelación consideró

pertinente el argumento de la SNCF según el cual el manual del usuario establece que “*las informaciones de carácter privado deben estar claramente identificadas como tales (opción “privado” en los criterios de Outlook)*” y que es lo mismo en los “*soportes receptores de información (repertorio privado)*”. Estimó asimismo que la medida en contra del demandante –la separación de los mandos– no era desproporcionada, dado que el demandante había incumplido gravemente el código deontológico y los referenciales internos, que recuerdan que los agentes deben utilizar los medios informáticos puestos a su disposición con fines meramente profesionales, siendo admitida una utilización de carácter privado. Según el tribunal de apelación, las actuaciones del demandante eran más graves si cabe debido a su condición de agente a cargo de la vigilancia general lo que le obligaba a mantener un comportamiento ejemplar.

El TEDH, que observa que los tribunales internos examinaron debidamente el motivo del demandante de una violación de su derecho al respeto de su vida privada, juzga estos motivos pertinentes y suficientes. Es cierto que al utilizar la palabra “*personal*” en vez de “*privado*”, el demandante utilizó el mismo término que el que se encuentra en la jurisprudencia del tribunal de casación, según la cual, el empleador, en principio, no puede abrir los archivos identificados por el empleado como “*personales*”. No obstante dada la valoración de la compatibilidad de las medidas en causa con el artículo 8 del Convenio, que ha efectuado el TEDH, no es suficiente para encausar la pertinencia o suficiencia de los motivos esgrimidos por los tribunales internos, considerando el hecho de que el manual del usuario para la utilización de los sistemas informativos de la SNCF indica específicamente que las “*informaciones de carácter privado deben estar claramente identificadas como tales (opción “privado” en los criterios de Outlook, concretamente) [y es lo mismo] para los receptores de estas informaciones (repertorio “privado”)*”. El tribunal concibe además que habiendo constatado que el demandante había utilizado una parte importante de la capacidad de su ordenador profesional para almacenar los archivos en causa (1.562 archivos representando un volumen de 787 Mb), la SNCF y los tribunales internos juzgaran necesario examinar su causa con rigor.

En suma, para el TEDH los tribunales internos no excedieron el margen de apreciación del que disponían, y que, por lo tanto, no ha habido violación del artículo 8 del Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950.

### 3. LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SOBRE VIDEOVIGILANCIA Y CONTROL DE LAS COMUNICACIONES ELECTRÓNICAS DEL TRABAJADOR

En la STCo. 186/2000, de 10 de julio<sup>19</sup>, el tribunal dictó un fallo importante sobre la legalidad de la videovigilancia encubierta en el lugar de trabajo relativa a la protección que ofrece el artículo 18.1 de la Constitución Española. En ella el tribunal analizó el uso de un sistema de cámara de vigilancia secreta instalado en el techo de la sección de ropa y calzado de una empresa, centrándose únicamente en tres cajas registradoras y en el mostrador de paso. En ese caso el Tribunal Constitucional sostuvo que la medida en cuestión debía de superar una triple prueba para considerarse aceptable: tenía que tener un objetivo legítimo (“un test de conveniencia”), necesario (“una prueba de necesidad”) y proporcional (“una estricta prueba de proporcionalidad”), es decir, determinar si se había ponderado un justo equilibrio entre la injerencia en un derecho fundamental y la importancia del legítimo objetivo perseguido. En cuanto a la videovigilancia encubierta, el Tribunal Constitucional declaró que la medida de instalación de un circuito cerrado de televisión “*era una medida justificada (ya que existían razonables sospechas de la comisión por parte del recurrente de graves irregularidades en su puesto de trabajo); idónea para la finalidad pretendida por la empresa (verificar si el trabajador cometía efectivamente las irregularidades sospechadas y en tal caso adoptar las medidas disciplinarias correspondientes); necesaria (ya que la grabación serviría de prueba de tales irregularidades); y equilibrada (pues la grabación de imágenes se limitó a la zona de la caja y a una duración temporal limitada, la suficiente para comprobar que no se trataba de un hecho aislado o de una confusión, sino de una conducta ilícita reiterada), por lo que debe descartarse que se haya producido lesión alguna del derecho a la intimidad personal consagrado en el art. 18.1 CE*”.

Por lo que se refiere específicamente a las comunicaciones electrónicas en el ámbito de las relaciones laborales, la STCo. 241/2012, de 17 de diciembre<sup>20</sup>, ha tenido ya oportunidad de señalar que, en el marco de las facultades de autoorganización, dirección y control correspondientes a cada empresario, “*no cabe duda de que es admisible la ordenación y regulación del uso de los medios informáticos de titularidad empresarial por parte del trabajador, así como la facultad empresarial de vigilancia y control del cumplimiento de las obligaciones relativas a la utilización del medio en cuestión, siempre con pleno respeto a los derechos fundamentales*”. Con relación a esta última limitación, aun cuando la atribución de espacios individualizados o exclusivos –como la asignación de cuentas personales de correo electrónico a los trabajadores– puede tener relevancia sobre la actuación

<sup>19</sup> STCo. 186/2000, de 10 de julio [RTC 2000\186].

<sup>20</sup> STCo. 241/2012, de 17 de diciembre [RTC 2012\241].

fiscalizadora de la empresa, ha de tenerse en cuenta que “*los grados de intensidad o rigidez con que deben ser valoradas las medidas empresariales de vigilancia y control son variables en función de la propia configuración de las condiciones de disposición y uso de las herramientas informáticas y de las instrucciones que hayan podido ser impartidas por el empresario a tal fin*”. Por tanto, la empresa había accedido a unos ficheros informáticos en los que habían quedado registradas las conversaciones electrónicas mantenidas por dos trabajadoras a través de un programa de mensajería que habían instalado en un ordenador de uso común a todos los trabajadores que no tenía clave de acceso; se incumplía pues la expresa prohibición de la entidad de instalar programas en el ordenador. En tales circunstancias, el Tribunal Constitucional concluyó que no existía una situación de tolerancia empresarial al uso personal del ordenador y que, por tanto, “*no podía existir una expectativa razonable de confidencialidad derivada de la utilización del programa instalado*”; en consecuencia, se rechazó la lesión del derecho al secreto de las comunicaciones porque las mantenidas no lo habían sido en un canal cerrado.

Posteriormente, en la STCo. 29/2013, de 11 de febrero<sup>21</sup>, que se refería a hechos producidos después de la entrada en vigor de la Ley de Protección de Datos de Carácter Personal, el Tribunal Constitucional declaró que la instalación permanente de un sistema de videovigilancia como medida de seguridad y vigilancia requería que los representantes de los trabajadores y los empleados fueran informados previamente y la falta de ello implicaría una violación del artículo 18.4 de la Constitución Española. En este caso, un empleado de la Universidad de Sevilla fue suspendido sin paga por ausentarse y llegar tarde al trabajo, tras la evidencia obtenida de las cámaras de vídeo instaladas tras la aprobación administrativa. El Tribunal Constitucional declaró: “*en conclusión, no debe olvidarse que hemos establecido de forma invariable y constante que las facultades empresariales se encuentran limitadas por los derechos fundamentales*”<sup>22</sup>. Por ello, “*al igual que el interés público en sancionar infracciones administrativas resulta insuficiente para que la Administración pueda sustraer al interesado información relativa al fichero y sus datos, según dispone el art. 5.1 y 2 LOPD, tampoco el interés privado del empresario podrá justificar que el tratamiento de datos sea empleado en contra del trabajador sin una información previa sobre el control laboral puesto en práctica. No hay en el ámbito laboral, por expresarlo en otros términos, una razón que tolere la limitación del derecho de información que integra la cobertura ordinaria del derecho fundamental del art. 18.4 CE*”<sup>23</sup>. Por tanto, no será suficiente que el tratamiento de datos resulte en principio lícito, por estar amparado por la

<sup>21</sup> STCo. 29/2013, de 11 de febrero [RTC 2013\29].

<sup>22</sup> Entre otras muchas, la STCo. 98/2000, de 10 de abril [RTC 2000\98] o STCo. 308/2000, de 18 de diciembre [RTC 2000\308].

<sup>23</sup> Vid. Monereo Pérez, J.L., *Los derechos de información de los representantes de los trabajadores*, Madrid, Ed. Civitas, 1992.

*Ley (arts. 6.2 LOPD y 20 LET), o que pueda resultar eventualmente, en el caso concreto de que se trate, proporcionado al fin perseguido; el control empresarial por esa vía, antes bien, aunque podrá producirse, deberá asegurar también la debida información previa”.*

En el caso enjuiciado, las cámaras de videovigilancia instaladas en el recinto universitario reprodujeron la imagen del recurrente y permitieron el control de su jornada de trabajo; captaron, por tanto, su imagen, que constituye un dato de carácter personal, y se emplearon para el seguimiento del cumplimiento de su contrato. De los hechos probados se desprende que la persona jurídica titular del establecimiento donde se encuentran instaladas las videocámaras es la Universidad de Sevilla y que ella fue quien utilizó al fin descrito las grabaciones, siendo la responsable del tratamiento de los datos sin haber informado al trabajador sobre esa utilidad de supervisión laboral asociada a las capturas de su imagen. Vulneró de esa manera, el artículo 18.4 de la Constitución Española. No contrarresta esa conclusión que existieran distintivos anunciando la instalación de cámaras y captación de imágenes en el recinto universitario, ni que se hubiera notificado la creación del fichero a la Agencia Española de Protección de Datos; era necesaria además la información previa y expresa, precisa, clara e inequívoca a los trabajadores de la finalidad de control de la actividad laboral a la que esa captación podía ser dirigida. Una información que debía 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 podían utilizarse para la imposición de sanciones disciplinarias por incumplimientos del contrato de trabajo.

Por su parte, la STCo. 170/2013, de 7 de octubre<sup>24</sup>, analiza si se ha producido la vulneración de los derechos a la intimidad y al secreto de las comunicaciones, al haberse considerado como prueba lícita en el proceso de despido la aportación por la empresa del contenido de determinados correos electrónicos del trabajador cuya obtención tuvo lugar mediante el acceso a un ordenador portátil propiedad de la empresa<sup>25</sup>. De acuerdo con los hechos probados, el contenido de los correos electrónicos reflejaba que, a través de la dirección electrónica facilitada por la entidad empresarial, el trabajador había mantenido contacto con terceros ajenos a ella a los que había remitido información detallada sobre las previsiones de cosecha. Esta conducta no estaba autorizada e implicaba la comisión de la falta laboral muy grave tipificada en el convenio colectivo de la industria química, consistente en la revelación a elementos extraños a la empresa de datos de reserva obligada.

En atención al carácter vinculante de esta regulación colectivamente pactada, el Tribunal Constitucional concluye que, “*en su relación laboral, sólo estaba*

<sup>24</sup> STCo. 170/2013, de 7 de octubre [RTC 2013\170].

<sup>25</sup> Vid. Monereo Pérez, J. L. y López Insua, B. M., “El control empresarial del correo electrónico tras las STC 170/2013”, en *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 11, 2014, versión electrónica.

*permitido al trabajador el uso profesional del correo electrónico de titularidad empresarial; en tanto su utilización para fines ajenos al contenido de la prestación laboral se encontraba tipificada como infracción sancionable por el empresario, regía pues en la empresa una prohibición expresa de uso extralaboral, no constando que dicha prohibición hubiera sido atenuada por la entidad*". Siendo este el régimen aplicable, el poder de control de la empresa sobre las herramientas informáticas de titularidad empresarial puestas a disposición de los trabajadores podía legítimamente ejercerse, ex art. 20.3 ET, tanto a efectos de vigilar el cumplimiento de la prestación laboral realizada a través del uso profesional de estos instrumentos, como para fiscalizar que su utilización no se destinaba a fines personales o ajenos al contenido propio de su prestación de trabajo.

En tales circunstancias, cabe entender también que *"no podía existir una expectativa fundada y razonable de confidencialidad respecto al conocimiento de las comunicaciones mantenidas por el trabajador a través de la cuenta de correo proporcionada por la empresa y que habían quedado registradas en el ordenador de propiedad empresarial"*. La expresa prohibición convencional del uso extralaboral del correo electrónico y su consiguiente limitación a fines profesionales llevaba implícita la facultad de la empresa de controlar su utilización, al objeto de verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales, incluida la adecuación de su prestación a las exigencias de la buena fe. En el supuesto analizado la remisión de mensajes enjuiciada se llevó pues a cabo a través de un canal de comunicación que, conforme a las previsiones legales y convencionales indicadas, se hallaba abierto al ejercicio del poder de inspección reconocido al empresario; sometido en consecuencia a su posible fiscalización, con lo que, de acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional, quedaba fuera de la protección constitucional del art. 18.3 CE. En el contexto descrito concluye el tribunal que la conducta empresarial no ha supuesto una interceptación o conocimiento antijurídicos de comunicaciones ajenas realizadas en canal cerrado; en definitiva, debe descartarse la invocada lesión del derecho al secreto de las comunicaciones.

De forma similar a lo dicho respecto al derecho al secreto de las comunicaciones, tampoco en este caso el tribunal aprecia que el trabajador contara con una expectativa razonable de privacidad respecto a sus correos electrónicos registrados en el ordenador de la entidad empresarial. En este sentido, el acceso por la empresa al contenido de los correos electrónicos objeto de la controversia no ha resultado excesivo o desproporcionado para la satisfacción de los indicados objetivos e intereses empresariales. Al respecto, a la luz de la doctrina sobre el carácter no ilimitado del derecho a la intimidad en su colisión con otros intereses constitucionalmente relevantes, debemos recordar que *"para comprobar si una medida restrictiva de un derecho fundamental supera el juicio de proporcionalidad, es necesario constatar si cumple los tres siguientes requisitos o condiciones: si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); si, además, es necesaria,*

*en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad); y, finalmente, si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto)*<sup>26</sup>. Para el Tribunal Constitucional ha de afirmarse aquí que el acceso por la empresa a los correos electrónicos del trabajador reunía las exigencias requeridas por el juicio de proporcionalidad. Se trataba, en primer lugar, de una medida justificada puesto que su práctica se fundó en la existencia de sospechas de un comportamiento irregular del trabajador. En segundo término, la medida era idónea para la finalidad pretendida por la empresa, consistente en verificar si el trabajador cometía efectivamente la irregularidad sospechada (la revelación a terceros de datos empresariales de reserva obligada) al objeto de adoptar las medidas disciplinarias correspondientes. En tercer lugar, la medida podía considerarse necesaria, dado que, como instrumento de transmisión de dicha información confidencial, el contenido o texto de los correos electrónicos serviría de prueba de la citada irregularidad ante la eventual impugnación judicial de la sanción empresarial; no era pues suficiente a tal fin el mero acceso a otros elementos de la comunicación como la identificación del remitente o destinatario, que por sí solos no permitían acreditar el ilícito indicado. Finalmente, la medida podía entenderse como ponderada y equilibrada; al margen de las garantías con que se realizó el control empresarial a través de la intervención de perito informático y notario, ha de partirse de que la controversia a dirimir en este recurso se ciñe a los correos electrónicos aportados por la empresa como prueba en el proceso de despido que fueron valorados en su decisión por la resolución judicial impugnada: en concreto, los relativos a datos sobre la cosecha. No consta en las actuaciones que el contenido de estos mensajes refleje aspectos específicos de la vida personal y familiar del trabajador, sino únicamente información relativa a la actividad empresarial, cuya remisión a terceros implicaba una transgresión de la buena fe contractual. De ahí que, atendida la naturaleza de la infracción investigada y su relevancia para la entidad, no pueda apreciarse que la acción empresarial de fiscalización haya resultado desmedida respecto a la afectación sufrida por la privacidad del trabajador. En consecuencia, una vez ponderados los derechos y bienes en conflicto en los términos vistos, el Tribunal Constitucional considera que la conducta empresarial de fiscalización ha sido conforme a las exigencias del principio de proporcionalidad. En atención, pues, a las consideraciones realizadas, se rechaza que se haya lesionado el derecho a la intimidad personal consagrado en el art. 18.1 CE.

En otra sentencia relativamente reciente, la STCo. 39/2016, de 3 de marzo<sup>27</sup>, el

<sup>26</sup> STCo. 96/2012, de 7 de mayo [RTC 2012\96], STCo. 14/2003, de 28 de enero [RTC 2003\14] y STCo. 89/2006, de 27 de marzo [RTC 2006\89].

<sup>27</sup> STCo. 39/2016, de 3 de marzo [RTC 2016\39].

Tribunal Constitucional desarrolló su jurisprudencia relativa al uso de cámaras de vigilancia encubiertas. En este caso, la empresa había detectado ciertas irregularidades en la caja registradora presuntamente cometidas por uno de sus empleados. Instaló de forma temporal cámaras enfocadas al lugar donde se situaba el cajero. El empresario instaló una señal indicando de manera general la presencia de videovigilancia, así como un documento que contenía el texto del artículo 5 de la Ley de Protección de Datos de Carácter Personal, como requiere la Instrucción 1/2006 de 8 de noviembre dictada por la Agencia Española de Protección de Datos. Según el Tribunal Constitucional, una de las razones por las que no se violó el artículo 18.4 de la Constitución Española fue el hecho de que el empresario instaló una señal en la ventana de la tienda indicando la instalación de videovigilancia, de conformidad con el artículo 5 de la Ley de Protección de Datos de Carácter Personal, así como la Instrucción 1/2006. Según el Tribunal Constitucional, el empleado era conocedor de la instalación de un sistema de control y de su finalidad. Como resultado de la videovigilancia, el empleado fue captado robando dinero de la caja registradora y, por tanto, despedido. Por ello, el Tribunal Constitucional concluyó de la siguiente manera: la medida de instalación de un aparato de grabación de imágenes *“es una medida justificada –ya que existían sospechas razonables de la comisión por parte de los trabajadores de graves irregularidades– idónea para la finalidad pretendida por la empresa –verificar qué trabajador cometía efectivamente las irregularidades sospechadas y adoptar en su contra las medidas disciplinarias correspondientes– necesaria –ya que la grabación servía de prueba de tales irregularidades– y equilibrada –pues la grabación de imágenes se limitó a la zona de la caja–”*.

#### **4. LA RECIENTE DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO SOBRE EL ACCESO DE LA EMPRESA A LAS COMUNICACIONES ELECTRÓNICAS DEL TRABAJADOR**

Por parte del Tribunal Supremo debemos destacar la sentencia de fecha 8 de febrero de 2018<sup>28</sup>. En esta resolución el Tribunal Supremo confirma la posibilidad de controlar el correo del trabajador por la existencia de pruebas documentales. En concreto, se viene a declarar la procedencia del despido disciplinario del trabajador que acepta pagos de una empresa proveedora al que se le controla y examina los correos relativos a las transferencias bancarias. Más detalladamente, esta sentencia analiza un despido disciplinario procedente por transgresión de la buena fe contractual así como el abuso de confianza en el desempeño del trabajo. Como hecho a destacar debe señalarse que la apertura de la investigación que ha terminado con la extinción disciplinaria del trabajador se produjo a raíz de que

<sup>28</sup> STS 8 de febrero de 2018 [RJ/2018/666].



un tercer empleado de la empresa encontró, en la fotocopiadora general de la oficina, dos resguardos de transferencias bancarias efectuadas por un proveedor de la empresa en favor del trabajador demandante, resguardos que fueron puestos a disposición del superior jerárquico.

Para la resolución del caso, el Tribunal Supremo recuerda que en la empresa existe una concreta normativa empresarial que limita el uso de los ordenadores de la empresa a los estrictos fines laborales y que prohíbe su utilización para cuestiones personales. Igualmente los empleados de la empresa, cada vez que acceden con su ordenador a los sistemas informáticos de la compañía deben aceptar las directrices establecidas en la Política de Seguridad de la Información, en la que se señala que el acceso lo es para fines estrictamente profesionales, reservándose la empresa el derecho de adoptar las medidas de vigilancia y control necesarias para comprobar la correcta utilización de las herramientas que pone a disposición de sus empleados, por lo que el actor era conocedor de que no podía utilizar el correo para fines particulares y que la empresa podía controlar el cumplimiento de las directrices en el empleo de los medios informáticos por ella facilitados.

Específicamente, de esta sentencia del Tribunal Supremo, acerca de la inclusión del correo electrónico en el ámbito de protección del derecho a la intimidad, conviene resaltar lo siguiente: a) *“Aun cuando la atribución de espacios individualizados o exclusivos –como la asignación de cuentas personales de correo electrónico a los trabajadores– puede tener relevancia sobre la actuación fiscalizadora de la empresa, ha de tenerse en cuenta que los grados de intensidad o rigidez con que deben ser valoradas las medidas empresariales de vigilancia y control son variables en función de la propia configuración de las condiciones de disposición y uso de las herramientas informáticas y de las instrucciones que hayan podido ser impartidas por el empresario a tal fin”*<sup>29</sup>. b) *“El uso del correo electrónico por los trabajadores en el ámbito laboral queda dentro del ámbito de protección del derecho a la intimidad; el cúmulo de información que se almacena por su titular en un ordenador personal –entre otros datos sobre su vida privada y profesional– forma parte del ámbito de la intimidad constitucionalmente protegido; también que el ordenador es un instrumento útil para la emisión o recepción de correos electrónicos, pudiendo quedar afectado el derecho a la intimidad personal en la medida en que estos correos o email, escritos o ya leídos por su destinatario, quedan almacenados en la memoria del terminal informático utilizado”*<sup>30</sup>. c) *“El ámbito de cobertura de este derecho fundamental viene determinado por la existencia en el caso de una expectativa razonable de privacidad o confidencialidad. En concreto, hemos afirmado que un criterio a tener en cuenta para determinar cuándo nos encontramos ante manifestaciones de la vida privada protegible frente*

<sup>29</sup> STCo. 241/2012, de 17 de diciembre [RTC 2012\241].

<sup>30</sup> STCo. 173/2011, de 7 de noviembre [RTC 2011\173].

*a intromisiones ilegítimas es el de las expectativas razonables que la propia persona, o cualquier otra en su lugar en esa circunstancia, pueda tener de encontrarse al resguardo de la observación o del escrutinio ajeno*<sup>31</sup>.

También tiene en cuenta el Tribunal Supremo que la empresa solo ha examinado el contenido de ciertos correos electrónicos de la cuenta corporativa del empleado, pero no de modo genérico e indiscriminado, sino tratando de encontrar elementos que permitieran seleccionar qué correos examinar, utilizando para ello palabras clave que pudieran inferir en qué correos podría existir información relevante para la investigación y atendiendo a la proximidad con la fecha de las transferencias bancarias; y sin que deje ser relevante dos circunstancias: a) que el contenido extraído se limitó a los correos relativos a las transferencias bancarias que en favor del trabajador le había realizado un proveedor de la empresa; y b) que el control fue ejercido sobre el correo corporativo del trabajador, mediante el acceso al servidor alojado en las propias instalaciones de la empresa. Es decir, nunca se accedió a ningún aparato o dispositivo particular del empleado.

Concretamente, para resolver el caso concreto, el Tribunal Supremo tiene en cuenta que cada vez que los empleados acceden con su ordenador a los sistemas informáticos de la compañía, y de forma previa a dicho acceso, deben de aceptar las directrices establecidas en la Política de Seguridad de la Información, en la que se señala que el acceso lo es para fines estrictamente profesionales, reservándose la empresa el derecho de adoptar las medidas de vigilancia y control necesarias para comprobar la correcta utilización de las herramientas que pone a disposición de su empleados, respetando en todo caso la legislación laboral y convencional sobre la materia y garantizando la dignidad e intimidad del empleado, por lo que el trabajador era conocedor de que no podía utilizar el correo para fines particulares y que la empresa podía controlar el cumplimiento de las directrices en el empleo de los medios informáticos por ella facilitados. No olvidemos tampoco que el examen del ordenador utilizado por el trabajador accionante fue acordado tras el “hallazgo casual” de fotocopias de las transferencias bancarias efectuadas por un proveedor de la empresa en favor del trabajador demandante. Además, a lo que se accedió fue al servidor de la empresa en la que se encuentran alojados los correos remitidos y enviados desde las cuentas corporativas de todos y cada uno de los empleados.

Al hilo de lo anterior, para comprobar si una medida restrictiva de un derecho fundamental supera el juicio de proporcionalidad, es necesario constatar si cumple los tres siguientes requisitos o condiciones: si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad); y, finalmente, si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el

<sup>31</sup> STCo. 12/2012, de 30 de enero [RTC 2012\12].

interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto).

De acuerdo con lo anterior, para el Tribunal Supremo no cabe duda: a) Que el hallazgo casual de la referida prueba documental excluye la aplicación de la doctrina anglosajona del “fruto del árbol envenenado”, en cuya virtud, al juez se le veda valorar no sólo las pruebas obtenidas con violación de un derecho fundamental sino también las que deriven de aquéllas. b) Que la clara y previa prohibición de utilizar el ordenador de la empresa para cuestiones estrictamente personales nos lleva a afirmar que si no hay derecho a utilizar el ordenador para usos personales, no habrá tampoco derecho para hacerlo en unas condiciones que impongan un respeto a la intimidad o al secreto de las comunicaciones, porque, al no existir una situación de tolerancia del uso personal, tampoco existe ya una expectativa razonable de intimidad y porque, si el uso personal es ilícito, no puede exigirse al empresario que lo soporte y que además se abstenga de controlarlo. c) Que el ponderado examen del correo electrónico utilizando el servidor de la empresa y parámetros de búsqueda informática orientados a limitar la invasión en la intimidad, evidencia que se han respetado escrupulosamente los requisitos exigidos por la jurisprudencia constitucional y se han superado los juicios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad.

También se analiza en esta sentencia las condiciones del TEDH (caso *Barbulescu II*) estimándose que la conducta empresarial supera holgadamente el filtro de los requisitos que el Alto Tribunal europeo exige para atribuir legitimidad a la actividad de control enjuiciada. En este sentido, la sentencia analiza las diferencias entre el caso que ahora analiza el Tribunal Supremo y el caso que en su día analizó el TEDH (caso *Barbulescu II*), resaltando las siguientes disparidades: “a) *los mensajes monitorizados por la empresa no eran de correo electrónico, sino de chats que correspondían a cuenta privada del trabajador en Yahoo Messenger [uno que el empleado –sostuvo– que utilizaba para atender clientes de la empresa y otro estrictamente privada] y para cuyo acceso se precisaba una clave que sólo conocía él; b) aunque la empresa había prohibido el uso personal de los medios corporativos, no había advertido del alcance del control empresarial ni de la posibilidad de acceder a los chats sin consentimiento del interesado, y el trabajador consideraba que su cuenta era personal; c) la empresa accedió al contenido de los chats privados –con la novia y hermano del trabajador– y los imprimió; d) tampoco había mediado causa concreta que motivase el acceso a las comunicaciones privadas*”. Todo lo anterior conlleva al Tribunal Supremo a estimar como correcta el comportamiento de la empresa, sin que haya vulnerado el derecho a la intimidad del trabajador.

## 5. CONCLUSIONES

Para controlar el correo electrónico del trabajador, parece evidente que con las últimas y recientes sentencias del TEDH, la doctrina que impera es aquella que confirma que no solo se requiere la prohibición expresa de uso personal del mismo sino que hace falta algo más: una advertencia clara y previa al control (principio de transparencia), que afecte a la intimidad o al secreto de la comunicación en la menor medida posible (principio de proporcionalidad), tanto en lo que respecta a la intensidad del control como a los medios técnicos utilizados para ello (principio de minimización)<sup>32</sup>.

La jurisprudencia parte de la sentencia del TEDH de fecha 3 de abril de 2007, asunto *Copland*<sup>33</sup>, y que, en suma, entiende que no se transgrede el derecho a la intimidad del trabajador cuando el control de los dispositivos electrónicos de la empresa (incluido el correo electrónico otorgado al trabajador) cuente con el conocimiento del empleado o se encuentre expresamente previsto en ley. Criterio completado con la sentencia del TEDH (Gran Sala) de fecha 5 de septiembre de 2017, Caso *Barbulescu I*<sup>34</sup>, donde se reconoce que, a pesar de las instrucciones otorgadas por la empresa a los trabajadores sobre el uso y disfrute de los dispositivos electrónicos, se debe examinar si el empleado fue advertido antes de la vigilancia que iba a llevarse a cabo en las comunicaciones electrónicas de su correo institucional (es necesario un aviso previo antes del comienzo de la supervisión), sin que la empresa pueda provocar una intromisión importante en la vida privada del trabajador y valorando si existen vías menos invasivas para ello<sup>35</sup>.

Así, el TEDH concreta que las autoridades nacionales deben de evaluar si la medida empresarial supera el siguiente test<sup>36</sup>: 1) Si existió información previa y clara a los trabajadores de las medidas de control que pueden utilizarse, de su alcance y de su puesta en práctica. 2) El grado de fiscalización empresarial y su extensión, tanto temporal como material (si se ha examinado la totalidad o solo parte de las comunicaciones). 3) Si existen argumentos legítimos que justifique el control, monitorización o la vigilancia de las comunicaciones y el acceso a las mismas por tratarse de una medida invasiva e intrusiva. 4) Si existen otras medidas y medios alternativos menos agresivos y más respetuosos con la vida privada del

<sup>32</sup> Rodríguez Escanciano, S., “Posibilidades y límites en el control de los correos electrónicos de los empleados públicos a la luz de la normativa de protección de datos”, en *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, núm. 16, 2019, p. 114.

<sup>33</sup> TEDH 3 de abril de 2007, Caso *Copland* contra Reino Unido [TEDH 2007\23].

<sup>34</sup> TEDH 5 de septiembre de 2017, Caso *Barbulescu* contra Rumania [TEDH\2017\61].

<sup>35</sup> *Vid.* Cuadros Garrido, M. E., “La mensajería instantánea y la STEDH de 5 de septiembre de 2017”, en *Aranzadi Doctrinal*, núm. 11, 2007.

<sup>36</sup> Rodríguez Escanciano, S., “Posibilidades y límites en el control de los correos electrónicos de los empleados públicos a la luz de la normativa de protección de datos”, en *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, núm. 16, 2019, pp. 117 y 118.

trabajador y demás derechos fundamentales. 5) De qué modo utilizó el empresario los resultados de la medida de vigilancia, concretamente, si los resultados se utilizaron para alcanzar el objetivo declarado de la medida. 6) Si se respetan determinadas garantías para el trabajador de manera que, si se accede al contenido de sus comunicaciones, el mismo haya sido previamente notificado.

Por otro lado, siguiendo la estela del 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 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), la Ley 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales (LOPDyGDD), extiende su ámbito de aplicación a las relaciones laborales y funcionariales en las cuales, aunque con alguna matización, rigen los principios y garantías de la protección de datos, que deben de ser respetados por la Administración como responsable del tratamiento: consentimiento, licitud, transparencia, finalidad, adecuación, pertinencia, exactitud y actualización, temporalidad, seguridad a través de la confidencialidad, seudonimización o cifrado, evaluación de impacto y responsabilidad proactiva. A los citados parámetros se le unen una serie de salvaguardas de la persona que se configuran como derechos subjetivos encaminados a hacer operativos los postulados genéricos: información, acceso, rectificación, supresión, bloqueo, limitación del tratamiento, portabilidad u oposición<sup>37</sup>. Asimismo, la citada ley establece límites en el ejercicio del poder de supervisión empresarial para proteger, entre otros aspectos: el derecho de la intimidad de los trabajadores y empleados públicos tanto en el uso de los dispositivos digitales puestos a disposición por su empresario (art. 87), como frente al recurso a los mecanismos de videovigilancia y de grabación de sonidos en el lugar de trabajo (art. 89) o también a raíz del establecimiento de sistemas de geolocalización en el ámbito laboral (art. 90), sin dejar de mencionar la posibilidad de desconexión del trabajador o empleado público para respetar sus tiempos de descanso (art. 88)<sup>38</sup>. No obstante, la norma no resuelve todos los problemas existentes, lo que obliga a seguir realizando una labor de integración entre, por un lado, el marco jurídico compuesto por la Ley y el Reglamento de aplicación directa y obligatoria, pudiendo ser invocado en todo tipo de relación pública o privada<sup>39</sup>; y, por otro, el propio EBEP (arts. 53.1 y 20.2 EBEP en relación con el art. 14 y 87.1 LOPDyGDD). En relación al correo electrónico u otras formas

<sup>37</sup> Rodríguez Escanciano, S., “El derecho a la protección de datos personales en el contrato de trabajo: reflexiones a la luz del reglamento europeo”, en *Revista Trabajo y Seguridad Social (Centro de Estudios Financieros)*, núm. 423, 2018, pp. 19 y ss.

<sup>38</sup> Rodríguez Escanciano, S., “Posibilidades y límites en el control de los correos electrónicos de los empleados públicos a la luz de la normativa de protección de datos”, en *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, núm. 16, 2019, p. 113.

<sup>39</sup> Goñi Sein, J., *La nueva regulación europea y española de protección de datos y su aplicación al ámbito de la empresa (incluido el Real Decreto-Ley 5/2018)*, Bomarzo, Albacete, 2018, p. 15.

de comunicación, de conformidad con la doctrina, ya no está implicado sólo el derecho fundamental a la intimidad o a la protección de datos, sino que también queda afectado el secreto a las comunicaciones, sin que pueda quedar explicado mediante las facultades que se le atribuyen a la Administración en relación con sus empleados<sup>40</sup>.

De lo expuesto hasta ahora podemos extraer las siguientes consecuencias finales para el control de correo electrónico o comunicaciones<sup>41</sup>: a) El trabajador debe ser informado de las medidas que el empresario adopte a fin de controlar los medios de comunicación. b) Es necesario diferenciar los flujos de comunicación de su contenido. c) El control de los contenidos exige justificaciones claras y, de producirse, ha de instrumentarse mediante el establecimiento de unas efectivas garantías a favor del trabajador. d) La información facilitada al trabajador ha de ser clara y transparente. e) Debe realizarse con anterioridad a que se active y comience el control.

En suma, para que el control al trabajador por parte del empresario sea legítimo, primero, debe superarse el test de transparencia respecto a la información previa otorgada al afectado; segundo, debe superarse la cuestión relativa a la finalidad debiendo existir un motivo válido para su fiscalización; y, tercero, el principio de proporcionalidad en lo que se refiere a la preferencia de controles menos invasivos frente a los más intrusivos, siempre y cuando exista una opción real y no una mera comodidad o conveniencia empresarial<sup>42</sup>. Por tanto, no es suficiente prohibir la utilización personal del correo con la idea empresarial de destruir cualquier tipo de expectativa a la confidencialidad; sino que se requiere, además, la advertencia previa de control, que la misma sea clara, que existan motivos reales para la realización del control, y que con tal finalidad se utilicen aquellos medios que sean menos intrusivos para respetar la intimidad o el secreto de las comunicaciones del trabajador<sup>43</sup>.

No obstante, después del caso *Barbulescu II*, y como también hemos analizado, se han dictado varias sentencias en las que se vuelve a poner el foco de atención en la solución otorgada. Nos referimos, primero, a la sentencia del TEDH, de fecha 22 de febrero de 2018<sup>44</sup>, en el asunto *Libert* contra Francia. En esta sentencia, y

<sup>40</sup> Desdentado Bonete, A. y Desdentado Daroca, E., “La segunda sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso *Barbulescu* y sus consecuencias sobre el control del uso laboral del ordenador”, en *Información Laboral*, núm. 1, 2018, pp. 19 y ss.

<sup>41</sup> Valdés Dal-Re, F., “Doctrina constitucional en materia de videovigilancia y utilización del ordenador por el personal de la empresa”, en *Revista de Derecho Social*, núm. 79, pp. 15 y ss.

<sup>42</sup> Molina Navarrete, C., “El poder empresarial de control digital: ¿nueva doctrina del TEDH o mayor rigor aplicativo de la precedente?”, en *IusLabor*, núm. 3, 2017, pp. 287 y ss.

<sup>43</sup> Rodríguez Escanciano, S., “Posibilidades y límites en el control de los correos electrónicos de los empleados públicos a la luz de la normativa de protección de datos”, en *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, núm. 16, 2019, p. 118.

<sup>44</sup> TEDH 22 de febrero de 2018 [TEDH/2018/35].

sustentándose en derecho francés, de manera dudosa, se confirma que en el control del ordenador del trabajador, al haberse localizado por el sustituto del mismo material pornográfico y presuntas falsificaciones de documentos que no tenían que ver con la actividad laboral, la actuación empresarial fue legítima porque el derecho francés permite la compatibilidad entre la intimidad con la potestad empresarial de acceder a los ficheros profesionales del trabajador, aún en su ausencia, siempre y cuando este no identifique los ficheros como privados. En suma, en esta última sentencia, el TEDH (en comparación con el caso *Barbulescu II*) ya no se muestra igual de decidido en la protección del trabajador frente al control empresarial, sustentándose –con argumentos bastante débiles– en el derecho interno francés<sup>45</sup>. La valoración de este caso se hace desde un punto de vista crítico pues creemos que los argumentos jurídicos utilizados para fallar en tal sentido son algo débiles y contradictorios.

Nos referimos ahora, en segundo lugar, a la sentencia del Tribunal Supremo fecha 8 de febrero de 2018<sup>46</sup>. En la misma, y de manera resumida, se entiende que si no hay derecho a utilizar el ordenador para usos personales, no habrá derecho para hacerlo en unas condiciones que impongan un respeto a la intimidad o al secreto de las comunicaciones, puesto que como no existe una situación de tolerancia de uso personal, tampoco puede existir una expectativa razonable de intimidad; y como el uso personal es ilícito, no puede exigirse al empresario que lo soporte y que se abstenga del control del mismo<sup>47</sup>. En otros términos, impera en esta sentencia la doctrina de que puede utilizarse las facultades empresariales, incluida la prohibición absoluta del uso personal y la no exigencia de advertencia previa para realizar el control, cuando existan restricciones íntegras de ese uso, siendo suficiente para eliminar la expectativa de confidencialidad del trabajador, admitiéndose así la posibilidad de realizar controles extraordinarios en caso de sospecha<sup>48</sup>.

Para terminar, vista la jurisprudencia del TEDH, la del Tribunal Constitucional y la del Tribunal Supremo (menos garantista), solo nos queda recomendar a las empresas que desarrollen un protocolo de actuación para el control del correo electrónico de los trabajadores<sup>49</sup>, donde quede recogido, de manera clara, las reglas

<sup>45</sup> Mella Méndez, L., “El control empresarial de los correos y archivos electrónicos del trabajador: valoración crítica de la reciente jurisprudencia nacional y europea”, en *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 11, 2018, pp. 1198 y ss.

<sup>46</sup> STS 8 de febrero de 2018 [RJ2018\666].

<sup>47</sup> Bartolomé Martín, A., “Control empresarial del uso de medios tecnológicos, ¿caso cerrado?”, en *Revista de Información Laboral*, núm. 6, 2018.

<sup>48</sup> Desdentado Bonete, A. y Desdentado Daroca, E., “La segunda sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso *Barbulescu* y sus consecuencias sobre el control del uso laboral del ordenador”, en *Información Laboral*, núm. 1, 2018, pp. 19 y ss.

<sup>49</sup> Lahera Forteza, J., “Nueva vuelta de tuerca sobre el control empresarial del correo electrónico corporativo de los trabajadores”, en *Observatorio de recursos humanos y relaciones laborales*, núm. 128, 2017, p. 72.

y la prohibición del uso personal del correo electrónico institucional, así como la advertencia de la posibilidad de fiscalizar y monitorizar el correo electrónico por razones legítimas empresariales, por supuesto, de la manera menos intrusiva posible. Reglas o protocolos predeterminados en las que atenderse no solo trabajadores, sino también empresarios, evitando así cualquier tipo de abuso por alguna de las partes, dado que el trabajador conoce previamente que uso puede darle al correo electrónico institucional y el empresario evitaría así el control abusivo e inconstitucional de la propia monitorización.





# LAS FACULTADES DE CONTROL FUERA DE LA JORNADA DE TRABAJO: DESCONEXIÓN DIGITAL Y CONTROL DEL TRABAJADOR

M<sup>a</sup> NIEVES MORENO VIDA

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

**EXTRACTO**      **Palabras Clave:** Desconexión digital, tiempo de trabajo, protección de la salud, conciliación de la vida personal y laboral, poderes de dirección y control del empresario

Las tecnologías de la información y de la comunicación permiten que se trabaje en cualquier lugar y en cualquier momento, difuminando la línea entre las horas de trabajo y la vida personal, y contribuyendo en muchos casos a ampliar las horas de trabajo. Se produce una intrusión del trabajo en la vida privada, la confusión entre lugar y tiempo de trabajo y vida privada e intimidad del trabajador y da lugar a un incremento del poder de control del empresario mediante el uso de las TIC, en detrimento –o incluso vulneración– de los derechos a la dignidad y a la intimidad de los trabajadores. La regulación del derecho a la desconexión se conecta de forma directa con el poder de control y dirección del empresario, cuyo ejercicio se desarrolla dentro de la jornada de trabajo que marca el límite de dichos poderes, debiendo garantizar que no puedan extenderse a un tiempo de no trabajo (fuera de la jornada laboral). Se impone una nueva interpretación actualizada y acomodada a la nueva realidad de los poderes empresariales tradicionales en el marco de unas relaciones laborales donde se han introducido de modo sustancial las nuevas tecnologías digitales que han alterado el juego de fuerzas de las partes del contrato de trabajo.

**ABSTRACT**      **Key Words:** Digital disconnection, working time, health protection, work and family reconciliation, entrepreneur’s management power, entrepreneur’s power of control

Information and communication technologies allow you to work anywhere, anytime, blurring the line between working hours and personal life, and in many cases helping to extend working hours. There is an intrusion of work into private life, confusion between place and time of work and private life and privacy of the worker and results in an increase in the power of control of the employer through the use of ICTs, to the detriment –or even violation– of the rights to the dignity and privacy of workers. The regulation of the right to disconnection is directly connected with the power of control and direction of the employer, the exercise of which takes place within the working day that marks the limit of those powers, and must ensure that they cannot be extended to a non-working time (outside the working day). A new interpretation is imposed updated and accommodating to the new reality of traditional business powers within the framework of industrial relations where new digital technologies that have altered the game of forces of the parties to the employment contract.

## ÍNDICE

1. EL TIEMPO DE TRABAJO COMO ELEMENTO CONFIGURADOR DEL MARCO EN QUE SE DESARROLLA LA ACTIVIDAD LABORAL Y EL PODER DE CONTROL DEL EMPRESARIO
  - 1.1. Tiempo de trabajo y subordinación del trabajador
  - 1.2. El impacto de la digitalización y nuevas tecnologías en la ordenación del tiempo de trabajo y en el control del empresario
2. EL DERECHO A LA DESCONEXIÓN DIGITA EN EL TRABAJO
  - 2.1. Antecedentes: la reforma legal francesa y la experiencia empresarial
  - 2.2. Contenido del derecho a la desconexión digital
  - 2.3. Reglas para determinar las modalidades de ejercicio del derecho a la desconexión digital: la negociación colectiva y la política interna de la empresa

### 1. EL TIEMPO DE TRABAJO COMO ELEMENTO CONFIGURADOR DEL MARCO EN QUE SE DESARROLLA LA ACTIVIDAD LABORAL Y EL PODER DE CONTROL DEL EMPRESARIO

Uno de los ámbitos donde han incidido de modo particular las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación es en el tiempo de trabajo y, por tanto, en la situación jurídica de subordinación y dependencia respecto del ámbito de organización y dirección del empleador.

El tiempo de trabajo constituye una medida indirecta, y fundamental, para el cómputo del “quantum” de la prestación de servicios, esto es, el tiempo que a cambio de la retribución el trabajador se pone a disposición del empleador. Pero junto a esta vertiente cuantitativa, ligada a la sinalagmaticidad del contrato de trabajo (el empleador a cambio del pago del salario “se apropia de la disponibilidad del tiempo del trabajador”<sup>1</sup>), el tiempo de trabajo presenta también una vertiente cualitativa que tiene anudadas otra serie de funciones que afectan tanto a la organización del trabajo como al empleo o a la propia persona del trabajador física y socialmente.

En la regulación del tiempo de trabajo, la primera magnitud tenida en cuenta por el ordenamiento jurídico es la protección de la salud de los trabajadores. En dicha regulación del tiempo de trabajo queda implicada la propia persona del trabajador, que es inseparable de su fuerza de trabajo, de manera que se trata no solo de proteger la libertad del trabajador (la jornada legítima jurídicamente la puesta a disposición del empleador y los límites temporales en que se realiza dicha puesta a disposición), sino también de proteger su salud. Por ello, ha sido objeto de intervencionismo público en la ordenación de las relaciones de trabajo, tanto en el ámbito internacional, como en el ámbito nacional. Desde esta perspectiva, ha sido

<sup>1</sup> Vid. Raso Delgue, J.: “Reflexiones sobre el tiempo de trabajo y sus desafíos en el siglo XXI”, en Perán Quesada, S. (Dir.): *La ordenación del tiempo de trabajo en el siglo XXI. Retos, oportunidades y riesgos emergentes*, Editorial Comares, Granada, 2014, pág. 14.

tradicional la reivindicación obrera de la reducción del tiempo de trabajo (“ocho horas de trabajo, ocho horas de recreo y ocho horas para descansar”, eslogan del primer congreso de la Asociación Internacional de Trabajadores) y la respuesta del Derecho del Trabajo desde sus orígenes. Pero también ha sido objeto de las primeras medidas protectoras adoptadas por los Estados como respuesta a la cuestión social, y como modo de organización de las prestaciones que contribuía a regular las relaciones de trabajo tanto en el ámbito individual como en el ámbito colectivo.

Desde los primeros convenios de la OIT (Convenio núm.1, de limitación de las horas de trabajo en las empresas de trabajo industrial, ratificado por España en 1929; Convenio núm.6 sobre el trabajo nocturno; Convenio núm. 14 sobre el descanso semanal en el trabajo en la industria; Convenio núm. 138 sobre vacaciones) se ha relacionado la regulación del tiempo de trabajo con la protección de la salud de los trabajadores. Esta perspectiva de la limitación de la jornada y garantía del descanso aparece también en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 y en la Carta Social Europea. Por su parte, también en la Directiva Marco sobre Seguridad y Salud en el trabajo, Directiva 89/391/CEE, y en la Directiva 93/104/CEE relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, aparece claramente la relación entre ordenación del tiempo de trabajo y protección de la seguridad y salud de los trabajadores. Asimismo, en el art. 31.2 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (hoy con el mismo valor jurídico que los Tratados de la Unión Europea, conforme al art. 6.1 TUE) se garantiza el derecho a la limitación de la duración máxima del trabajo y a períodos de descanso diarios, semanales y anuales, en el marco del derecho a disfrutar de condiciones de trabajo justas y equitativas y evidenciando la vinculación existente entre el tiempo de trabajo y la salud laboral<sup>2</sup>.

Este aspecto más clásico de la regulación del tiempo de trabajo como mecanismo de protección físico-psíquica, de protección de la salud, del trabajador es la que parece recogerse también en la Constitución española (art. 40.2). No obstante, hoy día se asignan asimismo a la regulación del tiempo de trabajo otras finalidades: como mecanismo que permita garantizar el libre desarrollo de la persona trabajadora –conciliación de la vida laboral con la vida personal y familiar, conciliación del trabajo con la formación, desarrollo del ocio–; como instrumento para garantizar la capacidad competitiva de las empresas en un mercado internacionalizado y adecuado a las transformaciones técnicas de la producción; y como mecanismo reparto del empleo.

Si bien estas diversas funcionalidades están hoy presentes en la regulación del tiempo de trabajo, la incidencia y alcance de las mismas es muy desigual. La

<sup>2</sup> Vid. sobre esta norma, Gorelli Hernández, J.: “Art. 31.2. Condiciones justas y equitativas (tiempo de trabajo)”, en Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J.L. (Dir.): *La Europa de los derechos. Estudio sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Editorial Comares, Granada, 2012, págs. 783 y sigs.

política de ordenación del tiempo de trabajo basada en un pretendido equilibrio entre flexibilidad y seguridad, que se impone desde el ámbito de la Unión Europea, se viene inclinando del lado de la flexibilidad para las empresas y del incremento de la productividad; en definitiva, se inclina hacia el lado de la lógica económica frente a la lógica social, que debe garantizar también “una humanización del tiempo de trabajo”, políticas de reparto del empleo, conciliación de la vida personal y desarrollo de la personalidad del trabajador<sup>3</sup>.

### 1.1. Tiempo de trabajo y subordinación del trabajador

Desde el punto de vista contractual, el tiempo de trabajo determina el período durante el cual el trabajador queda a disposición del empresario y durante el cual éste puede ejercer sus facultades directivas ordenando la prestación de servicios del trabajador con la finalidad de obtener el rendimiento previsto. Se utiliza así para determinar el cumplimiento efectivo de la prestación de trabajo y para determinar la retribución del trabajo. El tiempo de trabajo ha cumplido, desde el punto de vista jurídico-laboral, la función de medir la subordinación del trabajador, delimitando el valor del intercambio del trabajo (el salario) y los poderes directivos del empleador. Permite establecer la medida de la subordinación y a la vez actúa como criterio limitador de ese sometimiento jurídico. Es por ello que el tiempo de trabajo sigue siendo uno de los aspectos principales del conflicto laboral<sup>4</sup>.

El tiempo de trabajo constituye pues un factor delimitador de la subordinación del trabajador. El objeto de la relación laboral no queda integrado sólo por el resultado de la actividad, se exige que esa actividad se preste con un rendimiento mínimo, de modo que la relación de trabajo por cuenta ajena implica no sólo una cesión “ab initio” de los frutos o resultados del trabajo, sino también una cesión del propio tiempo de trabajo. Como consecuencia de la ajeneidad y la dependencia dentro de la organización productiva, no sólo se produce la cesión “ab initio” de la titularidad de los resultados del trabajo, sino que también se atribuye al empleador el poder de organizar la actividad del trabajo, de organizar y controlar la “puesta a disposición” del trabajador durante un cierto período de tiempo. De esta forma, durante el “tiempo de trabajo”, el trabajador queda en situación jurídica de subordinación o dependencia respecto al ámbito de organización, dirección y control del empleador, quien “se apropia de la utilidad patrimonial del trabajo y asume la facultad de disposición sobre las condiciones en que ha de ejecutarse la actividad laboral”, por lo que, como señala Monereo Pérez, “trabajo y tiempo están pene-

<sup>3</sup> Vid. Monereo Pérez, J.L. y Gorelli Hernández, J.: *Tiempo de trabajo y ciclos vitales. Estudio crítico del modelo normativo*. Edit. Comares, Granada, 2009, pág. 34.

<sup>4</sup> Vid. Raso Delgue, J.: “Reflexiones sobre el tiempo de trabajo y sus desafíos en el siglo XXI”, op.cit., pág. 13.

trados por la racionalidad jurídica y la dialéctica del poder y de la subordinación que le son inherentes<sup>5</sup>.

Esta característica ha supuesto que, a la hora de delimitar la relación laboral, la jurisprudencia tradicionalmente haya utilizado como uno de los parámetros básicos para la existencia de subordinación el tiempo de trabajo, el sometimiento del trabajador a una jornada de trabajo. Existe una amplia jurisprudencia en la que, entre los indicios más relevantes que utiliza para analizar la concurrencia del elemento de subordinación, toma en consideración la sujeción a unos horarios de trabajo en días concretos y horas determinadas, la necesidad de pedir permisos en caso de no poder cumplir los horarios marcados y recuperar las horas no realizadas. Son, sin embargo, criterios orientativos teniendo en cuenta la configuración flexible y amplia que caracteriza cada vez más a la dependencia o subordinación y que esta característica de sometimiento a un determinado tiempo de trabajo debe ser valorado junto con otros indicios de subordinación para calificar una relación de trabajo como laboral. Como es conocido, estos parámetros han sido fuertemente afectados por las nuevas tecnologías de la comunicación y de la información (economía 4.0); sin embargo el tiempo de trabajo y el sometimiento directo a las órdenes o instrucciones del empresario, aún con las modalizaciones derivadas de una actividad fuertemente digitalizada, siguen siendo apreciadas como indicios de laboralidad, como se puso de manifiesto, en relación con los *riders* en los Informes de la Inspección de Trabajo de Valencia de 2017 y 2018, o de Barcelona y en algunas sentencias, como Sentencias del Juzgado nº 33 de Madrid de 11 de febrero, del Juzgado de lo Social nº 1 de Madrid nº 130 de 2019 de 4 de abril, del Juzgado de lo Social nº 1 de Gijón nº 61/2019, del Juzgado de lo Social nº 5 de Valencia nº 197/2019, de 10/06/2019<sup>6</sup>.

<sup>5</sup> Monereo Pérez, J.L.: “Prólogo”, en Perán Quesada, S. (Dir.): *La ordenación del tiempo de trabajo en el siglo XXI. Retos, oportunidades y riesgos emergentes*. Editorial Comares, Granada, 2014, pág. XIV.

<sup>6</sup> En el Informe de la Inspección de Trabajo de Valencia de 2017 en relación a los trabajadores de Deliveroo la inspección acredita que Deliveroo les dice a estos trabajadores su horario y les ordena que apaguen la aplicación cuando se acaba su horario asignado, indicándoles que si una vez acabado su horario no han apagado la aplicación y reciben algún pedido no se lo retribuirá. Asimismo, en el acta de la inspección de trabajo de Valencia respecto a los *riders* de Glovo se destaca que la determinación del horario por el *rider* tiene una repercusión indirecta en la valoración del trabajador que afecta a la propia realización del trabajo puesto que si el *rider* elige horas de trabajo distintas a las que Glovo “recomienda” tendrá peor puntuación, repercutiendo en los pedidos recibidos por el trabajador –que serán cada vez menos– y en la propia elección de los horarios de reparto, que se van reduciendo.

La Sentencia del Juzgado nº 33 de Madrid de 11 de febrero declara la laboralidad de un *rider* de Glovo apreciando como indicio de laboralidad la existencia de una jornada de 40 horas y un límite de 40 minutos en la realización de un encargo (en el mismo sentido la Sentencia del Juzgado de lo Social nº 1 de Madrid nº 130 de 2019 de 4 de abril). La Sentencia del Juzgado de lo Social nº 1 de Gijón nº 61/2019, respecto a la subordinación señala que con independencia de que exista una aparente “libertad” de horarios, la realidad es que existe subordinación porque los *riders* están sometidos a procesos “estandarizados”. Declara además que no existe tal “libertad horaria”, como argumenta la empresa, dado que el horario depende de un sistema de puntuación conforme al cual la empresa permite elegir horario primero a aquellos que tienen mejor puntuación, mientras que los que tienen peor deben elegir entre lo que queda, o no elegir porque no queda nada que elegir. En definitiva, considera la sentencia

Por otra parte, la jornada de trabajo constituye el tiempo efectivo de prestación de servicios por parte del trabajador a la que queda obligado en virtud del contrato de trabajo, de tal forma que el respeto de dicha jornada y de su distribución mediante el horario de trabajo es un elemento fundamental para determinar el cumplimiento de dicha obligación, debiendo incluirse hoy en este elemento no sólo el aspecto cuantitativo (concreción del “quantum”) sino también la vertiente cualitativa relativa a la distribución del tiempo de trabajo<sup>7</sup>. Consecuencia de ello, es que las norma laborales configuran el incumplimiento del tiempo de trabajo (de forma culpable ex art. 54.2,a ET; o de forma no culpable ex art. 52,d ET) como causa de despido del trabajador o de extinción del contrato de trabajo por causas objetivas. Es decir, el cumplimiento del tiempo de trabajo es elemento decisorio para determinar si se cumple o no con la prestación de trabajo y, por el contrario, delimita el ejercicio de las facultades directivas del empresario que sólo pueden ser ejercidas durante el período en que el trabajador está a disposición del empresario (salvo los supuestos que hoy se configuran en algunos convenios colectivos de complementos de localización en los que el empresario puede invadir el período de descanso del trabajador exigiéndole que acuda a realizar la prestación de servicios, o en algunas relaciones especiales de trabajo).

## 1.2. El impacto de la digitalización y nuevas tecnologías en la ordenación del tiempo de trabajo y en el control del empresario

Uno de los retos para la gobernanza del trabajo que con mayor abundancia ha sido advertido en los últimos años es el impacto que las nuevas tecnologías de la información y comunicación (*crowd working*, trabajo en las plataformas digitales, economía colaborativa, economía 4.0, cuarta revolución industrial, economía ‘Gig’, o ‘On-demand’, trabajo en la nube...) en las reglas tradicionales sobre el trabajo. La digitalización y/o automatización plantea muchas dudas respecto a instituciones laborales clásicas y reglas tradicionales en el ámbito laboral, como especialmente las relativas al tiempo y lugar de trabajo, pero también respecto

que existe organización del trabajo por parte de la empresa y establece directamente que “la pretendida flexibilidad laboral (horaria)” solo es una manera de hacer competir los recaderos para lograr las “mejores” horas, dejando al resto con unos horarios no compatibles con su vida personal sino los que a la empresa más le conviene. También Sentencia del Juzgado de lo Social n<sup>o</sup> 5 de Valencia n<sup>o</sup> 197/2019, de 10/06/2019. Frente a ellas, la Sentencia del Juzgado n<sup>o</sup> 17 de Madrid en Sentencia número 12/19 de 11 de enero de 2019, que declara que un Rider de GLOVO no es trabajador laboral sino un TRADE, utiliza como indicio de no laboralidad, entre otros, la libertad de horario

<sup>7</sup> Vid. Escudero Rodríguez, R.: “Significación del tiempo de trabajo, fuentes reguladoras y dinámica de la negociación colectiva”, *Relaciones Laborales*, Tomo I, 1999, pág. 313; Trillo Párraga, F.J.: *La construcción social y normativa del tiempo de trabajo: Identidades y trayectorias laborales*, Lex Nova, Valladolid, 2010, pág. 206.

de los instrumentos de tutela de la seguridad y salud, los instrumentos de control empresarial o la propia sostenibilidad de la Seguridad Social<sup>8</sup>.

Se ha venido planteando que estos nuevos procesos de digitalización y automatización desbordan el marco del contrato de trabajo y los mecanismos de regulación utilizados tradicionalmente, particularmente la intervención estatal en las relaciones de trabajo. La Comunicación de la Comisión Europea *Una agenda europea para la economía colaborativa* de 2016<sup>9</sup> reconoce que “plantea a menudo cuestiones relacionadas con la aplicación de los marcos jurídicos existentes, que hacen menos claros los límites establecidos entre consumidor y proveedor, trabajador por cuenta propia y por cuenta ajena o la prestación profesional y no profesional de servicios”, creando incertidumbres respecto a las normas aplicables y sobre los derechos y las obligaciones de las personas que participan en la economía colaborativa.

En cualquier caso, estas nuevas realidades derivadas de los procesos de digitalización, robotización y automatización de los procesos productivos, junto con las nuevas formas de organización del trabajo no solo pueden determinar una cierta pérdida de centralidad del trabajo y la aparición de nuevas formas de trabajo distintas del prototipo clásico (trabajo seguro y de calidad)<sup>10</sup> que pueden provocar

<sup>8</sup> Vid. al respecto, entre otros: Mercader Uguina, J.: *El futuro del trabajo en la era de la digitalización y la robótica*, Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 2017; Monereo Pérez, J.L.: “Transformaciones del trabajo y futuro del derecho del trabajo en la «era de la flexibilidad»”, en *Revista de Derecho del Trabajo*, núm. 10 (2016); Ibid., “Presente y futuro del Derecho del Trabajo en Europa ante los retos del siglo veintiuno”, en Cerejeira Namora, N., Mella Méndez, L. y otros (Edited by): *The Balance between Worker protection and Employer Powers: Insights from around the World*, Cambridge, Scholars Publishing, 2018, págs. 16-109; Todolí, A.: *El trabajo en la era de la economía colaborativa*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016; Rodríguez Fernández, M. L. (2017) “Plataformas, microworkers y otros retos del trabajo en la era digital”, contribución a la Conferencia Nacional OIT “El futuro del trabajo que queremos”, Madrid, 28 de marzo de 2017; Rodríguez Fernández, M. L.: “Clásicos y nuevos desafíos del trabajo en la economía 4.0”, en OIT. Conferencia Nacional Tripartita *El futuro del trabajo que queremos*. Volumen II. Ministerio de Empleo y Seguridad Social, Madrid, 2017, págs. 275 y sigs.; Molina Navarrete, C.: “Derecho y trabajo en la era digital: ¿revolución industrial 4.0” o “economía sumergida 3.0”?”, en OIT. Conferencia Nacional Tripartita *El futuro del trabajo que queremos*. Volumen II. Ministerio de Empleo y Seguridad Social, Madrid, 2017, págs. 403 y sigs.; Rodríguez Fernández, M. L. y Pérez del Prado, D.: “El impacto de la economía 4.0 sobre las condiciones de trabajo y empleo. Estudio de caso en dos empresas de base tecnológica”, en *Cuadernos de Relaciones Laborales* 36(2) 2018: 355-372 [<http://dx.doi.org/10.5209/CRLA.60701>]; Rodríguez-Piñero Royo, M.: “La agenda reguladora de la economía colaborativa: Aspectos laborales y de seguridad social”, *Temas Laborales* núm. 138/2017, págs. 125-161; Todolí, A. y Hernández, M. (dirs.): *Trabajo en plataformas digitales: innovación, derecho y mercado*, Ed. Aranzadi, 2018; Mella, I. (dir.) y Villalba, A. (coord.): *La revolución tecnológica y sus efectos en el mercado de trabajo: un reto del siglo XXI*. Wolters Kluwer, Madrid 2018; Pérez de los Cobos (dir.): *El trabajo en plataformas digitales. Análisis sobre su situación jurídica y regulación futura*, Madrid (Wolters Kluwer), 2019; Rodríguez Escanciano, S.: *Derechos laborales digitales: garantías e interrogantes*. Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona 2019.

<sup>9</sup> Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones *Una Agenda Europea para la economía colaborativa* {SWD(2016) 184 final} COM(2016) 356 final.

<sup>10</sup> Entre otras, aparición de una nueva forma de “trabajo a destajo en línea” (“on demand”), “microworkers” pendientes de peticiones de trabajo a través de las plataformas on-line para realizar mínimas funciones y con mínimos salarios, nuevas relaciones triangulares de trabajo entre las empre-



su devaluación como elemento de articulación y estructuración social<sup>11</sup>. También están incidiendo en la determinación del tiempo de trabajo y en el ejercicio del conjunto de facultades que comprende el poder de dirección del empresario puesto que “el modelo jerarquizado y autoritario de ejercicio del poder organizativo del empleador propio del fordismo ya no se adecúa a las nuevas formas de trabajo”<sup>12</sup>.

Históricamente, el modelo de regulación jurídica del tiempo de trabajo se correspondió con el modelo fordista de producción estandarizada que exigía un régimen constante de los horarios y de la organización de las relaciones de trabajo. Y ese modelo estándar implicaba también un tiempo de trabajo homogéneo que conducía a un modelo de vida del trabajador articulado entre el tiempo de trabajo, en el que el trabajador se encuentra bajo la subordinación del empleador, y tiempo libre, en el que formalmente el trabajador tiene libre disposición para la inactividad o el ocio, pero que el modelo fordista tiende a configurarlo como tiempo para el consumo y para la reproducción de la fuerza de trabajo del trabajador. [Desde el punto de vista colectivo, este modelo de regulación estandarizado y homogéneo (mismo lugar de trabajo, misma jornada, mismos ritmos, mismo salario) permitió también el surgimiento de la solidaridad de los trabajadores].

El sistema productivo hoy se basa cada vez más en sistemas heterogéneos e individualizados de organización del trabajo. De ahí que ésta se haga más flexible, más heterogénea e individualizada, dirigida a conseguir una mayor productividad del trabajo y adaptada a las variaciones del proceso productivo y de las nuevas formas de organización científico-técnica del trabajo. Esto se traduce en una “des-estandarización del ciclo de la vida de las personas”<sup>13</sup> que rompe con el tradicional modelo ternario de la vida de las personas: tiempo para la formación, tiempo para el trabajo, tiempo para la retirada de la vida activa<sup>14</sup>.

Pero, además, la transformación digital del trabajo, con las consecuencias tecnológicas y organizativas que conlleva, se traduce en una “hipervigilancia em-

sas dueñas de las plataformas tecnológicas, los usuarios/clientes y los prestadores del servicio, bajo fórmulas de para-subordinación, o, lo que es lo mismo, como falsos autónomos.

<sup>11</sup> Vid. Monereo Pérez, J.L.: “Los derechos sociales fundamentales ante las recientes reformas: Un desafío para el trabajo decente”, en AAVV: *El futuro del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en un panorama de reformas estructurales: Desafíos para el trabajo dente*. Editorial Laborum, 2018 (en abierto), pág. 40.

<sup>12</sup> Vid. Falguera i Baró, M.A.: “Nuevas Tecnologías y Trabajo (I): Perspectiva Contractual”. *Trabajo y Derecho* n° 19/2016; pág.13; Sánchez-Rodas, C.: “Poderes directivos y nuevas tecnologías”, en *Temas Laborales* número 138/2017, pág. 166.

<sup>13</sup> Vid. Monereo Pérez, J.L.: “Ciclos vitales y seguridad social: trabajo y protección social en una realidad cambiante”, *RMTAS*, Número Extraordinario 2008; Monereo Pérez, J.L. y Gorelli Hernández, J.: *Tiempo de trabajo y ciclos vitales...*, op.cit., pág. 8.

<sup>14</sup> Como se ha dicho “el tiempo de trabajo se enmarca en el tiempo vital”, penetrando en la relación de trabajo e influyendo en los demás ámbitos del tiempo vital (modos de vida, relaciones familiares, ocio), basado en el “ciclo ternario”: tiempo para la formación; tiempo de trabajo; tiempo para la retirada de la vida activa”. Vid. Monereo Pérez, J.L.: “Prólogo”, en Perán Quesada, S. (Dir.): *La ordenación del tiempo de trabajo en el siglo XXI. Retos, oportunidades y riesgos emergentes*, op.cit., pág. XVI.

presarial” y en una difuminación de las fronteras “entre los tiempos de trabajo estrictamente productivos (bajo la dependencia del empleador y orientados a los resultados de productividad debidos) y los reproductivos (bajo el poder de autodefinición de la persona del trabajador para asuntos propios)”<sup>15</sup> y, en consecuencia, la delimitación del tiempo de trabajo efectivo para diferenciarlo del tiempo no laboral o privado se sitúa como una de las cuestiones fundamentales. Además, la presencia física de los trabajadores en el centro de trabajo también se va sustituyendo por una “presencia virtual”, originando una nueva “dependencia tecnológica”<sup>16</sup> (recuérdese, al respecto, la STJUE de 10 de septiembre de 2015, *Tycó*, asunto C-266/14, sobre la determinación del tiempo de trabajo y su criterio de cómputo en relación con la reorganización adoptada por el Grupo “Tycó” suprimiendo los centros de trabajo físicos y sustituyéndolos, salvo el central, por conexiones móviles<sup>17</sup>). Las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación (NTIC) llevan consigo una fragmentación y una difuminación del tiempo de trabajo y una deslocalización de la prestación de servicios y esto genera nuevas tensiones y nuevos conflictos respecto a la ordenación jurídica de la relación de trabajo y de su protección social (incumplimientos de las normas de derecho necesario sobre el derecho al descanso del trabajador, fraude en las prolongaciones de jornada no declaradas y sus consecuencias perniciosas sobre la cotización a la seguridad social y, en consecuencia, sobre las futuras “rentas de sustitución”; conflictos sobre la calificación de las contingencias profesionales; mayor incidencia de la siniestralidad laboral y los daños producidos por el estrés laboral; afectación a las políticas de conciliación laboral y familiar, impidiendo el goce pleno del derecho a la vida privada y a la intimidad del trabajador...) <sup>18</sup>.

Esta desestructuración del tiempo de trabajo se ha visto favorecida por las políticas flexibilizadoras que han afectado de modo muy particular a la ordenación del tiempo de trabajo. La finalidad político-jurídica de las reformas flexibilizadoras llevadas a cabo en la mayoría de los países europeos ha venido siendo la reordenación de la regulación de la jornada de trabajo, estableciendo los límites y garantías que resultan indisponibles por razones de salud y seguridad o por objetivos

<sup>15</sup> Vid. Molina Navarrete, C.: “Jornada laboral y tecnologías de la infocomunicación: ‘desconexión digital’, garantía del derecho al descanso”, en *Temas Laborales*, núm. 138/2017, pág. 254.

<sup>16</sup> Vid. Pérez de los Cobos Orihuel, F.: *Nuevas Tecnologías y Relación de Trabajo*. Tirant lo Blanch. Valencia. 1990, quien considera que “si las nuevas tecnologías están poniendo en crisis alguno de los indicios tradicionales de la subordinación, también están contribuyendo a crear otros (la dependencia tecnológica)”, pág. 41; Sánchez-Rodas Navarro, C.: “Poderes directivos y nuevas tecnologías”, en *Temas Laborales*, núm. 138/2017, págs. 163-184.

<sup>17</sup> Vid. sobre esta Sentencia y todo el caso del Grupo Tycó, Molina Navarrete, C.: “Jornada laboral y tecnologías de la infocomunicación: ‘desconexión digital’, garantía del derecho al descanso”, op.cit., págs. 261 y sigs.

<sup>18</sup> Vid. Fernández Avilés, J.A.: “Cronorreflexión al hilo de cuestiones actuales sobre tiempo de trabajo”, en *Revista de Trabajo y Seguridad Social (Centro de Estudios Financieros)*, núm. 421, 2018, págs. 6 y sigs.

de política de empleo, y fijando un marco para su regulación por la negociación colectiva que permita compatibilizar las necesidades empresariales y los intereses de los trabajadores. A través del acuerdo colectivo o individual, los horarios uniformes y rígidos han sido sustituidos por una regulación de la jornada de trabajo con horarios muy flexibles y diversificados, que permita al empresario hacer frente a las necesidades productivas de cada momento. Esta flexibilidad se alcanza permitiendo que los límites tradicionalmente inderogables se conviertan en disponibles para la negociación colectiva e incluso de forma unilateral por el empleador (es el caso de un mínimo de jornada disponible de forma unilateral, respetando los límites legales relativos al descanso diario y semanal, para la distribución irregular de la jornada, al margen del acuerdo colectivo, si bien con algunos límites, art. 34.2 ET; la modificación de las condiciones relativas a jornada de trabajo, horario y distribución del tiempo de trabajo conforme al procedimiento previsto en el art. 41 ET; la flexibilización en el régimen de las horas extraordinarias y en las complementarias del tiempo parcial). De forma que en la práctica el límite máximo semanal, considerado en otro tiempo como mínimo legal indisponible, ha dejado paso a una amplia capacidad de gestión para el empresario –con el requisito procedimental de la mediación de un acuerdo colectivo o de un acuerdo de empresa–, pasando a convertirse más que nada en un mero parámetro de cálculo del límite máximo anual. En esta ordenación flexible del tiempo de trabajo y de la movilidad funcional y espacial de los trabajadores está implícita la función reguladora de la autonomía individual y el reforzamiento del poder de dirección unilateral del empresario. Por otro lado, la flexibilidad horaria que caracteriza el trabajo con las NTIC vuelve a poner en el centro del conflicto la diferencia entre trabajo efectivo y períodos de disponibilidad (vid. STJUE de 21 de febrero de 2018, *Ville de Nivelles vs Rudy Matzak*, asunto C-518/15), ahora de forma mucho más acentuada por la “conectividad” permanente que permiten las NTIC. Esta conectividad permanente lleva, en muchos casos, a encubrir bajo la pretendida bondad de la “autogestión flexible” del tiempo de trabajo una “disponibilidad permanente”<sup>19</sup>, que elimina los límites entre la vida profesional y la vida privada (entre los tiempos de trabajo productivos y los tiempos reproductivos), afectando de modo particular a la salud de los trabajadores (efecto “*blurring*”, estrés laboral, fatiga informática...).

Todo ello plantea –cuestiona, en definitiva– si esta regulación flexibilizadora y cada vez más individualizadora permite mantener el equilibrio necesario entre la flexibilidad y los objetivos de protección de la salud y seguridad del trabajador, conciliación entre la vida profesional y la vida familiar y desarrollo de la personalidad del trabajador. El cumplimiento de todos estos objetivos requiere

<sup>19</sup> Vid. sobre la distinción entre conectividad y disponibilidad, Fernández Avilés, J.A.: “El “derecho a la desconexión” como medida preventiva frente a los nuevos riesgos psicosociales derivados del cambio tecnológico”, *Boletín Informativo. Observatorio de Riesgos Psicosociales UGT*, núm. 28, 2018, págs. 8-15.

necesariamente que existan normas mínimas y controles públicos y colectivos adecuados.

Frente a esta situación, la Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo de la OIT, en su Informe *Trabajar para un futuro más prometedor* [OIT. Oficina Internacional del Trabajo – Ginebra: OIT, 2019] plantea la necesidad de “*ampliar la soberanía sobre el tiempo de trabajo*”, exhortando a que se tomen medidas que faciliten una autonomía del tiempo de trabajo que satisfaga las necesidades de los trabajadores y de las empresas. Las medidas para limitar y reducir el número máximo de horas de trabajo, adoptadas en el pasado, que han ido acompañadas por aumentos de la productividad, sigue siendo un importante objetivo político. Pero las tecnologías transformadoras y los cambios en la organización del trabajo plantean nuevos desafíos para la aplicación efectiva de estos límites. Como se señala en este Informe, las tecnologías de la información y de la comunicación permiten que se trabaje en cualquier lugar y en cualquier momento, difuminando la línea entre las horas de trabajo y la vida personal, y contribuyendo en muchos casos a ampliar las horas de trabajo. Por ello, la OIT considera que, en la era digital, los gobiernos y las organizaciones de empleadores y de trabajadores tendrán que encontrar nuevos medios para aplicar de forma eficaz a nivel nacional determinados límites máximos de las horas de trabajo, por ejemplo, estableciendo el *derecho a la desconexión digital*. Los trabajadores necesitan mayor soberanía sobre su tiempo. La capacidad de tener más opciones y de ejercer un mayor control sobre sus horas de trabajo mejorará su salud y su bienestar, así como el desempeño personal y empresarial. La OIT requiere a los gobiernos, los empleadores y los trabajadores para que aborden la cuestión de la “pobreza de tiempo” y elaboren acuerdos sobre la ordenación del tiempo de trabajo que permitan a los trabajadores elegir los horarios de trabajo, sujetos a las necesidades que tenga la empresa de una mayor flexibilidad, y respaldando mejoras de la productividad, de manera que los trabajadores puedan mantener o aumentar sus ingresos, al mismo tiempo que reducen sus horas de trabajo para adaptarlas a los límites máximos.

## 2. EL DERECHO A LA DESCONEXIÓN DIGITAL EN EL TRABAJO

Una de las mayores novedades de la nueva regulación llevada a cabo por la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales (LOPDyGDD) es la regulación en su art. 88 del derecho a la desconexión digital en el ámbito laboral. Dicha norma establece que “Los trabajadores y los empleados públicos tendrán derecho a la desconexión digital a fin de garantizar, fuera del tiempo de trabajo legal o convencionalmente establecido, el respeto de su tiempo de descanso, permisos y vacaciones, así como de su intimidad personal y familiar”.

Como se indica en la Exposición de Motivos de esta Ley Orgánica de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales, Internet “se ha convertido en una realidad omnipresente tanto en nuestra vida personal como colectiva. Una gran parte de nuestra actividad profesional, económica y privada se desarrolla en la Red y adquiere una importancia fundamental tanto para la comunicación humana como para el desarrollo de nuestra vida en sociedad”. Entre otras cosas, la aplicación de las nuevas tecnologías, y en particular de las TIC, produce una intrusión del trabajo en la vida privada, la confusión entre lugar y tiempo de trabajo y vida privada e intimidad del trabajador y da lugar a un incremento del poder de control del empresario mediante el uso de las TIC, en detrimento –o incluso vulneración– de los derechos a la dignidad y a la intimidad de los trabajadores. A través de las TIC (correos electrónicos, móviles o teléfonos inteligentes, tabletas, etc.) el empleador puede dar órdenes o instrucciones a los trabajadores cualquier día de la semana y del año y a cualquier hora del día y de la noche (“*anywhere, anytime*”)<sup>20</sup>, provocando, además de la vulneración de los derechos al descanso, la aparición de importantes riesgos laborales (fatiga informática, estrés laboral...) y la invasión de la vida personal y familiar del trabajador. Es por ello que, dentro del Título X de esta Ley, donde se acomete la tarea de reconocer y garantizar derechos digitales de los ciudadanos conforme al mandato constitucional, se ha reconocido el derecho a la desconexión digital en el marco del derecho a la intimidad en el uso de dispositivos digitales en el ámbito laboral.

Se ha discutido la pertinencia de la regulación de este derecho dentro de una Ley Orgánica de Protección de Datos y Derechos Digitales y no en el marco de una reforma del tiempo de trabajo o en el de la reciente reforma sobre registro de jornada<sup>21</sup>. Frente a ello, otra posición lo considera acertado al poner el acento en el control o dirección de la actividad laboral por el empresario, que se lleva a cabo mediante el uso de sus datos personales, por lo que se ha considerado que “constituye, en puridad, un tratamiento de estos datos” justificándose así su regulación dentro de la Ley Orgánica de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales<sup>22</sup>. Posición que se ve fortalecida por la misma reforma del ET que lleva a cabo la disposición final decimotercera de la LOPDyGDD añadiendo un nuevo art. 20 bis “Derechos de los trabajadores a la intimidad en relación con el entorno digital y a la desconexión” que reconoce el derecho a la intimidad en

<sup>20</sup> Vid. Dans Sotomayor, L.: “Incidencia de las tecnologías digitales en la salud psicosocial de los trabajadores”, en AAVV (Ramos Quintana, M.I., Dir.): *Riesgos psicosociales y organización de la empresa*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2017, págs. 63 y sigs.

<sup>21</sup> Vid. Igartua Miró, M.T.: “El derecho a la desconexión en la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales”, en *Revista Trabajo y Seguridad Social (Centro de Estudios Financieros)*, núm. 432, 2019, págs. 71-72.

<sup>22</sup> Vid. Orellana Cano, A.M.: *El derecho a la protección de datos personales como garantía de la privacidad de los trabajadores*. Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España, Madrid, 2019, pág. 149.

el uso de los dispositivos digitales puestos a su disposición por el empleador, a la desconexión digital y a la intimidad frente al uso de dispositivos de videovigilancia y geolocalización en los términos establecidos en la legislación vigente en materia de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales (y de forma similar, con el mismo contenido, se añade una nueva letra j) bis en el art. 14 EDEP). Esta regulación del derecho a la desconexión se conecta así de forma directa con el poder de control y dirección del empresario, cuyo ejercicio se desarrolla dentro de la jornada de trabajo que marca el límite de dichos poderes (vinculación que ya se puso de manifiesto en la conocida SAN 94/1997, de 17 de julio, que sostuvo que obligar a los trabajadores a mantener una conexión ininterrumpida de los teléfonos móviles de la empresa y con los clientes en horas fuera de la jornada laboral sobrepasa las facultades normales o regulares de la empresa en ejercicio de su poder de dirección). Pero, además, la inclusión del derecho a la desconexión en esta norma parece vinculado a un regulación de la protección de datos personales y la intimidad del trabajador como una contrapartida a la ampliación que se opera por esta ley en las facultades de vigilancia y control del empresario, que recoge la doctrina más restrictiva mantenida en nuestro país por el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo frente a la más garantista que se ha mantenido por el TEDH en la Sentencia Barbulescu-2<sup>23</sup>.

Otra opción legislativa hubiera sido reconocer el derecho a la desconexión integrándolo dentro de la regulación general del tiempo de trabajo, especificando la obligación de respetar dichas reglas también cuando la prestación de servicios se realice mediante los dispositivos tecnológicos. Se ha hablado así de una regulación “pedagógica” y de eficacia preventiva frente a la violación de los derechos a la vida privada y al descanso y de garantía del propio deber empresarial de no atentar contra dichos derechos<sup>24</sup>, partiendo de la base de que el derecho a la desconexión ya existe por aplicación de la normativa sobre tiempo de trabajo<sup>25</sup>.

En cualquier caso, el derecho a la desconexión digital se reconoce tanto a los trabajadores como a los empleados públicos. Su ámbito de actuación se centra fundamentalmente, por un lado, en la garantía del derecho al descanso del trabajador (períodos de descanso, permisos, vacaciones) y la limitación de la jornada de trabajo y, por tanto, la garantía del derecho a la salud de los trabajadores; por otro lado, en el derecho a su intimidad y el derecho a la conciliación de la vida laboral

<sup>23</sup> Vid. Igartua Miró, M.T.: “El derecho a la desconexión en la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales”, op. cit., pág. 72; Falguera Baró, M.A.: “El derecho a la privacidad en el trabajo en la nueva ley orgánica de protección de datos: una mala regulación”, en *Ciudad del Trabajo. Actualidad iuslaboralista*, núm. 14, enero 2019, pág.6.

<sup>24</sup> Vid. Fernández Avilés, J.A.: “El “derecho a la desconexión” como medida preventiva frente a los nuevos riesgos psicosociales derivados del cambio tecnológico”, op. cit., pág. 12.

<sup>25</sup> Vid. Molina Navarrete, C.: “Jornada laboral y tecnologías de la infocomunicación: ‘desconexión digital’, garantía del derecho al descanso”, op. cit., págs. 249-283.

y personal del trabajador. Como consecuencia, este derecho supone un importante límite al ejercicio del poder de control del empresario.

## 2.1. Antecedentes: la reforma legal francesa y la experiencia empresarial

El principal precedente de este derecho lo constituye la *Loi Travail* o *Loi El Komri 2016/1088, de 8 de agosto, relativa al trabajo, a la modernización del diálogo social y a la proyección de las trayectorias profesionales* (esta ley, en vigor desde enero de 2017, fue codificada en el art. L.2242-8-7<sup>o</sup> del Code du Travail francés). Varias sentencias de la Corte de Casación francesa ya se habían pronunciado con anterioridad reconociendo que los trabajadores no podían ser obligados a trabajar después de su jornada ni a instalar medios o instrumentos de trabajo en su domicilio particular (Sentencia núm. 99-42.727, de 2 de octubre de 2001), así como declarando la nulidad del despido de un trabajador por no haber respondido a las llamadas de su empresario, realizadas a su teléfono particular, durante su período de descanso al mediodía (Sentencia núm.01-45-889, de 17 de febrero de 2004). Asimismo, esta cuestión fue abordada en la negociación colectiva a través del Acuerdo Interprofesional francés de 19 de junio de 2013, que puso el acento en el riesgo que las tecnologías de la información y de la comunicación plantean de confundir la vida laboral con la vida privada de los trabajadores, y, aunque muy limitadamente, a través de algunos convenios colectivos sectoriales y de empresa (Thalès, Orange, Areva, Natixis, Société Générale...) <sup>26</sup>. De forma más concreta, el *Informe Mettling*, titulado “*Transformación digital y vida en el trabajo*”, de marzo de 2015, con influencia directa en la ley francesa, establecía la necesidad de reconocer el derecho a los trabajadores a la desconexión digital en el ámbito laboral y el correspondiente deber del empresario. El Informe opta por configurar el derecho a la desconexión como una “corresponsabilidad del trabajador y del empresario que implica también un deber de desconexión” <sup>27</sup>.

Con un carácter bastante limitado, la *Loi Travail 2016/1088, de 8 de agosto*, sin embargo, se limita a introducir en el art. L.2242-8 del Code du Travail [Section 2: Champ de la négociation collective (Articles L2241-4 à L2241-6)] un nuevo apartado 7<sup>o</sup> que establece que la negociación colectiva incluirá “*las modalidades del pleno ejercicio por el trabajador de su derecho a la desconexión y la puesta en marcha por parte de la empresa de dispositivos de regulación de la utilización de los dispositivos digitales, a fin de asegurar el respeto del tiempo de descanso y de vacaciones, así como de su vida personal y familiar. En defecto de acuerdo, el*

<sup>26</sup> Vid. la referencia a estas Sentencias y a la negociación colectiva francesa en Cialti, P.-H.: “El derecho a la desconexión en Francia: ¿más de lo que parece?”, op.cit., págs. 166 y sigs.

<sup>27</sup> Sobre este Informe, detenidamente, Cialti, P.-H.: “El derecho a la desconexión en Francia: ¿más de lo que parece?”, op.cit., págs. 170 y sigs.

*empleador, previa audiencia del comité de empresa o, en su defecto, de los delegados de personal, elaborará una política de actuación al respecto [Charte]. Esta política definirá las modalidades de ejercicio del derecho a la desconexión y prevendrá, además, la puesta en marcha de acciones de formación y de sensibilización sobre un uso razonable de los dispositivos digitales, dirigida a los trabajadores, mandos intermedios y dirección.”.*

Se debe tener en cuenta que en el ordenamiento francés es obligatorio que las empresas que cuenten con representación sindical negocien anualmente con los representantes de los trabajadores sobre retribuciones, tiempo de trabajo, reparto del valor añadido en la empresa, calidad del trabajo e igualdad profesional entre hombre y mujeres (artículo L.2242-1 del Code du Travail). La reforma llevada a cabo incluye dentro del deber de negociar “las modalidades del pleno ejercicio por el trabajador de su derecho a la desconexión”, pero no dentro del contenido mínimo de los convenios. El texto legal no incorpora una definición del derecho a la desconexión, sino que deja la fijación de su contenido, en cada caso, al resultado de la negociación colectiva. De esta forma, la negociación colectiva deberá implantar las medidas y modalidades de desconexión, pero también deberá incluir “la puesta en marcha por la empresa de dispositivos de regulación de la utilización de los dispositivos digitales”. El alcance de esta medida es trascendente porque implica que, no sólo el empresario tiene que respetar los períodos fuera de la jornada laboral no exigiendo la prestación de servicios en esos períodos, sino que, además, el empresario deberá implantar sistemas tecnológicos que limiten o impidan el acceso de los trabajadores a sus dispositivos digitales fuera del horario de trabajo, es decir, deberá evitar que los trabajadores puedan continuar trabajando después de finalizar su jornada laboral utilizando los medios electrónicos de la empresa (tanto instrumentos y aplicaciones como medios técnicos: teléfonos móviles, tabletas, terminales móviles, ordenadores portátiles, servidores, computación en la nube, redes de comunicación...). En defecto de acuerdo en la negociación colectiva, el empleador, previa audiencia del comité de empresa o los delegados de personal, deberá elaborar una “política de actuación” (Charte) sobre las modalidades de ejercicio de ese derecho a la desconexión, con independencia del tamaño de la empresa. La decisión empresarial sólo debe ir precedida de una audiencia/consulta a los representantes.

El modelo francés de regulación supone, pues, una indefinición legal del derecho con remisión a la negociación colectiva, que será la que deba asumir realmente esta materia, o en su defecto a su desarrollo mediante el ejercicio del poder unilateral de fijación de condiciones de trabajo de la empresa<sup>28</sup>. Como se ha señalado en la doctrina francesa, se trata de un derecho vacío, ya que no se delimitan sus contenidos ni se imponen garantías (primarias y secundarias) puesto que no se

<sup>28</sup> Vid. Fernández Avilés, J.A.: “El “derecho a la desconexión” como medida preventiva frente a los nuevos riesgos psicosociales derivados del cambio tecnológico”, op. cit., págs. 12 y sigs.



establecen medidas concretas o sanciones para las empresas incumplidoras<sup>29</sup>, salvo que se reconduzcan a los incumplimientos de las normas sobre tiempo de trabajo o sobre prevención de riesgos<sup>30</sup>.

Este derecho viene siendo contemplado ya de forma específica, pero en número aún muy escaso, en los convenios colectivos o en las políticas internas de algunas grandes empresas. Fue, en primer lugar, el artículo 14 del convenio colectivo de AXA Seguros (2017-2020), el que –recogiendo, dada su pertenencia a un grupo de matriz francesa, el derecho a la desconexión digital regulado poco antes en Francia a partir de la *Loi Travail 2016/1088, de 8 de agosto*–, una vez puesto de relieve el fenómeno de la interconectividad digital permanente y su impacto en las formas clásicas de prestación de servicios laborales provocando, en particular, la dilución de las unidades de espacio y tiempo de trabajo, establece que: “Es por ello que las partes firmantes de este Convenio coinciden en la necesidad de impulsar el derecho a la desconexión digital una vez finalizada la jornada laboral. Consecuentemente, salvo causa de fuerza mayor o circunstancias excepcionales, AXA reconoce el derecho de los trabajadores a no responder a los mails o mensajes profesionales fuera de su horario de trabajo”<sup>31</sup>.

Se contempla también en el convenio colectivo del sector Industria, Servicios e Instalaciones del Metal de la Comunidad de Madrid de 2019, el convenio colectivo ONCE de 2018, el IX Acuerdo Marco del Grupo Repsol de 2018, el Acuerdo sobre tiempo de trabajo de IKEA de 2018, el Plan de Igualdad del Hipermercado Carrefour de 2019, entre otros. La empresa Volkswagen implantó parcialmente en 2011 un sistema que desconecta sus servidores de comunicación de los teléfonos móviles profesionales de sus empleados entre las 18.15 horas y las 7 de la mañana del día siguiente; y la empresa Mercedes-Benz también ofrece a sus empleados acogerse al “sistema Mail on holiday”, a través del cual los correos enviados a trabajadores que están de vacaciones son automáticamente redirigidos a otros contactos disponibles dentro de la empresa<sup>32</sup>.

<sup>29</sup> También tiene un carácter muy limitado el reconocimiento que lleva a cabo en Italia la Legge 22 maggio 2017, n° 81, relativa a las medidas de tutela del trabajo autónomo y para favorecer una articulación flexible del tiempo y lugar de trabajo por cuenta ajena. En esta ley solamente se ordena que en el desempeño de la modalidad contractual de “trabajo ágil” el trabajador pueda desconectar los instrumentos tecnológicos, pero no se califica la desconexión como un derecho.

<sup>30</sup> Vid. Ray, J.-E.: “Grande accélération et droit à la déconnexion”, *Droit Social*, n. 11, 2016, págs. 912 y ss.; Triclin, A.: “Régimen jurídico del derecho a la desconexión en Francia”, en “Nuevas tecnologías de la información y de la comunicación, y riesgos psicosociales en el trabajo”. *Anuario Internacional sobre Prevención de Riesgos Psicosociales y Calidad de Vida en el Trabajo*, UGT-CEC, 2016, págs. 311 y ss.

<sup>31</sup> Vid. Molina Navarrete, C.: “Jornada laboral y tecnologías de la infocomunicación: ‘desconexión digital’, garantía del derecho al descanso”, en *Temas Laborales*, núm. 138/2017, págs. 249-283.

<sup>32</sup> Vid. Barrios Baudor, G.: “El derecho a la desconexión digital en el ámbito laboral español: primeras aproximaciones”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. I, 2019; García Jiménez, M.: “Revolución industrial 4.0, sociedad cognitiva y relaciones laborales: retos para la negociación colectiva en clave de

## 2.2. Contenido del derecho a la desconexión digital

Siguiendo el modelo francés, el art. 88 LOPDyGDD no define el derecho a la desconexión digital ni lo delimita, pero sí se reconoce el derecho, si bien se remite a la negociación colectiva, o en su defecto a un acuerdo de empresa, la fijación de las modalidades de ejercicio del mismo y al empleador, previa audiencia a los representantes de los trabajadores, el establecimiento de una política interna (un código interno) sobre el uso razonable de las herramientas tecnológicas y la formación correspondiente a los trabajadores. La norma tiene pues un escaso contenido obligacional, no se establece ningún régimen subsidiario en defecto de acuerdo, ni se prevé un régimen sancionador para las empresas incumplidoras<sup>33</sup>.

Conforme al apartado 1 del art. 88 LOPDyGDD, el derecho a la desconexión se reconoce a fin de garantizar, fuera del tiempo de trabajo legal o convencionalmente establecido, el respeto de su tiempo de descanso, permisos y vacaciones, así como de su intimidad personal y familiar.

Sin embargo, en nuestro ordenamiento ya existe una garantía jurídica de efectividad de tales derechos. Por aplicación de las normas internacionales que los garantizan específicamente y que incluyen el derecho a unas condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo entre los derechos fundamentales<sup>34</sup> (Convenios OIT, art. 2 Carta Social Europea, art. 31 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea) y por el reconocimiento constitucional del derecho a la integridad física y el derecho al descanso (arts. 15, 40 y 43, junto con art. 10 CE) y el respeto a la vida privada (art. 18 CE). El legislador ha asumido la función de garantizarlos, fijando la jornada máxima de trabajo a través del art. 34 ET y una regulación legal de los periodos de descanso en los arts. 34 a 38 ET. El sentido general de dicha regulación es el de establecer unos límites máximos globales de tiempo de trabajo, con la finalidad última de establecer una garantía mínima física de la persona del trabajador, y dejar a la autonomía, colectiva o individual, la concreción y flexibilización del tiempo de trabajo. El carácter de derecho necesario, de orden público, de la regulación del tiempo de trabajo, por la necesidad de proteger la salud del

bienestar de los trabajadores”, *Revista Trabajo y Seguridad Social (Centro de Estudios Financieros)*, número extraordinario, 2019, págs. 176 y sigs.

<sup>33</sup> Sobre este mismo modelo de regulación del derecho a la desconexión en el derecho francés, calificándolo de derecho incompleto, vid. Molina Navarrete, C.: “Jornada laboral y tecnologías de la infocomunicación: ‘desconexión digital’, garantía del derecho al descanso”, op. cit., pág. 272. Como señala Falguera Miró (“El derecho a la privacidad en el trabajo en la nueva ley orgánica de protección de datos: una mala regulación”, op. cit. pág. 8), la regulación española tiene “una redacción prácticamente idéntica a la Ley francesa núm. 2016-1088, con escaso contenido obligacional y ciertamente lejano de los contenidos de algunos textos convencionales vigentes, como en el caso del convenio del Grupo AXA (BOE 10.10.2017)”.

<sup>34</sup> Vid. Moneo Pérez, J.L. y López Insúa, B.: “Derecho a unas condiciones equitativas. Artículo 2 de la Carta Social Europea”, en Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J.L. (Dir.): *La garantía multinivel de los derechos fundamentales en el Consejo de Europa*, Editorial Comares, Granada, 2017, págs. 395 y sigs.

trabajador, no se contradice con el hecho de abrir espacios hacia la negociación colectiva. En este ámbito existe un dualismo de fuentes reguladoras, la norma estatal y la negociación colectiva, en el cual, la norma estatal asume la función de ser el instrumento que establece la jornada máxima y los periodos mínimos de descanso, y, por su parte, la negociación colectiva ordena y lleva a cabo la distribución específica del tiempo de trabajo<sup>35</sup>.

Con el derecho a la desconexión, se trata de garantizar el derecho del trabajador a “no tener ningún contacto con herramientas digitales relacionadas con su trabajo durante su tiempo de descanso y sus vacaciones”<sup>36</sup> (no atender el teléfono o la mensajería, no revisar ni contestar el correo electrónico, no acceder a redes sociales de la empresa, etc.). Este es el núcleo duro de este derecho: la garantía de efectividad del derecho al descanso y el respeto debido a la intimidad del trabajador, derechos fundamentales que pueden ser exigidos en cualquier momento, sin que sea necesario que exista una regulación legal o convencional de los mismos. Si bien la ley, en su función de norma mínima, y el convenio colectivo, como expresión de la autonomía colectiva, llevan a cabo la determinación de la jornada y la ordenación del tiempo de trabajo, el trabajador tiene constitucionalmente garantizado el poder de autodeterminación fuera de la jornada de trabajo. Es por ello que se ha sostenido “que el pretendido nuevo (o estatus naciente) derecho de desconexión laboral no existe como tal, autónomo y diferenciado, sino que es, en realidad, una concreción del contenido del viejo –o clásico– derecho, actualizado bajo el impuso adaptativo de las nuevas necesidades creadas por la tecnología digital –art. 3 CC–, al descanso, hoy derecho social fundamental comunitario”<sup>37</sup>.

Pero, partiendo de ello, se impone una nueva interpretación actualizada y acomodada a la nueva realidad de los poderes empresariales tradicionales en el marco de unas relaciones laborales donde se han introducido de modo sustancial las nuevas tecnologías digitales que han alterado el juego de fuerzas de las partes del contrato de trabajo<sup>38</sup>. Por lo que el derecho a la desconexión, además de los

<sup>35</sup> Vid. Monereo Pérez, J.L. y Gorelli Hernández, J.: *Tiempo de trabajo y ciclos vitales*, op.cit., pág. 17.

<sup>36</sup> Vid. Cialti, P.-H.: “El derecho a la desconexión en Francia: ¿más de lo que parece?”, en *Temas Laborales*, núm. 137, 2017, pág. 165.

<sup>37</sup> Vid. Molina Navarrete, C.: “Jornada laboral y tecnologías de la infocomunicación: ‘desconexión digital’, garantía del derecho al descanso”, op. cit., págs. 279 y sigs. En el mismo sentido, Vallecillos Gámez, M.R.: “El derecho a la desconexión: ¿‘Novedad digital’ o esnobismo del ‘viejo’ derecho al descanso”, en *Revista Trabajo y Seguridad Social (Centro de Estudios Financieros)*, núm. 408, 2017, págs. 167 y sigs.

<sup>38</sup> Vid. Falguera Baró, M.A.: “El derecho a la privacidad en el trabajo en la nueva ley orgánica de protección de datos: una mala regulación”, en *Ciudad del Trabajo. Actualidad iuslaboralista*, núm. 14, enero 2019, pág. 8, quien considera que “En lugar de reflexionar a fondo sobre esa realidad e intentar readecuar el marco vigente en la Ley Estatuto de los Trabajadores, introduce meros parches desde una normativa extralaboral, limitándose a hacer declaraciones vacías de contenido y a elevar a rango legal los criterios más restrictivos de la doctrina casacional y constitucional, omitiendo la del TEDH. Y lo hace, además, desde una perspectiva que prima esencialmente la propiedad de los medios

aspectos referidos al derecho al descanso, a la salud y a la vida privada del trabajador, tiene una incidencia fundamental en la limitación del poder de control y dirección (poderes de especificación y control de la prestación de servicios) debiendo garantizar que dichos poderes no puedan extenderse a un tiempo de no trabajo (fuera de la jornada laboral).

Dentro del contenido del derecho a la desconexión debiera delimitarse el ejercicio del poder de dirección, explicitando que es un ejercicio irregular del mismo, y en consecuencia está prohibido, que a través de los medios tecnológicos o digitales se despliegue fuera del tiempo de trabajo. En algunos instrumentos convencionales, como el convenio colectivo de AXA Seguros (art. 14) se reconoce que “*salvo causa de fuerza mayor o circunstancias excepcionales, AXA reconoce el derecho de los trabajadores a no responder a los mails o mensajes profesionales fuera de su horario de trabajo*”, pero no se reconoce ninguna obligación del empleador de no enviar mails o mensajes profesionales al trabajador fuera de su horario, de forma que sólo garantiza que el trabajador tiene libertad de no responderlos. En el desarrollo del art. 88 LOPDyGDD debiera configurarse expresamente a través de la negociación colectiva o del subsidiario acuerdo de empresa (puesto que la ley solamente se remite a estos instrumentos, habiendo hecho dejadez de su poder normativo de derechos mínimos o, al menos, de su poder de establecer derecho dispositivo) la limitación del poder de dirección del empresario fuera de la jornada y la prohibición concreta de utilizar esos medios digitales en el tiempo de no trabajo (sin enviar mails, correos o mensajes profesionales...). Y ello como concreción específica del derecho de desconexión, sin perjuicio de la eficacia directa que tiene el art. 18 CE en relación con la vida privada del trabajador. Recuérdese aquí la conocida doctrina del Tribunal Constitucional (STC 192/2003, de 27 de octubre, en relación al período de vacaciones anual) considerando que *toda concepción que considere el tiempo libre del trabajador como tiempo vinculado*, de una u otra manera, al interés productivo del empleador, *es inconstitucional*, porque reduce a simple factor de producción la persona del trabajador. El alcance de esta doctrina tiene una dimensión general, alcanzando por tanto a la configuración de todos los períodos de descanso y al ejercicio del poder de dirección empresarial y permitiendo el ejercicio de las medidas de tutela de los derechos fundamentales<sup>39</sup> (art. 18 CE y art. 31 CDFUE en relación con el art. 10 CE).

Hubiera sido, en cualquier caso, adecuado que el legislador hubiera establecido expresamente esos límites a los poderes empresariales fuera de la jornada y del lugar de trabajo (hoy, en muchos casos diluidos por la conexión a través de los dispositivos digitales), configurando un deber para el empresario de no enviar

de producción por encima de los derechos de privacidad de las personas asalariadas”, por lo que “que es urgente repensar el juego de poderes ante la nueva realidad”.

<sup>39</sup> Vid. Molina Navarrete, C.: “Jornada laboral y tecnologías de la infocomunicación: ‘desconexión digital’, garantía del derecho al descanso”, op. cit., pág. 275.

notificaciones o mensajes de carácter profesional fuera de la jornada (salvo casos de urgente necesidad o de guardias localizadas) y declarando que los poderes de dirección y disciplinarios no puedan alcanzar las conductas de los trabajadores fuera de dichos ámbitos, es decir “extralaborales”<sup>40</sup>. Además, se debería haber tipificado esta la transgresión de este deber por el empresario en la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social. El no responder mails o mensajes profesionales fuera de la jornada no puede en cualquier caso –una vez reconocido el derecho a la desconexión– tener trascendencia laboral ni efectos negativos para la empresa por lo que el empresario no puede, no solo no sancionar o despedir, sino que no debe tener una repercusión negativa a efectos de valorar el rendimiento del trabajador o perjudicar sus posibilidades de estabilidad en la empresa.

Otro aspecto importante del derecho a la desconexión se refiere a la protección del trabajador frente a los riesgos psicosociales que puede generarle la carga digital del trabajo a la que se añade el plus de carga digital fuera del trabajo<sup>41</sup>, garantizando frente a ello el derecho al descanso mediante su desconexión digital. Como expresión de ello, el art. 88 LOPDyGDD directamente se refiere a la “fatiga informática” que puede afectar al trabajador, frente a la cual debe actuar el derecho de desconexión, como exigencia de tutela de la integridad psicosocial del trabajador. Falta, sin embargo, un planteamiento de mayor amplitud desde el punto de vista de la tutela preventiva, que la ley podría haber llevado a cabo teniendo en cuenta otras posibles patologías que están igualmente asociadas a la digitalización (degeneración visual, acoso cibernético...)<sup>42</sup>, pero ello no obsta para que las mismas sean tenidas en consideración mediante la negociación colectiva y en la política interna sobre el derecho a la desconexión que la empresa está obligada a establecer<sup>43</sup>.

Si bien la LOPDyGDD no ha tipificado sanciones concretas en relación con el derecho a la desconexión digital, en nuestro sistema sancionador si están ti-

<sup>40</sup> Ya la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias de 27 de marzo de 2018 (Rec. 2241/2017) reconoció que la empresa está obligada a contar con un procedimiento que permita que el trabajador pueda desactivar el sistema de posicionamiento global una vez que finalice su jornada, de manera que a partir de ese momento el sistema no esté operativo salvo que el trabajador preste su consentimiento.

<sup>41</sup> Vid. Ramos Quintana, M. (Dir.): *Riesgos psicosociales y organización de la empresa*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2017; Mella Méndez, L.: “Nuevas tecnologías y nuevos retos para la conciliación y la salud de los trabajadores”, en *Trabajo y Derecho*, núm. 16, 2016, págs. 30 y ss.; Fernández Avilés, J.A.: “NTIC y riesgos psicosociales en el trabajo: estado de situación y propuestas de mejora”, en *Diritto della Sicurezza sul Lavoro*, núm. 2, 2017, págs. 69-101; González Cobaleda, E.: “Nuevas tecnologías, tiempo de trabajo y la prevención de riesgos psicosociales”, en “Nuevas tecnologías de la información y de la comunicación...”, op. cit., págs. 261 y ss.

<sup>42</sup> Vid. Rodríguez Escanciano, S.: *Derechos laborales digitales: garantías e interrogantes*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2019, pág. 242.

<sup>43</sup> La protección de la salud psicosocial de los trabajadores está también en la base de la regulación del derecho a la desconexión en la legislación francesa y ya lo estaba en los convenios o acuerdos colectivos de las grandes empresas en los que se había anticipado el derecho a la desconexión digital (“acuerdos colectivos de gestión del estrés laboral”).

pificadas las vulneraciones de los derechos al descanso y los incumplimientos relativos al derecho a la seguridad y salud de los trabajadores, incluidos –aunque aún con dificultades– los relativos a los deberes de prevención frente a los riesgos psicosociales. De forma que la vulneración del derecho a la desconexión podría considerarse como una vulneración de las normas relativas al tiempo de trabajo y podría dar lugar a una infracción grave, que podría incluso ser agravada en el caso de riesgos psicosociales de los trabajadores considerando a la empresa como responsable de la enfermedad del trabajador por falta de evaluación de los riesgos o falta de actividades de prevención.

### **2.3. Reglas para determinar las modalidades de ejercicio del derecho a la desconexión digital: la negociación colectiva y la política interna de la empresa**

El art. 88.2 LOPDyGDD dispone que “Las modalidades de ejercicio de este derecho atenderán a la naturaleza y objeto de la relación laboral, potenciarán el derecho a la conciliación de la actividad laboral y la vida personal y familiar y se sujetarán a lo establecido en la negociación colectiva o, en su defecto, a lo acordado entre la empresa y los representantes de los trabajadores”. Además, el art. 88.3 LOPDyGDD establece que el empleador, previa audiencia de los representantes de los trabajadores, elaborará una política interna dirigida a trabajadores, incluidos los que ocupen puestos directivos, en la que definirán las modalidades de ejercicio del derecho a la desconexión.

De forma que la ley reconoce expresamente el derecho a la desconexión pero remite a la negociación colectiva las modalidades de su ejercicio, asumiendo así la negociación un papel central, de forma similar a lo que lleva a cabo la Ley francesa que es su inspiradora, pero con la diferencia fundamental de que la norma española si lleva a cabo el reconocimiento legal de tal derecho.

Es claro que la negociación colectiva sirve, no sólo de mecanismo de mejora de las condiciones mínimas establecidas por el sistema legal, sino también de instrumento para la “modernización” de la organización del trabajo en la empresa para adaptarla a las condiciones de competencia. La negociación colectiva tiene hoy a ser un instrumento fundamental de la gestión de la empresa flexible y participada, sirviendo a una pluralidad de fines económico-sociales y de intereses concurrentes. En este sentido, se han atribuido a la negociación colectiva más espacios reguladores para acometer los programas de flexibilidad laboral, afectando de manera incisiva, entre otras cuestiones, al tiempo de trabajo. La intervención legislativa en esta materia ha estado guiada por el objetivo de convertir a la autonomía colectiva en el instrumento a través del cual conseguir un más eficaz, pero equilibrado, “uso flexible” y “productivo” del conjunto de relaciones de trabajo

de una empresa. La gestión flexible del tiempo de trabajo tiene como finalidad maximizar el uso del capital productivo y la ampliación del tiempo de la oferta de los servicios. El modelo productivo actual exige una disponibilidad temporal que no se limita sólo a la presencia física en el lugar de trabajo sino que mediante el recurso a los nuevos medios de comunicación extiende la movilización potencial de la fuerza de trabajo hasta el espacio de vida privada, a través de las horas de disponibilidad (profusamente reguladas por la negociación colectiva) y a través de los dispositivos electrónicos y digitales. Sin embargo, son muy insuficientes (y a veces totalmente inadecuadas) la presencia en los convenios colectivos de las contrapartidas a esta ordenación flexible al máximo del tiempo de trabajo, como serían la garantía de mantenimiento del empleo (o de mejora de la seguridad del empleo), la participación de los trabajadores de los beneficios de esta regulación flexible y adaptable (por ejemplo, mejorando las posibilidades de conciliación de la vida laboral y personal y familiar) y el reforzamiento de los mecanismos de control efectivo por parte de los representantes de los trabajadores de esta gestión flexible del trabajo. Es en este marco en el que la ley atribuye a la negociación colectiva la regulación de las modalidades de ejercicio del derecho a la desconexión.

No obstante, no existe en la ley un mandato firme a los sujetos negociadores ya que no se contiene una obligación de negociar esta materia. Hubiera sido mucho más adecuado modificar el art. 85 ET para incluir la obligación de negociar las modalidades de ejercicio de este derecho, de modo similar a lo que en su momento se hizo respecto al deber de negociar medidas dirigidas a promover la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el ámbito laboral o, en su caso, los planes de igualdad. Este importante déficit puede llevar, como se ha dicho respecto a la regulación francesa del derecho a la desconexión<sup>44</sup>, a que dicha regulación se quede en el ámbito de los códigos de buenas prácticas empresariales, como hasta ahora se ha venido produciendo.

El art. 88.2 LOPDyGDD se refiere a la regulación por la negociación colectiva de las “modalidades” de su ejercicio, dejando un amplio margen sobre cuales deben o pueden ser las soluciones que se adopten. Dichas soluciones deben atender a la naturaleza y objeto de la relación laboral y deben potenciar el derecho a la conciliación de la actividad laboral y la vida personal y familiar. Pero también deberían incorporarse en la negociación colectiva determinadas cuestiones importantes<sup>45</sup>:

<sup>44</sup> Vid. Molina Navarrete, C.: “Jornada laboral y tecnologías de la infocomunicación: ‘desconexión digital’, garantía del derecho al descanso”, op. cit., pág. 273, que recuerda que la regulación francesa del derecho a la desconexión “procede de las prácticas convencionales de multinacionales en este sentido, lo que ha marcado directamente el modelo final, devaluado, legislativo”.

<sup>45</sup> Vid. sobre todo este conjunto de medidas, Mella Méndez, L.: “Nuevas tecnologías y nuevos retos para la conciliación y para la salud de los trabajadores”, op. cit., págs. 30-52; Fernández Avilés, J.A.: “NTIC y riesgos psicosociales en el trabajo: estado de situación y propuestas de mejora”, op. cit., págs. 69-101; Tascón López, R.: “El derecho de desconexión de los trabajadores (potencialidades en el ordenamiento español)”, en *Trabajo y Derecho. Revista de actualidad y relaciones laborales*, núm. 41, 2018, págs. 45-63; Rodríguez Escanciano, S.: *Derechos laborales digitales: garantías e interrogantes*,

- El establecimiento expreso de la limitación de los poderes empresariales fuera de la jornada de trabajo, fijando el deber de “abstención” del empresario<sup>46</sup> y determinando los tiempos de no trabajo o inactividad en los que el trabajador no puede ser sancionado ni perjudicado por no contestar o por no realizar la actividad requerida por el empresario;
- La negociación de protocolos de uso adecuado de los dispositivos tecnológicos;
- Medidas de prevención y de formación frente a los riesgos psicosociales derivados del uso de estos dispositivos;
- Medidas de desconexión total y automática; bloqueo de acceso a las herramientas digitales; obligación de dejar en el lugar de trabajo los dispositivos digitales o electrónicos; fijación de una franja horaria para la utilización de tales dispositivos fuera de la jornadas; el redireccionamiento automático de los correos electrónicos a otros trabajadores que se encuentren en su tiempo de trabajo efectivo, o el envío diferido de los correos que hayan sido emitidos fuera de la jornada de trabajo.
- Los supuestos excepcionales o de urgencia en los que no se producirá la desconexión y el empresario podrá requerir al trabajador para el desempeño de alguna actividad, de modo puntual, fuera de su jornada. Deberá establecerse para tales casos la exigencia de consentimiento expreso del trabajador y la retribución correspondiente a tales actividades.

La experiencia, sin embargo, desde la aprobación de la norma es bastante desalentadora, ya que en los pocos convenios en los que se regula este derecho sólo contienen declaraciones genéricas y no se lleva a cabo una determinación de las modalidades de ejercicio del mismo. Por ello, hubiera sido deseable para la efectividad del ejercicio de este derecho establecer un verdadero deber de negociar junto con una regulación legal que actúe como norma mínima que pueda ser mejorada por la negociación colectiva (o, al menos, como norma dispositiva en defecto de la negociación colectiva).

Conforme al art. 88.3 LOPDyGDD, el empleador tiene la obligación de elaborar unas normas de política interna de la empresa respecto al ejercicio de este derecho (el equivalente a la *Charte* que exige la legislación francesa), previa audiencia con los representantes de los trabajadores. No queda suficientemente claro en la regulación legal si estas normas de política interna actúan de forma subsidiaria, en defecto de pacto colectivo o si deberán implementarse en cualquier caso. En el caso de que no se haya previsto este derecho a la desconexión en el convenio colectivo,

op. cit., págs. 240-241; Orellana Cano, A.M.: *El derecho a la protección de datos personales como garantía de la privacidad de los trabajadores*, op. cit., págs. 152-153.

<sup>46</sup> Vid. Igartua Miró, M.T.: “El derecho a la desconexión en la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales”, op. cit., pág. 81.



ni se haya conseguido un acuerdo de empresa, conforme al art. 88.3, el ejercicio de este derecho deberá llevarse a cabo conforme a las normas de política interna de la empresa<sup>47</sup>. Pero parece más acertado interpretar que, en el caso de que el derecho venga regulado en el convenio colectivo o en el acuerdo de empresa, dichas normas de política interna también deberán ser elaboradas, de conformidad con las modalidades de ejercicio que establezca el convenio o el acuerdo de empresa.

En la elaboración de estas normas de política interna se atribuye un papel muy limitado a los representantes de los trabajadores que se reduce a una mera audiencia, que en la mayor parte de los casos será un simple trámite formal al no haberse previsto un deber de negociar ni siquiera el derecho a emitir informe previo. Quizás porque el legislador entienda que estas normas de política interna deben ser una concreción de los aspectos que ya hayan sido negociados colectivamente con los representantes de los trabajadores, pero no siempre será así cuando no se haya negociado el derecho de desconexión a través de la negociación colectiva. Tampoco se ha tipificado el incumplimiento por el empresario de la obligación de elaborar estas normas de política interna sobre el ejercicio del derecho a la desconexión. Entra dentro de las competencias y facultades de los representantes de los trabajadores el poder exigir al empresario el cumplimiento de dicha obligación, así como presentar la correspondiente denuncia ante la Inspección de Trabajo cuando el empresario no la lleve a cabo<sup>48</sup>.

Conforme al art. 88.3 LOPDyGDD, el contenido de dichas normas de política interna de la empresa deberá establecer:

- Las modalidades de ejercicio del derecho a la desconexión.
- Las acciones de formación y de sensibilización del personal sobre un uso razonable de las herramientas tecnológicas que evite el riesgo de fatiga informática.
- De modo particular, el derecho a la desconexión digital en los supuestos de realización total o parcial del trabajo a distancia así como en el domicilio del empleado vinculado al uso con fines laborales de herramientas tecnológicas.
- Deberá incluir a todos los trabajadores, incluidos los que ocupen puestos directivos.

La determinación específica de los períodos de descanso del trabajador, dentro de los cuales se debe respetar el derecho a la desconexión digital estará fijada en el convenio colectivo aplicable, pero ello no impide que dichos períodos puedan ser reiterados en estas normas mínimas –o al menos una remisión al convenio

<sup>47</sup> Vid. Orellana Cano, A.M.: *El derecho a la protección de datos personales como garantía de la privacidad de los trabajadores*, op. cit., pág. 152.

<sup>48</sup> Vid. Igartua Miró, M.T.: “El derecho a la desconexión en la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales”, op. cit., pág. 84.

colectivo aplicable o a los mínimos legales de derecho necesario en su caso— con expresión concreta del derecho del trabajador a no ser sancionado por negarse a contestar o a realizar una actividad laboral fuera de su jornada.

No se puede desconocer, como la doctrina ya ha puesto de manifiesto, las dificultades que pueden tener las empresas de reducidas dimensiones para la elaboración de esta política interna ante la falta de representación de los trabajadores. Ni tampoco las dificultades para el ejercicio de este derecho en las empresas digitales que actúan a través de plataformas que conectan a trabajadores, empresarios, clientes y proveedores<sup>49</sup>.

<sup>49</sup> Vid. Rodríguez Escanciano, S.: *Derechos laborales digitales: garantías e interrogantes*, op. cit., pág. 241.



# REGISTROS SOBRE EL TRABAJADOR, SU TAQUILLA Y EFECTOS PERSONALES

JUAN GORELLI HERNÁNDEZ

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*  
Universidad de Huelva

**EXTRACTO**      **Palabras Clave:** Registros personales, taquilla, efectos, poder de control empresarial

El art. 18 ET es uno de los preceptos que no ha sido alterado por ninguna de las múltiples reformas laborales desde su versión original de 1980. Pese a la delicada cuestión que regula, la capacidad empresarial para ir más allá de los límites de derechos fundamentales, consagrando un poder de policía privada; sin embargo no ha sido objeto preferente por los estudios doctrinales. Con este trabajo analizamos cuál es el régimen jurídico de este precepto, su ámbito material de aplicación y los requisitos necesarios para estimar la licitud de los registros, así como las posibles consecuencias de los mismos.

**ABSTRACT**      **Key Words:** Personal records, locker, effects, entrepreneur's power of control

Article 18 ET is one of the precepts that has not been altered by any of the multiple labour reforms since its original version of 1980. Despite the delicate question it regulates, the entrepreneurial capacity to go beyond the limits of fundamental rights, enshrining a private police power; however, it has not been the preferred subject by doctrinal studies. With this work we analyse the legal regime of this provision, its material scope and the requirements necessary to estimate the lawfulness of the registrations, as well as the possible consequences thereof.

## ÍNDICE

1. SOBRE LO ANÓMALO DEL ARTÍCULO 18 ET
2. REGISTROS Y DERECHO A LA INTIMIDAD Y DIGNIDAD DEL TRABAJADOR
3. ÁMBITO MATERIAL DE LA POTESTAD EMPRESARIAL DE REALIZAR REGISTROS
  - 3.1. Registro personal
  - 3.2. Registro de taquillas
  - 3.3. Registros de los efectos particulares del trabajador
4. REQUISITOS PARA LA REALIZACIÓN DE LOS REGISTROS
  - 4.1. Justificación
  - 4.2. Respeto a la dignidad e intimidad del trabajador
  - 4.3. Registro en el lugar de trabajo y en horas de trabajo
  - 4.4. Presencia de representante legal de los trabajadores o de otro trabajador
5. EFECTOS DE LA REALIZACIÓN DE LOS REGISTROS

### 1. SOBRE LO ANÓMALO DEL ARTÍCULO 18 ET

El ordenamiento laboral cuenta con un precepto de especial relevancia en la regulación de las facultades de control sobre la prestación laboral; me refiero, como no, al art. 20.3 ET, que con carácter general reconoce que el empresario puede adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales. Es decir, el empresario no está precisamente ayuno de instrumentos normativos que le facilitan un amplio poder de control sobre la prestación laboral, que alcanza a mecanismos audiovisuales, de geolocalización, y a la aplicación de diferentes tecnologías novedosas. Sin embargo, el legislador ha considerado conveniente unir a lo establecido en este precepto un plus excepcional que va mucho más lejos: la posibilidad de realizar registros sobre el trabajador, las taquillas o sus pertenencias personales.

Esta regulación es, cuanto menos, anómala (en el sentido de extraña). De entrada, es un poder extra que se otorga, pese a la existencia de un conjunto de sólidas facultades directivas que, en buena medida, hacen que el registro no sea necesario. Pero también es anómalo desde el punto de vista de su propia aparición en el ordenamiento laboral, pues no existen antecedentes normativos de esta facultad en el ordenamiento nacional, siendo una adquisición procedente del ordenamiento italiano, incorporado en la primera de las versiones del ET (1980)<sup>1</sup>, se ha mantenido desde entonces con la misma redacción, pese a las críticas.

<sup>1</sup> Vid. sobre esta interesante cuestión de los antecedentes normativos del art. 18 ET a De Vicente Paches, F.: *El Derecho del trabajador al respeto de su intimidad*, CES, Madrid 1998, página 236; Del Valle, J.M.: “El derecho a la intimidad del trabajador durante la relación de trabajo”, *Actualidad Laboral* nº 39 de 1991, páginas 502 y ss.; Fernandez Villazón, L.A.: *Las facultades empresariales de control de la actividad laboral*, Thomson-Aranzadi, Pamplona 2003, página 150. En todo caso, cabe advertir que si bien la inspiración italiana del art. 18 ET es clara, sin embargo la regulación trasalpina

Más aún, este precepto es anómalo en su propio planteamiento, pues existe una notoria divergencia entre la rúbrica de este precepto y su contenido: bajo una rúbrica prometedora, “Inviolabilidad de la persona del trabajador”, se regula realmente la capacidad del empresario para realizar registros sobre la personas del trabajador (“podrán realizarse registros”); es decir, se crea una apariencia engañosa bajo la que subyace la concesión de una poderosísima facultad al empresario que choca con derechos fundamentales esenciales de la persona: el derecho a la dignidad y la intimidad<sup>2</sup>.

La doctrina laboral ha venido señalando que este precepto supone conceder al empresario un poder de policía privada<sup>3</sup>, una potestad de la que se carece en cualquier otro ordenamiento jurídico. Con ello se está facilitando a la empresa una potestad de gran impacto sobre los derechos a la intimidad y dignidad del trabajador, todo ello, aparentemente, basado en la existencia de un velo de sospecha permanente y generalizado contra los trabajadores que son considerados por la norma como potenciales perpetradores de hurtos contra la empresa<sup>4</sup>. En definitiva, un poder de autotutela del que no goza ningún otro sujeto privado.

También resulta anómalo que se haya considerado normativamente que la finalidad del precepto no sólo es la de proteger los bienes del empresario, sino también el patrimonio “de los demás trabajadores de la empresa”. Con total seguridad podemos afirmar que la mención a la protección de tales intereses patrimoniales del resto de los trabajadores no es más que un intento por parte del legislador de distraer la atención del verdadero objetivo, la protección del empresario. En realidad esta mención no es más que un intento por aparentar una cierta situación de equilibrio en los intereses patrimoniales a proteger, cuando en realidad el interés es el del empresario<sup>5</sup>.

(art. 6 del *Statuto dei Lavoratori*) es mucho más garantista que la española pues requiere que la forma del registro se pacte con los representantes de los trabajadores o que en su defecto se autorice por la Autoridad Laboral.

<sup>2</sup> Tal como señala García Ninet, J.I., estamos ante un poder de control tremendamente agresivo que incide sobre el derecho a la intimidad del trabajador. “De los registros del trabajador y del respeto máximo a la dignidad e intimidad de este (I)”, *Tribuna Social* nº 170 (2005), página 12; también Molero Manglano, C.: “Inviolabilidad de la persona del trabajador”, *Revista Española de Derecho del Trabajo* nº 100, primer Tomo (2000), página 545.

<sup>3</sup> La opinión doctrinal es prácticamente unánime al calificar a esta potestad empresarial de control, otorgándole dicho calificativo de “policía privada”; así, De Vicente Paches, F.: “Las facultades empresariales de vigilancia y control en las relaciones de trabajo”, *Tribuna Social* nº 157 (2004), página 33; De Vicente Paches, F.: El derecho del trabajador (...), op. cit., página 233; Del Valle, J.M.: Op. cit., página 503; Durán Lopez, F.: “Inviolabilidad de la persona del trabajador”, en AA.VV., dirigidos por E. Borrajo Dacruz, *El Estatuto de los Trabajadores*, Tomo IV, EDESA, Madrid 1983, página 536; García Ninet, J.I.: “De los registros (...) (I)”, página 17; Goñi Sein, J.L.: *El respeto a la esfera privada del trabajador. Un estudio sobre los límites del poder de control empresarial*, Civitas, Madrid 1988, página 161.

<sup>4</sup> García Ninet, J.I.: “De los registros (...) (I)”, op. cit., página 15; Goñi Sein, J.L.: *El respeto (...)*, op. cit., página 161.

<sup>5</sup> De Vicente Paches, F.: *El derecho (...)*, op. cit., página 238; García Ninet, J.I.: “De los registros (...) (I)”, op. cit., página 15. Este mismo autor en “De los registros del trabajador y del respeto máximo

El hecho de que el art. 18 ET regule los registros no supone, ni mucho menos, que todos los registros que puede realizar el empresario se reconduzcan a dicho precepto: antes nos hemos referido al art. 20.3 ET. En realidad, al art. 18 ET se reconducen sólo los registros del propio trabajador, de sus efectos particulares o de ciertos elementos específicamente diseñados para facilitar al trabajador un ámbito de intimidad o reserva (las taquillas); es decir, supuestos que generan de por sí o *a priori* la puesta en peligro de derechos fundamentales como la intimidad y dignidad del trabajador.

## 2. REGISTROS Y DERECHO A LA INTIMIDAD Y DIGNIDAD DEL TRABAJADOR

El art. 18 ET es un precepto que potencialmente supone una importante amenaza para derechos fundamentales de los trabajadores<sup>6</sup>, especialmente para el derecho a la intimidad y dignidad del trabajador, no en vano, como veremos posteriormente el propio precepto intenta evitar expresamente la posible agresión que con esta facultad de realizar registros pueda causar el empresario, al afirmar que en la realización de los registros “se respetará al máximo la dignidad e intimidad del trabajador”.

El derecho a la intimidad implica reservar un espacio a la curiosidad o interés de terceros<sup>7</sup>; es decir, supone el reconocimiento de un ámbito de exclusión a los demás, que deben abstenerse de toda injerencia no consentida, de manera que impide la toma de conocimiento intrusiva. En el ámbito de la empresa y en relación a sus facultades de control supone impedir la intromisión del empresario en la vida privada del trabajador (en cualquiera de sus aspectos –intimidad sexual, corporal o física, familiar, ideológica, económica o patrimonial), de manera que esos espacios están vedados al empresario. La existencia de un ámbito reservado de la vida de las personas es, en última instancia una expresión del respeto a la dignidad de las personas frente a la actuación y conocimiento de los demás<sup>8</sup>, entendida como derecho al respeto o consideración de la persona<sup>9</sup>, estableciéndose así una evidente

a la dignidad e intimidad de este (y II)”, Tribuna Social nº 171 (2005), página 10; también Goñi Sein, J.L.: *El respeto (...)*, op. cit., página 167; Molero Manglano, C.: *Op. cit.*, página 548.

<sup>6</sup> Valdés Dal-Ré, F.: “Contrato de trabajo, derechos fundamentales de la persona del trabajador y poderes empresariales: una difícil convivencia”, *Relaciones Laborales* nº 22 (2003), página 90.

<sup>7</sup> Vid. Desdentado Bonete, A. y Muñoz Ruiz, A.B.: “El control de la prestación del trabajador a través de las nuevas tecnologías: un estudio sobre la videovigilancia en la doctrina judicial”, *Justicia Laboral* nº 44 (2010), páginas 38 y 39. O como afirma la STC 241/2012, el derecho a la intimidad, supone “la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de la vida humana”.

<sup>8</sup> García Viña, J.: “Las taquillas como espacio personal de los trabajadores en las empresas”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* nº 11 (2006), página 9.

<sup>9</sup> Serrano Olivares, R.: “El derecho a la intimidad como derecho de autonomía personal en la relación laboral”, *Revista Española de Derecho del Trabajo* nº 103 (2001), página 102.

conexión entre dignidad e intimidad<sup>10</sup>. En el caso de los registros, la dignidad puede cuestionarse más que por la existencia del poder empresarial, por la forma en que éste se lleve a cabo, especialmente por realizarse en espacios que no estén reservados o que permiten la presencia de terceros.

No obstante, la existencia de facultades de control empresarial y, en concreto, la capacidad de realizar registros, se conecta con otro bien jurídico constitucionalmente consagrado como es la libertad de empresa, cuyo contenido no se limita a la creación de empresa, sino que también se plasma en la capacidad de organizar y controlar el proceso productivo, pues resulta imprescindible para el desarrollo de la actividad empresarial.

Se plantea así un choque entre derechos o bienes jurídicos constitucionales, y desde este punto de vista conviene tener en cuenta que ni los derechos fundamentales tienen carácter absoluto, pudiendo resultar relativizados cuando su ejercicio se desarrolla en el marco de un ámbito subordinado como es la empresa; ni las facultades directivas del empresario se configuran como un instrumento ilimitado, pues los propios derechos fundamentales de los trabajadores se configuran como el principal límite al ejercicio de estas facultades por el empresario. En definitiva: el trabajador, dentro de la empresa, no deja de ser un ciudadano, titular, por tanto, de un conjunto de derechos fundamentales que no se pierden por el hecho de mantener una relación contractual que implica un importante grado de subordinación; ahora bien, el ejercicio de los mismos debe atemperarse dentro del ámbito de la empresa. Se trata, por tanto, de un problema de determinación de cuál es el alcance de unos (derechos fundamentales) y otros (poderes directivos)<sup>11</sup>, planteamiento ampliamente presente en la jurisprudencia constitucional<sup>12</sup>. Cuando estamos ante un choque entre facultades y derechos que no son absolutos, la solución es que ambos elementos se modulan entre sí.

Desde este punto de vista resulta esencial determinar cuándo el derecho del trabajador puede resultar parcialmente sacrificado o limitado, de manera que la facultad de autotutela del empresario se imponga. Pues bien, hay que entender que el empresario puede ejercer legítimamente su derecho a controlar al trabajador, llegando al registro personal, de taquillas y efectos personales, cuando sea estrictamente necesario para evitar que su patrimonio sea puesto en peligro, para lo cual deben aplicarse los límites legalmente establecidos por el art. 18 ET a los que nos referiremos posteriormente<sup>13</sup>.

<sup>10</sup> Rodríguez Cardo, I.V.: “Dignidad, honor e intimidad en el trabajo”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social* nº 108 (2014), página 134.

<sup>11</sup> En este sentido Agut García, C.: “Las facultades empresariales de vigilancia y control sobre los útiles y herramientas de trabajo y otros efectos de la empresa”, *Tribuna Social* nº 163 (2004), página 25.

<sup>12</sup> A modo de ejemplo, vid. la STC 186/2000; o la jurisprudencia citada por Aramendi, Sánchez, P.: “El control del poder del empresario”, *Revista del Poder Judicial* nº 49 (1998), páginas 740 y ss.

<sup>13</sup> Molina Navarrete, C.: “Artículo 18”, en AA.VV., dirigidos por J. L. Monereo Pérez, *Comentario al Estatuto de los Trabajadores*, Comares, Granada 1998, página 286.



Obsérvese que la existencia del art. 18 ET permite una respuesta más cómoda al problema del choque entre derechos fundamentales del trabajador y facultades directivas del empresario, pues en las otras ocasiones en que se produce un choque entre derechos o bienes constitucionales, es necesario realizar una labor de ponderación que siempre presenta cierta complejidad, que pretende resolverse mediante la, no siempre fácil, doctrina del principio de proporcionalidad: para determinar si la restricción de un derecho fundamental es constitucionalmente admisible, debe superarse este test de proporcionalidad. Recordemos que ello supone concretar si la medida utilizada por la empresa cumple con tres requisitos esenciales: en primer lugar, la idoneidad de la medida; es decir, si el mecanismo de control utilizado por el empresario permite alcanzar el objetivo que se persigue. En segundo lugar, el requisito de necesidad, de manera que la medida de control propuesta es necesaria por no existir ningún otro mecanismo o instrumento en manos del empresario con el que pueda conseguirse el objetivo perseguido. Por último, la exigencia de proporcionalidad en sentido estricto, es decir, si la actuación del empresario supone un beneficio para el bien jurídico protegido de titularidad empresarial suficientemente equilibrado con el perjuicio sufrido por el trabajador en su derecho, lo que supone negar la constitucionalidad de medidas que suponen un beneficio limitado a costa de un sacrificio excesivo. Si se supera este test, la medida empresarial de control es constitucionalmente admisible<sup>14</sup>. La cuestión puede ser compleja, pues va a depender tanto de la medida utilizada por el empresario, del derecho afectado y, especialmente, de las circunstancias concretas de cada caso; no obstante, contamos con importantes pronunciamientos jurisprudenciales que sirven de guía a la hora de analizar situaciones concretas, especialmente ante la irrupción de las nuevas tecnologías<sup>15</sup>.

<sup>14</sup> Sobre esta importante cuestión y en general sobre la aplicación del test de proporcionalidad a las medidas empresariales de control, podemos remitirnos a Agut García, C.: Op. cit., página 26; DE Vicente Paches, F.: “Las facultades empresariales (...)”, op. cit., página 26; García Viña, J.: Op. cit., páginas 8 y 9; Goñi Sein, J.L.: “Nuevas tecnologías digitales, poderes empresariales y derechos de los trabajadores: análisis desde la perspectiva del Reglamento Europeo de protección de datos de 2016”, *Revista de Derecho Social* nº 78 (2017), página 36 y ss.; Miñarro Yanini, M.: “Las facultades empresariales de vigilancia y control en las relaciones de trabajo: especial referencia a las condiciones de su ejercicio y a sus límites”, *Tribuna Social* nº 158 (2004), página 13; Rodríguez Cardo, I.A.: Op. cit., páginas 139 y 140; Sampedro Guillamon, V.: “Facultades empresariales de vigilancia y control en el centro de trabajo”, *Tribuna Social* nº 160 (2004), página 17; Toscani Giménez, D.: “La vulneración del derecho a la intimidad por delatores, detectives privados y medios tecnológicos”, *Revista de Derecho Social* nº 71 (2015), página 62.

<sup>15</sup> Por centrarnos tan sólo en aquellas sentencias que mayor impacto han tenido, podemos citar las SSTC 98/2000 (sobre un casino, donde se analiza la grabación de conversaciones entre trabajadores y entre estos y clientes en la ruleta y en la caja), 186/2000 (un economato de empresa, donde tras un descuadre relevante se decide someter a control a los trabajadores mediante videovigilancia); las SSTC 241/2012 y 170/2013 (control de los ordenadores de la empresa, cuestión en la que debemos destacar también la STEDH de 12 de enero de 2016, caso Barbulescu); o la STC 29/2013 (Universidad que instala un sistema de videovigilancia como mecanismo de seguridad y no de control laboral, pero a través del cual se evidencia un ilícito laboral). Sobre esta jurisprudencia pueden verse los análisis de Desdentado Bonete, A. y Muñoz Ruiz, A.B.: Op. cit., páginas 13 y ss.; también Falguera Baró, M.A.:

Tal como acabo de señalar, la incorporación del art. 18 ET a nuestro ordenamiento, en el que se regula la capacidad empresarial para realizar registros, simplifica la cuestión enormemente, pues no habría que realizar un juicio de proporcionalidad cada vez que el empresario pretenda realizar un registro. Sin embargo, no han faltado críticas entre la doctrina laboral, llegando a afirmarse la inconstitucionalidad del citado precepto en base a diferentes argumentos<sup>16</sup>. Pese a ello, esta cuestión no ha despertado interés en la doctrina judicial, evidenciando la jurisprudencia que el citado precepto se aplica con absoluta normalidad.

Desde mi punto de vista podríamos encontrarnos en un importante problema conceptual si nos hacemos una pregunta: aceptando la constitucionalidad del art. 18 ET, ¿se llegaría a la misma conclusión aplicando el test de proporcionalidad en todos los casos de registros? Si la respuesta es negativa, resultaría que la aplicación de una norma nos conduciría a una inconstitucionalidad. Entiendo que la solución pasa por interpretar que el art. 18 ET es una especificación legal del test de proporcionalidad y que, por tanto, funciona de la misma manera. Las propias exigencias o requisitos del art. 18 ET facilitan esta conclusión, pues como vamos a ver el conjunto de requisitos que se deducen de este precepto suponen la necesidad de llevarlo a la práctica sólo cuando el empresario tiene motivos cualificados para realizar un registro (se requiere, por tanto una justificación suficiente, una afectación relevante del patrimonio empresarial, no pudiendo aceptarse una mera sospecha sin sustento alguno), no siendo admisibles registros con carácter general o periódicos a través del art. 18 ET; además, deben respetarse “al máximo” los derechos laborales de dignidad e intimidad, no debiendo acudir al registro si existen mecanismos alternativos eficaces. Consecuentemente, un registro efectuado respetando las exigencias del art. 18 es constitucionalmente admisible, pues es proporcional; mientras que la ausencia de cumplimiento a tales exigencias del art. 18 ET podría implicar una violación de derechos fundamentales. En definitiva, la constitucionalidad del art 18 ET pasa por aceptar que sus requisitos adoptan el mismo papel que el test de proporcionalidad, de manera que no todo registro es aceptable, pues no todo registro respeta las exigencias del art. 18 ET y no es proporcional.

Por último, debemos tener en cuenta que el sacrificio de los derechos de los trabajadores se basa no sólo en las facultades organizativas del empresario, que tienen su refrendo constitucional en la libertad de empresa, sino también en la

“Nuevas tecnologías y trabajo (I) y (II): perspectiva contractual”, *Trabajo y Derecho* nº19-20 y 21, páginas 31 y ss. y 34 y ss.; Goñi Sein, J.L.: “Nuevas tecnologías (...)”, op. cit., páginas 33 y ss.

<sup>16</sup> Sobre esta cuestión, manifiestan serias dudas De Vicente Paches, F.: *El derecho del trabajador* (...), op. cit., páginas 236 y ss.; Del Valle, J.M.: Op. cit., páginas 504 y 505; García Ninet, J.I.: “De los registros (...) (I)”, op. cit., páginas 14 y 15; Goñi Sein, J.L.: *El respeto a la esfera* (...), op. cit., páginas 172 y ss.; Molina Navarrete, C.: Op. cit., páginas 285 y ss. Por el contrario, se muestra favorable a la constitucionalidad del precepto (siempre que se respeten los límites establecidos por el legislador) Fernandez Villazón, L.A.: Op. cit., páginas 151 y ss.; también Molero Manglano, C.: Op. cit., páginas 549 y ss.

propia finalidad del art. 18 ET, la de garantizar el patrimonio del empresario, siendo una consecuencia de la integridad del derecho a la propiedad privada que también consagra la Constitución<sup>17</sup>. Estamos inequívocamente ante una norma de protección del empresario, de su patrimonio.

El precepto se basa, por tanto, en la desconfianza, legalmente consagrada, hacia los trabajadores; es decir, en la sospecha que el legislador hace recaer sobre los trabajadores de que pueden dañar el patrimonio del empresario<sup>18</sup>.

Desde mi punto de vista, el hecho de que el objetivo del precepto sea la protección del patrimonio empresarial, facilitando los registros como consecuencia de una sospecha sobre los trabajadores, hace que el art. 18 ET no resulte de aplicación en aquellos casos que los registros no tienen un carácter específico, dirigidos sobre un concreto trabajador o ante una circunstancia concreta en la que se sospecha de un hurto, sino que se trata de un registro permanente, sistemático y generalizado, como mera y simple medida de prevención, sin que haya una sospecha o causa específica. Entiendo que en estos casos resulta de aplicación el art. 20.3 ET siendo también de aplicación lo dispuesto por el art. 64.5 f) ET sobre derechos de información y consulta de los representantes de los trabajadores<sup>19</sup>. Se trataría de registros estandarizados que se aplicarían sobre la plantilla o parte de ella (la que desarrolle determinadas actividades) y que tendrían un carácter mecánico o sistemático, prácticamente como parte del proceso productivo. No obstante, este tipo de controles sistematizados y de carácter masivo puede dar lugar a verdaderos registros personales del trabajador, cuando los medios utilizados puedan dar la alarma respecto de una determinada personal, actuando, a partir de ahí lo dispuesto por el art. 18 ET.

### 3. ÁMBITO MATERIAL DE LA POTESTAD EMPRESARIAL DE REALIZAR REGISTROS

A tenor de lo dispuesto por el art. 18 ET, tres son los ámbitos sobre los que puede proyectarse la facultad de realizar registros: la persona del trabajador, sus taquillas y sus efectos particulares.

<sup>17</sup> De Vicente Paches, F.: “Las facultades (...)”, op. cit., página 22; Del Valle, J.M.: Op. cit., página 503; Durán López, F.: Op. cit., página 538; García Viña, J.: Op. cit., página 12; Goñi Sein, J.L.: *El respeto* (...), op. cit., página 166; Martín Aguado, A.: “Actuaciones irregulares que afectan a la libertad, dignidad o vida privada del trabajador”, *Relaciones Laboral* Tomo II 1989, página 1308; Molero Manglano, C.: Op. cit., página 547.

<sup>18</sup> En este sentido se pronunció tempranamente Durán López, F.: Op. cit., página 537.

<sup>19</sup> Durán López, F.: Op. cit., página 544.

### 3.1. Registro personal

En cuanto a lo primero, el registro personal del trabajador, el legislador se está refiriendo a la realización de un examen detallado de la propia persona del trabajador, de su envoltura corporal; por lo tanto, incluye la realización de cacheos sobre los trabajadores<sup>20</sup>; es decir, registrar a alguien palpándolo para constatar si lleva bienes de la empresa. Entendemos que, además, el registro personal incluye el registro de la ropa que porta el trabajador en el momento de realizarse el registro. No obstante, junto a los cacheos tradicionales, es evidente que las nuevas tecnologías aportan otras formas de realizar registros sin necesidad de proceder a palpar físicamente a los trabajadores (detectores de metales, escáneres corporales, etc); por lo que, en la medida de lo posible, si el coste es asumible para el empresario, y tales nuevas tecnologías evitan la realización de cacheos sin pérdida de eficacia en la medida de control, es evidente que estos nuevos mecanismos son preferibles al registro corporal, pues con ello se cumpliría con la exigencia del propio art. 18 ET de respetar al máximo el derecho a la intimidad y la dignidad de los trabajadores.

Cualquier registro supone una intromisión en el derecho a la intimidad de la persona, por lo que deberá estar debidamente justificado por la existencia de sospechas objetivamente suficientes. Ello es especialmente exigible cuando se trata del registro personal, pues es el supuesto que más puede afectar a los derechos de intimidad y dignidad del trabajador, dado que no existe nada más vinculado a tales derechos que nuestro propio cuerpo.

El respeto a la integridad de la persona y de su dignidad exigen que el registro personal del trabajador deba realizarse vestido y, desde luego, en ningún caso el empresario puede tener derecho a través del art. 18 ET a imponer que el trabajador se desnude para ser registrado, pues ello es directamente contrario al derecho a la intimidad y a la dignidad de la persona, incluso cuando el registro fuese aceptado por parte del trabajador<sup>21</sup>. De otro lado, también parece adecuado estimar que el cacheo debe realizarse por persona del mismo sexo que el trabajador registrado, pues aun cuando nada diga expresamente el art. 18 ET, es una consecuencia lógica de respetar el derecho a la intimidad y dignidad de los trabajadores.

En todo caso, el registro del trabajador ha de realizarse contando con su consentimiento; es decir, el empresario no puede imponer por la fuerza física un cacheo o registro al trabajador. Otra cuestión será, como veremos más adelante, los efectos que sobre el trabajador pueda tener la negativa a someterse a un registro que cumple con los requisitos del art. 18 ET.

<sup>20</sup> Goñi Sein, J.L.: *El respeto (...)*, op. cit., página 166; De Vicente Paches, F.: *El derecho (...)*, op. cit., página 241.

<sup>21</sup> Al respecto podemos acudir a la doctrina afirmada por la STC 57/1994 sobre registro a recluso en centro penitenciario al que se obligó a desnudarse para comprobar si tras una visita llevaba droga oculta.

### 3.2. Registro de taquillas

En segundo lugar, el art. 18 ET se refiere a la posibilidad de registrar las taquillas de los trabajadores. La primera cuestión que debemos plantearnos es qué debe entenderse por taquilla. Es claro que el art. 18 ET se refiere al pequeño armario que sirve para guardar la ropa y efectos personales en las empresas. Tales taquillas son propiedad de la empresa y ésta las pone a disposición de los trabajadores, teniendo estos las llaves que permiten el cierre de las mismas. El hecho de que el legislador regule el registro de taquillas no impide que en base al art. 20.3 ET, y sin los límites del art. 18 ET, se pueda proceder al registro de otros ámbitos de la empresa, utilizados por los trabajadores pero que no afectan a la intimidad o dignidad de los mismos. Por lo tanto, al referirse el art. 18 ET a las taquillas, lo que hace es establecer un ámbito de especial protección del trabajador frente al registro, pues en otras instalaciones de la empresa, la facultad del empresario es mucho más amplia, dado que la norma de aplicación es el art. 20.3 ET que es menos exigente.

Hay que advertir que el registro de taquillas es una actuación diferente del vaciado de las taquillas una vez que el trabajador ha dejado de pertenecer a la empresa, vaciado que normalmente se justifica por la necesidad de adjudicar la taquilla a un tercero<sup>22</sup>. No obstante debe tenerse en cuenta que en estos casos también es posible la violación del derecho a la intimidad si no se facilita al anterior titular de la taquilla la retirada de sus enseres<sup>23</sup>.

Cabe plantearse si es factible una interpretación amplia de lo que deba entenderse por taquilla, o si el art. 18 ET sólo se refiere a las taquillas en sentido estricto<sup>24</sup>. Desde este punto de vista se plantea un interesante problema interpretativo sobre el ámbito material de los registros, pues hay otros elementos propiedad de la empresa que pueden generar ámbitos de reserva en favor del trabajador. Si seguimos una interpretación estricta, sólo las taquillas están sujetas a los límites del art. 18 ET, pues sólo ellas son mencionadas por el precepto. Por el contrario, mesas, cajones, despachos, estanterías, no estarían afectados por las garantías del art. 18 ET, entrando en el ámbito de aplicación del art. 20.3 ET. Desde mi punto de vista no debe ser esta la interpretación correcta y debe irse a una interpretación amplia o flexible de esta cuestión, de manera que esos otros ámbitos también deben estar protegidos<sup>25</sup>.

Ciertamente la norma sólo se refiere a las taquillas, pero es evidente que existen otros ámbitos donde también se proyecta la intimidad del trabajador: basta remitirme a la experiencia personal del lector, que a buen seguro mantiene en el

<sup>22</sup> Vid. STSJ de Andalucía de 12 de noviembre de 2002, AS\2003\654.

<sup>23</sup> Vid. STSJ de Madrid de 3 de marzo de 2008, AS\2008\1124.

<sup>24</sup> Vid. Durán López, F.: Op. cit., página 542.

<sup>25</sup> En este sentido vid. Fernandez Villazon, L.A.: Op. cit., página 155.

cajón del despacho fotografías u objetos personales<sup>26</sup>. En todos estos supuestos estamos ante bienes de la empresa que utiliza el trabajador que generan un espacio de reserva sobre los que proyectar el derecho a la intimidad del trabajador; así no es extraño dotar a los cajones de cerradura y entregar la llave al trabajador, actuación que favorece un ámbito de reserva o intimidad. Por lo tanto, no vemos inconveniente alguno en aplicar el art. 18 ET de manera amplia o flexible y que tenga un alcance mayor del limitado ámbito de las taquillas de la empresa, afectando a otros espacios que puedan generar un ámbito de reserva del conocimiento para terceros.

No obstante lo anterior, si bien la taquilla es un espacio, por definición, de reserva para el trabajador, cerrado por tanto a los demás, de manera que no es factible en modo alguno concebirlo de manera abierta o accesible para los demás sin tasa; es posible que el resto de espacios que podemos plantearnos ahora (despachos, mesas de trabajo, cajones, etc.), pueden ser “desacralizados” como espacio de reserva protegidos por el derecho a la intimidad: bastaría que el empresario procediese a prohibir para ello que sean utilizados para guardar elementos personales y desbloquear las facilidades por las que pueden convertirse en espacios íntimos (prohibir el uso de las cerraduras o que tales espacios cuenten con instrumentos que permitan su cierre y que los mismos estén en manos del trabajador, las llaves, en definitiva). Con ello se impediría que puedan convertirse en espacios privados, de manera que no actuaría el art. 18 ET.

En todo caso, cabe advertir que la jurisprudencia no ha sido precisamente extensiva en este punto, centrando la aplicación del art. 18 ET exclusivamente al ámbito de las taquillas, registros personales o de los propios enseres del trabajador, rechazando la aplicación de este precepto a ámbitos como el armario de herramientas que utiliza el trabajador<sup>27</sup>, o el despacho del trabajador<sup>28</sup>.

Pero cuando nos referimos a bienes propiedad de la empresa en los que es posible la proyección del derecho a la intimidad del trabajador, el principal problema nos lo vamos a encontrar con el ordenador o con el teléfono móvil, propiedad de la empresa, que es utilizado por el trabajador como instrumento de trabajo. Es evidente que, aun siendo un instrumento de trabajo, no como las taquillas, el ordenador o el móvil pueden guardar información que sólo pertenece al trabajador. Además, suelen estar conectados a internet, por lo que también son un mecanismo de trabajo, sino también instrumentos de comunicación e información<sup>29</sup>. No vamos a analizar en este

<sup>26</sup> Agut García, C.: Op. cit., página 29. También se muestra favorable a este planteamiento Toscani Giménez, D.: Op. cit., página 73, si bien por la vía de estimar que cajones, despachos, etc. deben entenderse como objetos personales del trabajador (planteamiento que no parece aceptable, pues se trata de instrumentos de propiedad empresarial, cuestión diferente es que puedan albergar, tal como ocurre con las taquillas, efectos personales del trabajador).

<sup>27</sup> STSJ de Cataluña de 28 de junio de 2007, AS\2007\2877.

<sup>28</sup> STSJ de Castilla y León de 30 de julio de 2002, AS\2003\250.

<sup>29</sup> En este sentido Falguera Baró, M.: “Nuevas tecnologías y trabajo (I): perspectiva contractual”, *Trabajo y Derecho* n° 19-20 (2016), página 32.

trabajo cómo la jurisprudencia ha admitido un cierto uso privado por el trabajador del ordenador facilitado por la empresa, pues va a ser objeto de otro de los ensayos de este número de la revista, nos limitados, simplemente, a señalar la posibilidad y, consecuentemente, el hecho absolutamente real y constatable de que el ordenador puede contener información privada. Ciertamente al igual que hemos visto antes, la empresa puede limitar o prohibir el uso del ordenador con fines personales, así como establecer un protocolo de actuación en cuanto al control del uso de los ordenadores, con lo que se simplifica la cuestión, remitiéndola al art. 20.3 ET. Ahora bien, si ello no se hace, la conclusión debe ser distinta, pues el uso privado del ordenador por el trabajador, consentido por el propio empresario, crea un ámbito de reserva para el trabajador. Por lo tanto, el art. 18 ET y sus salvaguardias serían aplicables.

Si bien existen apoyos doctrinales al planteamiento que acabamos de sostener<sup>30</sup>, debemos reconocer que la jurisprudencia laboral ha sido contraria al mismo (si bien ha existido alguna manifestación favorable a la aplicación del art.18 ET y sus garantías al control de los ordenadores<sup>31</sup>), pues estima que el ordenador es un instrumento de producción puesto a disposición del trabajador por la empresa, para que aquél desarrolle su trabajo, por lo que está fuera del ámbito de aplicación del art. 18 ET (y sus garantías) y dentro de las facultades ordinarias de control del art. 20 ET. Se señala además que los requisitos o garantías del art. 18 ET no son aplicables al control de los medios informáticos, pues siendo éstos instrumento de trabajo, no hay que justificar su control: la legitimidad del control está garantizada por el hecho de ser instrumento de producción; de igual manera, las exigencias de tiempo y lugar (durante el trabajo y en el centro de trabajo), que se justifican como límites de una facultad excepcional, no se aplican al control de ordenadores de la empresa, pues se trata de controlar un instrumento de trabajo cuya titularidad es del propio empresario y por idéntica razón no es necesario la presencia de un representante o de un trabajador, pues tal exigencia se relaciona con la garantía de objetividad y eficacia de la prueba. En cuanto al respeto a la intimidad y dignidad, el propio art. 20.3 ET la garantiza para todas las formas de control empresarial<sup>32</sup>. Por lo tanto, aunque se creen espacios de intimidad, no es un ámbito específica-

<sup>30</sup> Fernández Villazón, L.A.: Op. cit., página 154; García Ninet, J.I.: “De los registros (...) (I)”, op. cit., página 16; Toscani Giménez, D.: Op. cit., página 74.

<sup>31</sup> Vid. en este sentido las SSTSJ de Castilla-La Mancha de 17 de mayo de 2006, AS\2006\1932; Cantabria de 20 de febrero de 2004, AS\2004\443; Cantabria de 23 de febrero de 2004, AS\2004\444; Cantabria de 26 de agosto de 2004, AS\2004\2513; Andalucía de 25 de febrero de 2000, AS\2000\562. En ellas el planteamiento es que la necesidad de respetar los derechos de intimidad y dignidad del trabajador impelen a la aplicación de las garantías del art. 18 ET.

<sup>32</sup> Vid. al respecto la STS de 26 de septiembre de 2007, RJ\2007\7514 y las posteriores que la reiteran: SSTSJ de Cataluña de 16 de diciembre de 2016, AS\2016\1921; Cataluña de 7 de noviembre de 2014, AS\2015\164; Valencia de 5 de octubre de 2011, AS\2011\251; Madrid de 28 de septiembre de 2010, AS\2010\2321; Cantabria de 24 de junio de 2009, JUR\2009\308814; Madrid de 16 de enero de 2008, AS\2008\944; Murcia de 3 de julio de 2008, AS\2009\1031; Madrid de 5 de noviembre de 2008, AS\2009\133. Con anterioridad a la Sentencia del TS pueden verse también las SSTSJ de Cantabria de 18 de enero de 2007, AS\2007\1030; Madrid de 13 de noviembre de 2002, AS\2003\471.

mente diseñado para la intimidad del trabajador, por lo que no resulta de aplicación el art. 18 ET. Ahora bien, aunque sean instrumentos de trabajo que no se facilitan al trabajador para que tengan un ámbito de reserva, lo cierto es que hay derechos fundamentales en juego, por lo que aún cuando no sea de aplicación el art. 18 ET, si hemos de entender que la exigencia de respeto “al máximo” de esos derechos resulta de aplicación, de manera que lo señalado al respecto por el art. 20.3 ET no debe sino interpretarse en el mismo sentido que el art. 18 ET, no siendo admisible entender que en dicho art. 20.3 ET existe un estándar de respeto a la intimidad y dignidad inferior al del art. 18 ET.

### 3.3. Registros de los efectos particulares del trabajador

Por último, también pueden ser objeto de registro los efectos particulares del trabajador que a tenor de lo previsto por el art. 18 ET. De entrada hemos de aclarar lo que deba entenderse por tales efectos particulares: pertenencias que sean propiedad o estén en posesión del trabajador, que hayan sido introducidos por el mismo dentro de los lugares de trabajo: carteras, bolsas, bolsos, vehículos del trabajador, etc.<sup>33</sup>. Se trata de un conjunto bastante amplio de posibles elementos que se configuran como continentes que puedan ocultar patrimonio de la empresa<sup>34</sup>. A tenor de lo señalado debemos tener en cuenta algunas puntualizaciones: en primer lugar, basta con que estén en posesión del trabajador<sup>35</sup>, de manera que no puede evitarse el registro con la excusa de que no es un bien de su estricta propiedad, sino de un tercero. En segundo lugar, que se incluyen en el ámbito del registro aquellos bienes que, si bien no hayan sido introducidos por el trabajador en la empresa, hayan sido adquiridos en la misma por el propio trabajador (bien por compra a la empresa o a un tercero)<sup>36</sup>. Es posible encontrar alguna resolución que considera no aplicable el art. 18 ET al registro que se realiza sobre bolsas con artículos de la empresa, cuando se intenta pasar por la caja sin abonar tales productos (se trata de un supermercado), pues estima que en este caso se trata de la facultad de supervisión sobre la clientela y no una facultad directiva<sup>37</sup>. De otro

<sup>33</sup> Durán López, F.: Op. cit. página 543. Pueden verse las SSTSJ de Cantabria de 20 de diciembre de 2018, JUR\2019\13518 sobre registro de bolsa de trabajadora; Baleares de 22 de noviembre, AS\2018\40 sobre registro de un bolso; también sobre registro de bolso la STSJ de Valencia de 12 de febrero de 2002, JUR\2002\268703; la STSJ de Cataluña de 4 de diciembre de 2017, AS\2018\496 sobre registro de bolso y de chaqueta; o la STSJ de Castilla-La Mancha de 29 de enero de 2001, AS\2001\400 también sobre registro de chaqueta, o la STSJ de Asturias de 4 de junio de 2010, AS\2010\1170 sobre registro de bolsa de una trabajadora.

<sup>34</sup> García Ninet, J.I.: “De los registros (...) (I)”, op. cit., página 19.

<sup>35</sup> Goñi Sein, J.L.: Op. cit., página 169.

<sup>36</sup> De Vicente Paches, F.: *El derecho del trabajador (...)*, op. cit., página 244.

<sup>37</sup> Así la STSJ de Madrid de 23 de abril de 2010, JUR\2010\232754.



lado, como es evidente, el empresario podrá realizar el registro siempre y cuando tales efectos personales estén en el lugar de trabajo, pues si bien el precepto no se refiere de manera expresa a efectos personales que se encuentren en el centro de trabajo, el ámbito material del registro debe ponerse en conexión con los requisitos generales de este mismo precepto, que como veremos a continuación se refiere sólo a registros “dentro del centro de trabajo”.

Tal como hemos señalado por efectos particulares del trabajador incluimos también los vehículos de los trabajadores, que para que sean objeto de registro deben estar aparcados en locales de la empresa (no parece aceptable el registro de vehículos en aparcamientos que no son propiedad de la empresa, sino que esta tiene alquilados fuera de la empresa y pone a disposición de sus trabajadores, pues no estaríamos cumpliendo la exigencia de que el registro se realice “dentro del centro de trabajo”). Existen opiniones doctrinales que indican que no está justificado el registro de vehículos cuando se haya producido un previo registro de la persona del trabajador, sus pertenencias y taquillas, siempre que el vehículo esté suficientemente aislado, sin que el trabajador haya accedido al mismo durante el tiempo de trabajo<sup>38</sup>. Desde luego entendemos que lo único que puede justificar el registro del vehículo es que durante el tiempo de trabajo se haya podido ocultar algo dentro del vehículo, por lo que si ello no ha sido posible, no es admisible el registro, dado que la sospecha es del todo inconsistente.

Por otra parte, no parece que el art. 18 ET pueda facilitar al empresario el registro de cartas o paquetes postales de carácter privado que el trabajador haya recibido en la empresa (pensemos en las frecuentes compras que se realizan por internet a través de empresas de compra electrónica), mientras permanezcan cerrados, pues nada habrá podido introducirse en ellos que pueda pertenecer a la empresa. Así hay opiniones favorables a entender que gozan de la protección constitucional del derecho al secreto de las comunicaciones<sup>39</sup>, si bien también encontramos opiniones en contra, basadas en que tales cartas o paquetes son bienes en posesión del trabajador con independencia de que las haya introducido un tercero (el cartero o repartidor)<sup>40</sup>.

#### 4. REQUISITOS PARA LA REALIZACIÓN DE LOS REGISTROS

En cuanto a los requisitos para la realización de un registro, el art. 18 ET señala los siguientes: en primer lugar, el registro ha de ser necesario para la protección del

<sup>38</sup> Durán López, F.: Op. cit., página 544.

<sup>39</sup> Fernández Villazón, L.A.: Op. cit., página 156; García Ninet, J.I.: “De los registros (...) (I)”, op. cit., página 16.

<sup>40</sup> En contra, Toscani Giménez, D.: Op. cit., página 73; también De Vicente Paches, F.: *El derecho del trabajador (...)*, op. cit., página 245.

patrimonio del empresario y de los demás trabajadores de la empresa; es decir, va a requerirse una justificación. En segundo lugar, el registro ha de producirse dentro del centro de trabajo. De otro lado, el registro debe realizarse durante las horas de trabajo. Esencial resulta la necesidad de que en la realización del registro se respete “al máximo” la dignidad e intimidad del trabajador. Por último, se contará con la presencia de un representante legal de los trabajadores o, en ausencia de éste del centro de trabajo, de otro trabajador de la empresa, si bien se condiciona a que ellos fuera posible.

#### 4.1. Justificación

Desde mi punto de vista la principal de las exigencias es, justamente, la primera: la necesidad de una específica justificación para la realización del registro: que el registro sea verdaderamente necesario para la protección del patrimonio empresarial y de los demás trabajadores. La aplicación de esta exigencia sería expresión del juicio de proporcionalidad en el art. 18 ET, que implica que sólo aquellos registros en los que la medida sea proporcional a la finalidad de proteger el patrimonio del empresario frente a posibles sustracciones que ha podido realizar el trabajador y no existan otro medios para comprobar tales hechos<sup>41</sup>.

Esta exigencia supone que un registro sin justificación alguna es un registro abusivo. Ello encaja con la perspectiva restrictiva de este precepto: recordemos que se admiten los registros, pero “solo” cuando se ponga en peligro el patrimonio, evidenciando así su excepcionalidad<sup>42</sup>. Entiendo que esta exigencia de protección del patrimonio empresarial implica que la puesta en peligro del patrimonio sea efectiva. Debe existir, por tanto, un peligro para el patrimonio empresarial o de otros trabajadores supone, ante todo, que debe haber un peligro real y efectivo, que justifica el registro, por lo que no es admisible la realización de registros meramente rutinarios<sup>43</sup>, debe existir un motivo o justificación razonable para el registro<sup>44</sup>. Como es evidente en muchas ocasiones la existencia de una actuación ilícita del trabajador sólo podrá probarse tras el registro, lo que ocasiona que si el registro es negativo y no se encuentra nada que ponga en peligro la integridad económica

<sup>41</sup> STSJ de Asturias de 4 de junio de 2010, AS\2010\1170, o la STSJ de Asturias de 18 de abril de 2008, AS\2008\1713 que considera como situación en la que se violan los límites del art. 18 ET cuando en una empresa de supermercados se decide, con carácter general, la realización de registros de enseres personales (bolsos) dos veces al día.

<sup>42</sup> Molero Manglano, C.: Op. cit., página 546.

<sup>43</sup> STSJ de Cataluña de 23 de mayo de 2000, AS\2000\1934.

<sup>44</sup> En este sentido la STSJ de Cataluña de 24 de octubre de 2005, AS\2006\217 en la que se analiza un registro por la existencia de un descuadre, o la STSJ de Aragón de 4 de octubre de 2001, AS\2001\3924 donde la empresa de supermercados había llegado a interponer una denuncia ante la policía por la sustracción de productos de la empresa.

de la empresa, el registro pueda suponer una violación de derechos fundamentales de los trabajadores<sup>45</sup>. Es por ello que la empresa debe ser especialmente cuidadosa con esta exigencia.

De otro lado, la exigencia de justificación implica que la actuación empresarial debe basarse en una sospecha; es decir, deben existir conjeturas o indicios fundados que apuntan a un trabajador o a un concreto grupo de trabajadores<sup>46</sup>. Por lo tanto es obligación de la empresa la prueba de la necesidad del registro por existir sospechas de hurto o peligro para la integridad económica de la empresa y de no existir una medida menos gravosa para los derechos del trabajador<sup>47</sup>.

No obstante hay resoluciones judiciales que admiten la aplicación del art. 18 ET a sistemas de registros indiscriminados y aleatorios a la salida del trabajo cuando se trata de empresas de grandes dimensiones<sup>48</sup>. Podría también aceptarse este planteamiento cuando se trate de empresas en las que se produce o procesa elementos de alto valor económico fácilmente sustraibles.

Hemos de realizar una interpretación amplia o flexible de lo que debe entenderse por patrimonio, que incluye tanto el material como el inmaterial (documentación de la empresa, secretos industriales, clientela, programas informáticos, etc.). En este sentido, podría acudirse al art. 18 ET cuando la cuestión no trate realmente del peligro para el patrimonio empresarial, como para la vulnerabilidad de la empresa respecto de la competencia de terceros; o incluso la afección de la salud o puesta en peligro de la población (hurto de sustancias biológicas o de otro tipo –explosivos, sustancias que emitan radiación– que puedan suponer un peligro). Aun cuando no tenga una referencia expresa en la normativa legal, lo cierto es que estas situaciones tienen tanta o más relevancia que la puesta en peligro del patrimonio empresarial; de otro lado, es evidente que también la desaparición de tales sustancias, que también son patrimonio de la empresa, no lo olvidemos, puede generar una responsabilidad patrimonial para la empresa si permite su hurto o libre circulación, lo cual pone en peligro el patrimonio empresarial.

De otro lado, debemos estimar por patrimonio no sólo aquello que sea de estricta propiedad de la empresa, sino todo aquello que está en su posesión (por ejemplo, productos ya vendidos pero no retirados, maquinaria o bienes de producción en leasing o en alquiler, etc.)<sup>49</sup>.

<sup>45</sup> Vid. la STSJ de Valencia de 12 de febrero de 2002, JUR\2002\268703.

<sup>46</sup> Molina Navarrete, C.: Op. cit., página 288.

<sup>47</sup> STSJ de Baleares de 22 de noviembre, AS\2018\40.

<sup>48</sup> STSJ de Castilla y León de 22 de noviembre de 2004, AS\2004\3111.

<sup>49</sup> Vid. en este sentido a Durán López, F.: Op. cit., página 54, Fernández Villazón, L.A.: Op. cit., página 154; Molina Navarrete, C.: Op. cit., página 287.

## 4.2. Respeto a la dignidad e intimidad del trabajador

En segundo lugar, y también ocupando una especial relevancia, está la exigencia de respeto a los derechos de dignidad e intimidad del trabajador. La importancia de este límite se observa en la propia literalidad del precepto, pues el legislador señala que han de respetarse “al máximo”, evidenciando la relevancia con la que el legislador ha pretendido dotar esta exigencia, que tiene un carácter prioritario a la hora de realizar los registros<sup>50</sup>.

Ahora bien, si como ya hemos advertido la facultad empresarial de realizar registros supone una colisión con los derechos a la intimidad y dignidad del trabajador, ¿cómo puede compatibilizarse la exigencia de respeto a tales derechos?, ¿acaso no estamos ante una contradicción? En efecto, así parecería. Sin embargo, puede explicarse esta aparente contradicción. De entrada, conectando la exigencia de justificación con la de respeto a estos derechos: del juego común de ambos elementos se deduce que el registro debe utilizarse como “ultima ratio”<sup>51</sup>; ello supone que el registro debe ser excepcional, de manera que se utilice, no sólo cuando exista esa sospecha a la que antes hemos hecho referencia, sino, además, cuando no exista otra alternativa factible que permita proteger satisfactoriamente el patrimonio empresarial<sup>52</sup> (recordemos lo anteriormente señalado sobre el principio de proporcionalidad a la hora de resolver el choque de derechos o bienes jurídicos constitucionalmente consagrados).

La exigencia de respeto al máximo de esta exigencia tiene también una proyección sobre cómo ha de realizarse el registro: una vez que el empresario procede al registro, que supone una intromisión en la intimidad del trabajador, debe respetar el derecho a la intimidad del trabajador; es decir, debe realizarse de manera reservada, sin que este se realice en lugares público o ante la vista de otros trabajadores o clientes<sup>53</sup>. También debe respetarse la dignidad de la persona, debiendo rechazarse registros desnudando al trabajador, revisar cavidades corporales, o realizar el registro por persona de sexo diferente al registrado, o bien deberá realizarse por una persona de confianza del trabajador registrado si ello es posible. Evidentemente tampoco es admisible un registro violento del trabajador, ya sea con violencia verbal o física<sup>54</sup>. De otro lado, el respeto a la dignidad de la persona implica, nece-

<sup>50</sup> Durán López, F.: Op. cit., página 548.

<sup>51</sup> García Viña, J.: Op. cit., página 16; Goñi Sein, J.L.: *El respeto (...)*, op. cit., página 170.

<sup>52</sup> García Ninet, J.I.: “De los registros (...) (I)”, op. cit., página 15; Goñi Sein, J.L.: *El respeto (...)*, op. cit., página 189.

<sup>53</sup> Vid. la STSJ de Baleares de 22 de noviembre, AS\2018\40, sobre registro de enseres personales realizado en el pasillo del hospital que constituía el centro de trabajo y a la vista, no sólo de otros trabajadores, sino también de pacientes y visitas, lo que vulnera la exigencia del máximo respeto a la dignidad e intimidad del trabajador. En idéntico sentido la STSJ de Baleares de 8 de noviembre de 2017, JUR\2017\311580.

<sup>54</sup> Vid. Goñi Sein, J.L.: *El respeto (...)*, op. cit., páginas 193 y ss.

sariamente, que ha de evitarse cualquier sesgo discriminatorio respecto de la realización del registro, de modo que no puede focalizarse el registro sobre personas por el hecho de pertenecer a una determinada raza, por su afiliación sindical, etc.

### 4.3. Registro en el lugar de trabajo y en horas de trabajo

El art. 18 ET señala que la facultad empresarial para la realización de registros tiene como límite el centro de trabajo; así como un límite temporal, durante las horas de trabajo. Tales límites son lógicos, pues permitir registros más allá del centro y las horas de trabajo se confundiría con la potestad pública de realización de registros, de manera que excedería totalmente del ámbito propio de una facultad de “policía privada”.

De entrada, el registro debe realizarse en el centro de trabajo. Tal como hemos indicado, un registro fuera del centro de trabajo queda totalmente excluido para el empresario, e implica necesariamente la colaboración de las fuerzas de orden público, a las que deberá, en su caso, acudir el empresario ante la sospecha de un delito por parte de los trabajadores. Debemos entender por centro de trabajo no sólo el edificio donde se desarrolla la prestación de trabajo, sino también los espacios adyacentes siempre que forman parte del mismo (por ejemplo, los aparcamientos de la empresa)<sup>55</sup>. En todo caso, parece lógico que en este punto se aplique una interpretación flexible de qué haya de entenderse por “centro de trabajo”, huyendo de lo previsto por el art. 1.5 ET; interpretación coincidente con la procedente de prevención de riesgos laborales que es más próxima a la consideración de “lugar de trabajo”<sup>56</sup>. Lo que no parece aceptable es ir más allá y entender, por ejemplo, que el registro puede realizarse fuera del centro de trabajo, pero dentro de los límites del polígono industrial o el parque empresarial donde esté ubicada la empresa, pues esta interpretación es directamente contraria a lo previsto en el art. 18 ET.

De otro lado, en cuanto al momento de la realización de los registros, parece que lo normal es que los mismos se realicen al finalizar la jornada de trabajo, si bien es perfectamente admisible que ante una sospecha flagrante o cuando el trabajador es sorprendido en plena ejecución del hurto, el registro se realice durante la jornada<sup>57</sup>. En todo caso, si el registro iniciado durante la jornada se prolonga más allá de su finalización, ese período de tiempo posterior a la jornada ha de considerarse tiempo de trabajo y, por tanto, retribuido<sup>58</sup>. Por otra parte, el hecho

<sup>55</sup> Fernández Villazón, L.A.: Op. cit., página 159.

<sup>56</sup> De Vicente Paches, F.: La protección (...), op. cit., página 260.

<sup>57</sup> Goñi Sein, J.L.: *El respeto* (...), op. cit., página 204.

<sup>58</sup> Durán López, F.: Op. cit., página 545; García Ninet, J.I.: “De los registros (...) (y II)”, op. cit., página 13°.

de que se prolongue más allá del horario en que se desarrolla el trabajo no afecta a la licitud del registro<sup>59</sup>.

Si la justificación de los registros es la protección del patrimonio empresarial, no parece que deban hacerse al inicio de la jornada, pues es difícil admitir que la sustracción pueda realizarse antes de entrar a trabajar. Ahora bien, si se realiza una interpretación flexible de qué es la protección del patrimonio empresarial, podría estimarse justificado el registro para evitar la introducción de material peligroso en la empresa o que pudiera causar daños a la misma o a terceras personas<sup>60</sup>.

#### 4.4. Presencia de representante legal de los trabajadores o de otro trabajador

Establece el art. 18 ET que el registro debe contar con “la asistencia de un representante legal de los trabajadores o, en su ausencia del centro de trabajo, de otro trabajador de la empresa, siempre que ello fuera posible”. A tenor de esta literalidad debemos realizar las siguientes puntualizaciones:

- La función de este requisito es doble, de un lado asesorar al trabajador, pero especialmente el representante actúa como testigo de la realización del registro, función que consideramos predominante<sup>61</sup>. La prueba de que su finalidad es fundamentalmente esta última, es que en ausencia del representante, éste se puede sustituir por otro trabajador. Por lo tanto, al margen de la función de asesoramiento que puede tener el representante de personal, la principal función de la presencia de un representante o trabajador es dotar al registro de una garantía de objetividad y de eficacia de la prueba en el posterior proceso, tal como señala la propia jurisprudencia<sup>62</sup>. Es por ello que se ha admitido la validez del registro cuando en vez de un representante o un trabajador estaba presente en el registro la policía, pues esta función estaba perfectamente cubierta<sup>63</sup>.
- El precepto se refiere a un representante “legal”, por lo tanto unitario o miembro de comité de empresa o delegado de personal<sup>64</sup>. No se requiere la presencia de todo el órgano de representación, bastando uno de sus integran-

<sup>59</sup> Así la STSJ de Asturias de 4 de junio de 2010, AS\2010\1170.

<sup>60</sup> Durán López, F.: Op. cit., página 547.

<sup>61</sup> García Ninet, J.I.: “De los registros (...) (y II)”, op. cit., página 15.

<sup>62</sup> Vid. STSJ de 26 de septiembre de 2007, RJ\2017\7514; también la STSJ de Cataluña de 4 de diciembre de 2017, AS\2018\496.

<sup>63</sup> SSTSJ de Cataluña de 4 de diciembre de 2017, AS\2018\496; Andalucía de 13 de mayo de 2003, JUR\2003\177284.

<sup>64</sup> No obstante, Molero Manglano, C. admite que sea un representante sindical en caso de trabajador afiliado al mismo sindicato. Op. cit., página 549.

tes. La negativa del representante a participar en el registro no lo invalida (el empresario, en todo caso, deberá acudir a otro representante, o si no es posible a la presencia de un tercer trabajador), no pudiendo tener consecuencias disciplinarias para el representante, pues el cumplimiento correcto de las funciones propias de la representación escapa a las facultades sancionadoras del empresario, si bien puede tener consecuencias a los efectos de una reelección o incluso una revocación.

- Cabe la posibilidad de sustituir al representante por otro trabajador de la empresa. No se trata de una posibilidad alternativa: el requisito legal es contar con un representante de los trabajadores; ahora bien, si no hay representante de los trabajadores o no es posible contar con el mismo por ausencia del centro de trabajo o cualquier otro motivo justificado, deberá estar presente otro trabajador. Por lo tanto, sólo ha de acudirse a un trabajador ante la imposibilidad de contar con un representante de los trabajadores. De esta manera se ha admitido la licitud del registro cuando el mismo se realiza a la totalidad de la plantilla de un supermercado, estando presentes todos los trabajadores<sup>65</sup>, o la sustitución del delegado de personal debido a su baja médica por un tercer trabajador<sup>66</sup>.
- Existen opiniones a favor de entender que la presencia del representante o de un tercer trabajador está condicionada a la voluntad del trabajador objeto de registro, que puede preferir, como manifestación de su derecho a la intimidad, que no haya presencia de terceros<sup>67</sup>. Así, la jurisprudencia admite la licitud de registros sin presencia del representante o de un tercer trabajador, cuando es un registro admitido voluntariamente por el propio trabajador<sup>68</sup>. No obstante, esta opinión debe aceptarse de manera restrictiva, debiendo rechazarse situaciones en las que el trabajador renuncia de manera irreflexiva, sometido a tensión o nerviosismo. Por otra parte, el registro en presencia de testigo se configura como una prueba preconstituida que es de especial interés para el empresario, por lo que también ha de tenerse en cuenta su interés a la presencia de un testigo que refuerce su posición ante una posible sanción al trabajador. Por todo ello, entiendo que la renuncia del trabajador ha de estimarse en términos muy restrictivos y ha de contar también con la voluntad del empresario<sup>69</sup>. Si es totalmente admisible que el trabajador objeto de registro pueda designar al representante o trabajador que

<sup>65</sup> STSJ de Asturias de 4 de junio de 2010, AS\2010\1170.

<sup>66</sup> STSJ de Madrid de 11 de octubre de 2013, AS\2013\3064.

<sup>67</sup> En este sentido Durán López, F.: Op. cit., página 550.

<sup>68</sup> SSTSJ de Cataluña de 14 de enero de 2009, AS\2009\849; Cantabria de 24 de abril de 2008, AS\2008\1722.

<sup>69</sup> Vid. Fernández Villazón, L.A.: Op. cit., página 162.

actúe como testigo en el registro<sup>70</sup>, siempre que el designado esté presente en el centro de trabajo.

- La presencia de un representante o de un tercer trabajador se condiciona a “que ello sea posible”. Por lo tanto, habrá que estar a las circunstancias del registro a los efectos de si se ha podido contar o no con el tercero. Por ejemplo, si el registro es algo previsto o que se ha decidido con anterioridad al momento de realizarlo, también es obvio que la empresa ha de haber previsto cómo satisfacer este requisito. Ha de evitarse cualquier actuación fraudulenta por parte de la empresa que, por ejemplo, planea un registro a la salida del trabajador, una vez que no haya trabajador alguno más allá del registrado. Por lo tanto, el empresario ha de poner todos los medios a su alcance para el cumplimiento de esta exigencia<sup>71</sup>.
- Aun cuando el art. 18 ET no lo señala de manera expresa, entendemos que es absolutamente indispensable la presencia del propio trabajador registrado. Tal como acabo de señalar no se establece de manera expresa, pero puede deducirse de la propia regulación, pues si es un registro personal o de efectos particulares del trabajador, su presencia es evidente. En cuanto a las taquillas, dado que estas no pueden ser forzadas salvo negativa del trabajador a facilitar la llave, también se evidencia su presencia. A esta conclusión se llega, si quiera por analogía con lo previsto por el art. 569 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal<sup>72</sup>. De otro lado, también puede deducirse la necesidad de su presencia al regular el art. 18 ET que los registros deben realizarse en horas de trabajo y en el centro de trabajo, exigencias que evidencian que la pretensión del precepto es la de contar con la presencia del trabajador<sup>73</sup>.

## 5. EFECTOS DE LA REALIZACIÓN DE LOS REGISTROS

Una vez realizado el registro, ¿cuáles pueden ser los efectos del mismo? El art. 18 ET no da respuesta alguna sobre cuestiones relevantes como cuáles son las consecuencias de un registro contrario a este precepto, o qué consecuencias tiene la negativa del trabajador a la realización del registro.

Entiendo necesario distinguir entre registros lícitos (aquellos en los que se cumple por parte del empresario los requisitos regulados por el art. 18 ET), de los ilícitos (registros realizados sin respetar las exigencias legales que hemos seña-

<sup>70</sup> Molina Navarrete, C.: Op. cit., página 588.

<sup>71</sup> García Ninet, J.I.: “De los registros (...) (y II)”, op. cit., página 15; De Vicente Paches, F.: El derecho (...), op. cit., página 261.

<sup>72</sup> Goñi Sein, J.L.: El respeto (...), op. cit., página 199.

<sup>73</sup> En este sentido vid. la STSJ de Madrid de 26 de enero de 2016, JUR\2016\55890. También la STSJ de Navarra de 18 de abril de 2006, AS\2006\1190



lado). Si estamos ante un registro de carácter lícito, caben dos posibilidades: que haya sido positivo (que en el registro se haya detectado que el trabajador ocultaba productos hurtados a la empresa o a terceros trabajadores); o bien que resulte negativo (nada se ha encontrado que sea ajeno al trabajador registrado). Cuando el resultado sea positivo, la empresa podrá proceder a la sanción o incluso despido del trabajador<sup>74</sup>. En caso de demanda del trabajador por la sanción o despido, el registro habrá preconstituido una prueba contra el trabajador que puede resultar definitiva. Ahora bien, si el registro resulta negativo, ¿puede el trabajador reaccionar contra el empresario y reclamar una indemnización por la violación de un derecho fundamental (intimidación o dignidad del trabajador) en base al art. 179.3 LRJS? Desde mi punto de vista ello no sería posible, pues estamos ante un registro lícito, avalado, por tanto, por lo dispuesto en el art. 18 ET: dado que se cumplen los requisitos establecidos por dicho precepto, el empresario tiene derecho al ejercicio de esta facultad directiva, por lo que realiza una actuación amparada por el ordenamiento. En términos de responsabilidad patrimonial, faltaría un requisito esencial para la indemnización: la antijuridicidad en la actuación del empresario. Dado que el ejercicio de la facultad se desarrolla ciñéndose a lo previsto por el ordenamiento, el trabajador debe soportar tal actuación y no existe derecho a la indemnización<sup>75</sup>.

¿Qué ocurre en aquellos casos en los que siendo el registro lícito, el trabajador se niega a someterse al mismo? En estos casos el trabajador estará desobedeciendo una orden lícita del empresario (reitero que el punto de partida es que estamos ante un registro lícito), por lo que puede ser sancionado y dependiendo de la entidad de la justificación del registro, de la peligrosidad de lo hurtado o de su valor (en definitiva, de las circunstancias del caso), puede ser despedido<sup>76</sup>. Cuestión diferente es que pretenda utilizarse la negativa del trabajador a efectos procesales como una prueba de la comisión del hurto: a mi juicio esto no es factible y no existe asidero legal en materia procesal que lo soporte; no puede, por tanto, deducirse la culpabilidad del trabajador ante un hurto por la negativa al registro<sup>77</sup>. También cabe, en estos casos de negativa del trabajador, acudir a la autoridad pública al efecto del control del trabajador.

La segunda posibilidad es que estemos ante registros ilícitos; es decir, que se realizan sin respetar las exigencias legales. En estos casos, si el resultado del registro es negativo, es evidente que el trabajador tendrá derecho a indemnización, pues se ha producido una violación de derechos fundamentales a la intimidad y/o dignidad del trabajador, siendo un registro antijurídico<sup>78</sup>. La cuantificación puede

<sup>74</sup> STSJ de Andalucía de 12 de abril de 2002, JUR\2002\217109.

<sup>75</sup> Vid. SSTSJ de Castilla y León de 22 de noviembre de 2004, AS\2004\3111.

<sup>76</sup> Vid. sobre esta posibilidad Durán López, F.: Op. cit., página 551. Vid. las SSTSJ de Cantabria de 20 de diciembre de 2018, JUR\2019\13518.

<sup>77</sup> Fernández Villazón, L.A.: Op. cit., página 163; Goñi Sein, J.L.: *El respeto (...)*, op. cit., página 209.

<sup>78</sup> Vid. la STSJ de Cataluña de 23 de octubre, AS\2015\2175, que analiza la apertura y vaciado de una taquilla del trabajador, sin su presencia, realizada tras el despido del trabajador que, sin em-

resultar problemática, pues la indemnización obedece a un daño cierto y evaluable. Entiendo que los daños a reclamar serán los propios de la violación del derecho fundamental y los daños morales que hayan podido sufrirse. Dado que el daño moral es difícil de probar por la inexistencia de parámetros objetivos que permitan su traducción en términos económicos, ha de actuarse por el juez con una mayor dosis de discrecionalidad en su valoración, pero también con prudencia<sup>79</sup>. No obstante, debemos tener en cuenta que no todo incumplimiento de los requisitos del art. 18 ET suponen necesariamente una violación del derecho a la intimidad o de la dignidad del trabajador (por ejemplo, un registro que no cuenta con representante de los trabajadores, siendo ello posible, pero cuenta con la presencia de un tercer trabajador), por lo que tales casos no serían indemnizables.

Si los registros ilícitos tienen resultado positivo (se encuentran objetos hurtados por el trabajador) la cuestión estriba fundamentalmente en que el resultado del registro no puede hacerse valer procesalmente al tratarse de una prueba obtenida de manera ilícita. Recordemos al respecto lo señalado por el art. 90.2 LRJS a tenor del cual “No se admitirán pruebas que tuvieran su origen o que se hubieran obtenido, directa o indirectamente, mediante procedimientos que supongan violación de derechos fundamentales o libertades públicas (...)”<sup>80</sup>. Por lo tanto hay una ineficacia procesal consecuencia del incumplimiento de los requisitos antes analizados (la doctrina del fruto del árbol prohibido)<sup>81</sup>. Entiendo que también en estos casos podría existir derecho a la indemnización, pues al margen del resultado del registro, puede haberse producido una violación de un derecho fundamental.

También debemos plantearnos la situación de negativa del trabajador al registro por existir un incumplimiento de los requisitos del art. 18 ET. Desde mi punto de vista no es aplicable el principio “solve et repete” en aquellos casos en los que el registro ilícito supone una violación de derechos fundamentales del trabajador, por lo que estaríamos ante un supuesto de ejercicio lícito del “ius resistentiae” del trabajador<sup>82</sup> y, por lo tanto, no sería sancionado.

bargo, fue declarado posteriormente nulo. La STSJ de Navarra de 18 de abril de 2006, AS\2006\1190 indemniza al trabajador objeto de registro y vaciado de su taquilla cuando dicho registro se realiza sin su presencia (por estar de baja por incapacidad temporal) ni en presencia de representante de personal. También la STSJ de Cataluña de 23 de mayo de 2000, AS\2000\1934 estima la indemnización al haberse producido un registro sin justificación alguna, al igual que ocurre con la STSJ de Asturias de 18 de abril de 2008, AS\2008\1713 supuesto en que la empresa decide dar nuevas órdenes consistentes en controlar dos veces al día los bolsos de trabajadores.

<sup>79</sup> Vid. STSJ de Cataluña de 23 de octubre, AS\2015\2175; Andalucía de 25 de febrero de 2000, AS\2000\562.

<sup>80</sup> En idéntico sentido el art. 11.1 LOPJ.

<sup>81</sup> Vid. las STSJ de Castilla-La Mancha de 29 de enero de 2001, AS\2001\400 o Cataluña de 27 de octubre de 2016, JUR\2017\44828.

<sup>82</sup> Sobre la cuestión Durán López, F.: Op. cit., página 552; también García Ninet, J.I.: “De los registros (...) (y II)”, op. cit., página 16.

Por último, al tratarse de un registro ilícito hay que plantearse la posibilidad de que estemos ante una infracción laboral y, por tanto, sea merecedora de sanción económica a través de la LISOS, más concretamente su art. 8.11 que considera infracción muy grave los actos del empresario contrarios al respeto de la intimidad y dignidad de los trabajadores.

# LAS FACULTADES DE CONTROL DEL ESTADO DE SALUD DEL TRABAJADOR

PEDRO GÓMEZ CABALLERO

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*  
Universidad de Córdoba

**EXTRACTO**      **Palabras Clave:** potestad de control empresarial; verificación estado de salud; reconocimientos médicos

El art. 20.4. TRLET consagra la potestad del empresario de verificar el estado de salud del trabajador cuando lo alegue para justificar sus faltas de asistencia al trabajo. Se trata de un precepto que probablemente haya sido objeto de estudio por la doctrina más en sus aspectos colaterales en cuanto que pueda dar lugar a la existencia de incumplimientos contractuales contrarios a la buena fe que pueden ser objeto de sanción por parte del empresario, que en lo que se refiere al propio precepto, profundizando en su sentido y el alcance de las potestades que en el mismo se atribuyen al empresario. El precepto pretende proteger el interés empresarial frente al absentismo laboral. Es una norma que con una escueta redacción dota al empresario de un amplio abanico de facultades que invitan a que por la vía de la negociación colectiva puedan estructurarse medidas y procedimientos, en garantía del trabajador, para la aplicación de las potestades empresariales de verificación del estado de salud a través de los reconocimientos médicos. Doctrina reciente de los tribunales, en particular del Tribunal Supremo, nos muestran una clara interpretación del precepto y los espacios que se abren para la negociación colectiva.

**ABSTRACT**      **Key Words:** entrepreneurial control power; health status check; medical examinations

Article 20.4. TRLET establishes the power of the employer to verify the health status of an employee when he/she alleges health-related reasons to justify his/her job absences. This is a precept that has probably been studied by the doctrine more in its collateral aspects, as it may lead to breaches of contract against the good faith, which may be subject matter of penalty by the employer, than in regard to the precept itself, deepening in its sense and the scope of the powers that in the precept are attributed to the entrepreneur. The precept aims to protect the business interest against absenteeism. It is a rule that, with a brief writing, gives the employer a wide range of faculties that enable, through collective bargaining, measures and procedures to be assembled, in the employee's guarantee, for the application of the employer's power to verify the employee's health status with medical examinations. Recent doctrine of the courts, particularly the Supreme Court, show us a clear interpretation of the precept and the spaces that it opens for collective bargaining.

## ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. NATURALEZA Y ALCANCE DE LA POTESTAD EMPRESARIAL DE CONTROL DEL ESTADO DE SALUD DEL TRABAJADOR
3. EL MOMENTO DEL EJERCICIO POR EL EMPRESARIO DE LA POTESTAD DE VERIFICACIÓN
4. EL RECONOCIMIENTO A CARGO DE PERSONAL MÉDICO
  - 4.1. El personal facultativo encargado del reconocimiento
  - 4.2. El tipo y alcance del reconocimiento médico
  - 4.3. El lugar del reconocimiento y los gastos derivados del mismo
5. LA NEGATIVA DEL TRABAJADOR AL RECONOCIMIENTO MÉDICO. EFECTOS SOBRE LOS DERECHOS ECONÓMICOS
  - 5.1. Suspensión de los derechos económicos
  - 5.2. Sanciones disciplinarias

## 1. INTRODUCCIÓN

El estado de salud del trabajador es un aspecto concerniente a su persona que tiene presencia relevante en la relación laboral que mantiene con el empresario, formando parte de su contenido, que opera de distinta manera, según afecte a los intereses del empresario o a los derechos del trabajador. En nuestra normativa laboral se puede contemplar regulaciones que responden a esa doble y distinta perspectiva en la que se puede situar el estado de salud del trabajador.

Por una parte, el art. 20.4 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, que aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (TRLET), regula la facultad empresarial de verificar el estado de salud del trabajador cuando sea alegado por este para justificar faltas de asistencia al trabajo. Se trata de una facultad que persigue proteger el interés empresarial ante acciones del trabajador que puedan resultarle perjudiciales; es un precepto que pretende proteger el interés de la empresa frente al absentismo laboral. Por otra parte, el art. 22 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL), regula la vigilancia del estado de salud del trabajador como obligación que le corresponde cumplir al empresario en cuanto forma parte del deber de protección eficaz para dar satisfacción al correspondiente derecho del trabajador conforme a los postulados del art. 14. Como ha puesto de manifiesto la doctrina la perspectiva jurídica de este precepto debe apoyarse en la idea de que la vigilancia de la salud es un derecho del trabajador y no puede convertirse el instrumento de control empresarial que facilita el art.20.4 TRLET<sup>1</sup>. Así pues, la presencia del

<sup>1</sup> Cfr. Navarro Nieto, F. “Los reconocimientos médicos como instrumento de vigilancia de la salud laboral: condiciones legales y jurisprudenciales”, Revista Doctrinal Aranzadi Social, nº 11/2012, pág. 1 edición on line.

estado de salud del trabajador presenta dos dimensiones distintas, que tienen una regulación separada, que persiguen una finalidad diferente en función del interés que pretende proteger de cada parte de la relación laboral.

En el presente trabajo nos vamos a ocupar de la regulación que se establece en el art. 20.4 TRLET, que atribuye al empresario determinadas facultades para amparar sus intereses, que le posibilitan verificar el estado de salud del trabajador cuando lo alegue frente al empresario como causa justificativa de inasistencia al trabajo y, en definitiva, de su incumplimiento contractual. Se puede decir que habitualmente este precepto ha sido objeto de atención por la doctrina de una manera colateral, desde la perspectiva del poder disciplinario del empresario, en casos en los que el trabajador estando en la situación de incapacidad temporal que da lugar a la suspensión del contrato de trabajo transgrede la buena fe contractual. No vamos a incidir en este aspecto más allá que para dejar constancia de su existencia. Nuestro interés se ha centrado fundamentalmente profundizar en la interpretación del art. 20.4 TRLET, examinando las potestades de empresariales de control que se establece en la regulación del poder directivo del empresario.

Recientes decisiones de los tribunales, fundamentalmente del Tribunal Supremo, han puesto el acento en la interpretación propia del art. 20.4 TRLET, ayudando a clarificar la aplicación del referido precepto y el alcance de la facultad empresarial que en el mismo se establece, mostrando los espacios en los que puede operar la negociación colectiva para compatibilizar el respecto al interés de las partes y garantizar los derechos de los trabajadores.

## **2. NATURALEZA Y ALCANCE DE LA POTESTAD EMPRESARIAL DE CONTROL DEL ESTADO DE SALUD DEL TRABAJADOR**

El art. 20.4 TRLET atribuye al empresario la potestad de “verificar el estado de salud del trabajador que sea alegado por este para justificar sus faltas de asistencia al trabajo”. Este es el actual tenor literal del precepto vigente que ha tenido una modificación semántica pues con anterioridad del Real Decreto Legislativo 2/2015, expresaba la potestad de verificar “el estado de enfermedad o accidente del trabajador”, no del estado de salud. Esta modificación, en principio, no debe llevar a pensar que pueda suponer alguna alteración en cuanto a la finalidad y sentido con el que hay que interpretar el precepto.

En cualquier caso, no es menos cierto que el prescripción que se contiene en la regulación del poder de dirección control del empresario, no da ninguna indicación más allá que la consagración de la facultad, la causa que puede impulsar su ejercicio y el instrumento a través del que puede ejercer la misma. Ni siquiera se indica en la norma que el estado de salud del trabajador que causa su inasistencia al trabajo tenga que ser alguna de las situaciones que pueden dar lugar a la situación

de incapacidad temporal u otras de las previstas legalmente, ni de qué forma tiene que comunicar el trabajador al empresario la incidencia, ni el momento en que el empresario puede decidir hacer uso de la potestad que se le atribuye, ni el lugar del reconocimiento, ni otros aspectos importantes que deberían tenerse en cuenta. Tampoco dice actualmente la norma, como sucedía antes, que el estado de salud del trabajador que impide al trabajador asistir al trabajo sea consecuencia de una enfermedad o un accidente. Lo que queremos decir es que con la regulación actual podrían tener cabida en la aplicación del precepto, hipotéticamente al menos, situaciones que no tienen necesariamente que constituir supuestos de incapacidad temporal de los previstos legalmente. Pueden tener cabida en el precepto situaciones que afectan al estado de salud que, aunque sea por su brevedad, no sirven para integrar una situación de incapacidad temporal<sup>2</sup>. Por otra parte, no debe olvidarse, que tal como está la norma redactado deja amplio espacio para la negociación colectiva e, incluso, para la presencia de la autonomía individual.

Doctrina reciente del Tribunal Supremo ha venido a clarificar en buena medida la naturaleza y alcance que se debe aplicar al art. 20.4. En este sentido, la doctrina del Tribunal Supremo expresada en la STS, Social, de 25 de enero de 2018 (nº 62/2018, rec. 249/2016), señala que la potestad de ese precepto estatutario atribuye al empresario es “una manifestación de las distintas facultades de dirección y control de la actividad laboral que corresponde al titular de la misma, conforme a las reglas del art. 20 en cuyo ámbito se enmarca, sin que la norma disponga de otras limitaciones diferentes a las que de ordinario se desprenden de las exigencias de la buena fe y el respeto a los derechos de los trabajadores, esencialmente en este punto, de todos aquellos relacionados con la salvaguarda de la intimidad y la consideración debida a su dignidad...” [FJ nº 2].

Así pues, la potestad de control de la que dispone el empresario en virtud del art. 20.4 TRLET, no tiene ninguna limitación distinta de la que tienen el resto de las facultades que puede ejercer de acuerdo con el art. 20. En palabras del Tribunal Supremo, no tiene ninguna específica cortapisa o restricción diferente a las aplicables con carácter general en todas las demás facultades empresariales; esto es, la no vulneración de los derechos básicos del trabajador que se consagran en el art. 4.2 TRLET; y, “en razón de la especial naturaleza de los derechos que están en juego cuando del control y supervisión del su estado de salud se trata, destacadamente, el derecho a la no discriminación, a la integridad física, a la intimidad y a la dignidad personal”<sup>3</sup>.

<sup>2</sup> Como señala la STS, Social, 28-2-2019, nº 211/2017, de acuerdo con la normativa aplicable “a) no toda enfermedad del trabajador constituye base para incurrir en situación de IT, sino sólo aquella que reúne el doble requisito de precisar asistencia sanitaria y provocar la imposibilidad para el trabajo; y b) no toda enfermedad que imposibilite para trabajar da lugar a la situación protegida por IT, sino sólo aquella que supera los tres primeros días...[...]. las enfermedades que imposibilitan para trabajador de uno a tres días no se hallan en el marco de protección del sistema”.

<sup>3</sup> STS, 25-1-2018, FJ nº 2.

La finalidad de la norma –como su momento puso de manifiesto la doctrina<sup>4</sup>– es la de establecer una medida disuasoria del absentismo laboral, no el control del fraude en la percepción de las prestaciones por incapacidad temporal. En esta misma línea se mueve la doctrina del Tribunal Supremo para el que la potestad empresarial del art. 20.4 “tiene como única y exclusiva finalidad la comprobación del carácter justificado de las faltas de asistencia que el trabajador haya justificado en su estado de salud”<sup>5</sup>. No tiene por objeto la corrección del diagnóstico médico acerca del estado de enfermedad o accidente del trabajador<sup>6</sup>. Se trata así, de una facultad que se enmarca dentro del conjunto de facultades generales de dirección y control de la actividad laboral que el art. 20 TRLET atribuye al empresario, que actúa en un aspecto distinto al puramente prestacional de la incapacidad temporal. Por tanto, el art. 20.4 “carece de cualquier connotación que pudiere estar vinculada con la gestión de la prestación de la prestación de incapacidad temporal desde ninguna de sus diferentes perspectivas, ya sea la puramente referida al derecho del trabajador a recibir asistencia sanitaria o la vinculada a la percepción económica subsiguiente...”<sup>7</sup>.

Una primera conclusión que se puede extraer de lo hasta aquí expuesto es que la potestad de verificar el estado de salud del trabajador que se consagra en el art. 20.4 puede ser ejercida por el empresario observando los límites que derivan del respeto de los derechos básicos del trabajador, que la puede activar cuando el trabajador alegue su estado de salud para justificar las faltas de asistencia al trabajo, y que opera al margen de gestión de la prestación de incapacidad temporal. Por tanto, parece que lo trascendente es la constatación por el empresario de que es, efectivamente, el estado de salud el que le impide con el cumplimiento de su obligación contractual de asistencia al trabajo. Visto desde esta perspectiva podría ser subsumible en el art. 20.4 la alegación por el trabajador de su estado de salud como causa de su falta de asistencia al trabajo sin necesidad de justificarlo con la intervención de facultativo del sistema de Seguridad Social; esto es, no sería precisa la justificación con el parte de baja expedido por el médico de la Seguridad Social, sino que sería suficiente la notificación al empresario de que la inasistencia al trabajo es debida a su estado de salud, para que pueda ponerse en marcha el ejercicio de la potestad de verificación del estado de salud alegado por el trabajador.

Podría cuestionarse si el mantenimiento de esta facultad empresarial puede resultar excesiva cuando son los médicos de los servicios públicos de salud los

<sup>4</sup> Cfr. Gala Durán C., “Las potestades de control del empleador durante el proceso de IT”, Ponencia presentada en el Seminario de actualización de función pública local organizado por la Federación de Municipios de Cataluña, Barcelona, 8 de julio de 2009, pág. 1. <http://cemical.diba.cat/es/publicaciones/monografias>.

<sup>5</sup> STS 25-1-2018, FJ N° 3.

<sup>6</sup> Cfr. AA.VV. “Estatuto de los Trabajadores. Comentado y con jurisprudencia. Artículo 20”, Del Rey Guanter, S. (Dir.), La Ley, 2005, pág. 338.

<sup>7</sup> STS 25-1-2018, FJ N° 2.



encargados de evaluar el estado de salud del trabajador y determinar su capacidad laboral, cuando son requeridos por el trabajador que puede estar aquejado de alguna dolencia o haber sufrido algún accidente. Los médicos de los servicios públicos de salud o, en su caso, de la Mutua, son los que certifican el estado de incapacidad laboral que en un momento dado puede afectar al trabajador; su diagnóstico goza de una presunción de legitimidad que justifica la suspensión del contrato de trabajo. Probablemente, en la actualidad pueda estar más justificado que en otros tiempos, el mantenimiento en la ley del ejercicio de la potestad de verificación, si atendemos a que contrariamente a lo que sucedía anteriormente, en los partes de baja y confirmación que se expiden por el médico, no consta la dolencia que puede afectar al trabajador. Este es un dato afectado por el deber de confidencialidad que debe observar el personal sanitario, para preservar el derecho a la intimidad del trabajador.

La alegación del estado de salud por el trabajador como causa determinante y justificativa de su inasistencia al trabajo está conectada a otros preceptos estatutarios, que ofrecen planos distintos en cuanto a su incidencia en la relación laboral. En ese sentido, se puede hacer mención al art. 45.1.c) TRLET que establece como causa de suspensión del contrato de trabajo la incapacidad temporal de los trabajadores, situación que hay que considerar que es la debida a enfermedad común o profesional y a accidente, sea o no de trabajo, mientras el trabajador reciba asistencia sanitaria de la Seguridad Social y esté impedido para el trabajo [art. 169.1.a) TRLGSS]. Por tanto, la situación de suspensión del contrato de trabajo por incapacidad temporal requiere de la intervención de los servicios del sistema de Seguridad Social, certificando la incompatibilidad del estado de salud del trabajador y el cumplimiento de sus obligaciones contractuales.

Por otro lado, el art. 54.2.a) TRLET determina como incumplimiento contractual que puede dar lugar al despido disciplinario “las faltas repetidas e injustificadas de asistencia o puntualidad al trabajo”. La facultad empresarial de verificar el estado de salud del trabajador se puede activar cuando el trabajador lo alega para justificar un incumplimiento contractual. El establecimiento de las faltas injustificadas de asistencia al trabajo como incumplimiento contractual conecta la potestad de control del empresario prevista en el art. 20.4 con su poder disciplinario de manera que puede impulsar su aplicación o, por el contrario, vetar un ejercicio efectivo de este poder cuando el trabajador alega su estado de salud como causa de su inasistencia al trabajo.

### 3. EL MOMENTO DEL EJERCICIO POR EL EMPRESARIO DE LA POTESTAD DE VERIFICACIÓN

Uno de los interrogantes que se plantea con la regulación del art. 20.4 TRLET es el momento a partir del cuál el empresario puede ejercer la facultad de verificación del estado de salud. El precepto no da ninguna indicación al respecto, no va más allá de consagrar dicha facultad. Según previene el art. 7.1 del RD 625/2014, de 18 de julio, una vez que el facultativo ha expedido el parte de baja (o, en su caso, confirmación), el trabajador en el plazo de tres días debe entregar a la empresa la copia destinada a la misma. Pero una cosa es que exista un plazo para que el trabajador entregue el parte de baja en la empresa, lo que colocará al contrato de trabajo en situación de suspensión y servirá como documento de prueba justificativo de la inasistencia, y otra muy distinta que este plazo pueda ser determinante para que el empresario pueda hacer uso de su facultad de verificación, pues la falta de asistencia y la alegación de la causa del estado de salud han podido ser conocidos por el empresario antes del referido trámite de entrega del parte de baja.

Con la regulación vigente parece que el empresario puede decidir el ejercicio de la facultad de verificación del estado de salud del trabajador desde el momento en que se producen las circunstancias que habilitan la acción de la facultad empresarial, la inasistencia al trabajo del trabajador y la alegación de su estado de salud como causa determinante de la misma. Por tanto, no tiene que esperar a que el trabajador entregue el parte de baja en la empresa, pues como ha quedado dicho, además de que el art. 20.4. TRLET no establece nada al respecto, la facultad de control que atribuye al empresario funciona al margen de la gestión de la incapacidad temporal en el ámbito del sistema de Seguridad Social. Como advierte la doctrina del Tribunal Supremo “...si no se ha entregado todavía el parte de baja por no haber transcurrido el plazo de 72 horas, esa circunstancia jugará en perjuicio del empleador y no puede en ningún caso volverse en perjuicio del trabajador...”<sup>8</sup>.

Esta es la interpretación que se contiene en la doctrina del Tribunal Supremo, para el que del tenor literal del precepto “se desprende, como condición previa para que la empresa pueda ejercitar esa facultad, que el trabajador hubiere invocado un problema de salud para justificar sus faltas de asistencia al trabajo poniendo esta circunstancia en su conocimiento”; y, “es a partir de ese momento y solo una vez que el trabajador hace saber a la empresa que su estado de salud justifica la inasistencia, cuando el empleador está facultado para verificar la realidad de esa situación”<sup>9</sup>.

Este es un aspecto sobre el que podría actuar la negociación colectiva, estableciendo en garantía del trabajador los plazos que puedan resultar adecuados

<sup>8</sup> STS, Social, 25-1-2018, FJ nº 5.

<sup>9</sup> STS, Social, 25-1-2018, FJ nº 5.

atendiendo a las circunstancias que puedan concurrir en el funcionamiento de la empresa y en los trabajadores. Esta es una acción aconsejable por cuanto al no establecerse ninguna indicación al respecto en el precepto, nada impide al empresario hacer uso de la facultad de control prevista en el art. 20.4 TRLET, a raíz de la notificación por el trabajador de la imposibilidad de asistir al trabajo, cuando lo considere oportuno. Como ya se ha dicho, las únicas limitaciones que pueden aplicarse al ejercicio de esta potestad empresarial son las mismas que debe atenerse el ejercicio del poder directivo y de organización del empresario, que se encuentra expresadas en los derechos básicos del trabajador previstos en el art. 4.2 TRLET, de manera que el ejercicio de la potestad de control del estado de salud del trabajador «deberá atenerse a los ordinarios parámetros de buena fe, razonabilidad, proporcionalidad y adecuación que deben regir cualquier otra decisión de la empresa»<sup>10</sup>.

#### **4. EL RECONOCIMIENTO A CARGO DE PERSONAL MÉDICO**

El instrumento que se establece en el art. 20.4 para que el empresario pueda ejercer la facultad de verificación del estado de salud del trabajador es “el reconocimiento a cargo de personal médico”, sin que se establezca ninguna otra indicación. En relación con esta precepción pueden surgir distintas cuestiones relacionadas con la naturaleza del personal facultado para realizar el reconocimiento, el alcance del reconocimiento, el lugar en el que se realiza o la determinación del sujeto al que pueda corresponder el abono de los gastos que se puedan ocasionar con a consecuencia del reconocimiento.

##### **4.1. El personal facultativo encargado del reconocimiento**

No debe resultar dudosa la cualificación profesional del personal que debe realizar el reconocimiento médico. Aunque la norma no da ninguna indicación, el tenor del precepto es claro hay que entenderlo en el sentido propio de sus palabras. No se trata de cualquier personal facultativo en el ámbito sanitario, sino que tiene que ser médico de profesión, en posesión del título de Licenciado o Graduado en Medicina. Puede surgir la duda de si es exigible la especialidad de Medicina del Trabajo, dado que los médicos con esta especialidad tienen encomendadas las funciones de vigilancia y control del estado de salud del trabajador en el ámbito de la prevención de riesgos laborales<sup>11</sup>. No sería tampoco ésta una interpretación

<sup>10</sup> STS, Social, 25-1-2018, FJ nº 5.

<sup>11</sup> El RD 39/1997, de 17 de enero, que aprueba el reglamento de los servicios de prevención, establece en el art. 37 que las funciones de vigilancia y control de la salud de los trabajadores señaladas

correcta. Téngase en cuenta que los médicos del servicio público de salud o, en su caso, de la Mutua son los que tienen que apreciar que el trabajador está impedido para el trabajo para determinar la situación de incapacidad temporal. Por tanto, ante la ausencia en la norma de requisitos particulares que deba reunir el personal médico, el empresario tiene libertad para designar el personal encargado de realizar el reconocimiento, que puede ser cualquier médico que ejerza la profesión médica y esté dado de alta en el colegio profesional, haga el empresario el encargo a persona física o a una persona jurídica. De acuerdo con lo establecido en el art. 20.4 TRLET el empresario puede ejercer la facultad de designación del encargado del reconocimiento, sin otros límites que los indicados; ni siquiera está obligado a efectuar consulta a los representantes de los trabajadores. Así pues, los límites de la cualificación profesional operan aún en el supuesto de que la empresa subcontrate la realización de los reconocimientos con una empresa dedicada a la gestión y control del absentismo laboral, facultad reconocida al empresario en el art. 20.4<sup>12</sup>. En este aspecto también ofrece posibilidades la negociación colectiva para llegar a pactos en garantía del trabajador.

Sin duda, son sujetos cualificados para realizar el reconocimiento: los servicios médicos de la empresa, las Mutuas colaboradoras de la Seguridad Social y los servicios de las Inspección de Servicios Sanitarios.

#### **4.2. El tipo y alcance del reconocimiento médico**

Es también cuestión controvertida en la aplicación del art 20.4 la determinación del tipo y alcance del reconocimiento médico. Como sucede en relación con otros aspectos el precepto no establece indicación alguna al respecto por lo que, salvo que se hubiere pactado otra cosa por el empresario, es a éste al que corresponde determinar el tipo y alcance del reconocimiento médico al que deba someterse el trabajador, decisión que puede adoptar respetando los derechos del trabajador previstos en el art. 4.2 TRLET, en particular el derecho a la intimidad y el respeto a la dignidad, y observando los límites en los que debe moverse el ejercicio de la potestad de control del estado de salud del trabajador: buena fe, razonabilidad, proporcionalidad y adecuación.

En esta dirección se mueve la doctrina del Tribunal Supremo para la que: “siendo que su finalidad no es asistencial sino exclusivamente de control y justifi-

serán desempeñadas por personal sanitario con competencia técnica, formación y capacidad acreditada con arreglo a la normativa vigente, siendo preceptivo que los servicios de prevención cuenten con un especialista en Medicina del Trabajo o diplomado en Medicina de Empresa y un ATS/DUE de empresa, sin perjuicio de la participación de otros profesionales sanitarios con competencia técnica, formación y capacidad acreditada.

<sup>12</sup> En relación con la facultad empresarial de subcontratar los reconocimientos médicos con una empresa dedicada a la gestión y control del absentismo laboral SAN, Social, 13-2-2019, (nº 20/2019).

cación de la inasistencia al trabajo, corresponde al empresario establecer la metodología que considere más adecuada en el ejercicio de esa facultad de dirección y organización de la actividad laboral, una vez más, con respeto de los derechos de los trabajadores y dentro de los límites que ya hemos reseñado...”<sup>13</sup>.

Ahora bien, no obstante pronunciarse sobre la amplitud de acción que tiene el empresario, el Tribunal Supremo, en su doctrina, atendiendo a la finalidad de la norma, pone en duda la posibilidad de utilizar “pruebas diagnósticas”. Y, en este sentido, señala que “resulta muy cuestionable que, en el ejercicio de esta facultad del art. 20.4 ET pueda el empresario someter al trabajador a pruebas diagnósticas, que no tienen como finalidad una mejora o estudio de su estado de salud a efectos asistenciales o de prevención de riesgos laborales”. Atendiendo a esta doctrina no se cuestiona que en el reconocimiento médico no puedan practicarse pruebas, sino que las pruebas que se practiquen sean razonables, proporcionadas y adecuadas para constatar el estado de incapacidad laboral del trabajador.

En este sentido cabe señalar que el reconocimiento médico del trabajador debe permitir la determinación objetiva de la incapacidad temporal para el trabajo habitual. Esto es, debe tener la misma finalidad que el reconocimiento médico que debe practicar el médico del servicio público de salud antes de expedir la baja que acredita la incapacidad del trabajador para realizar su trabajo<sup>14</sup>.

El respeto al derecho a la intimidad obliga al personal facultativo a observar el deber de confidencialidad sobre las dolencias del trabajador, de las que el empresario no podrá ser informado sin el consentimiento de aquel. El personal médico se limitará a transmitir al empresario si el estado de salud del trabajador es causa que le impida la asistencia al trabajo y las posibles expectativas que haya en relación con la persistencia de la situación de incapacidad del trabajador. De existir discrepancia el empresario podrá pedir la revisión de la situación del trabajador a la Inspección de Servicios Sanitarios.

### 4.3. El lugar del reconocimiento y los gastos derivados del mismo

a) El art. 20.4 TRLET otorga al empresario la potestad de verificar el estado de salud del trabajador que sea alegado por este para justificar la falta de asistencia al trabajo. Esta potestad implica el deber del trabajador de someterse al proceso de verificación de su estado de salud en el lugar que decida el empresario, lo que puede quedar condicionado por las circunstancias que puedan concurrir y los lí-

<sup>13</sup> STS, Social, 25-1-2018, FJ nº 6.

<sup>14</sup> El RD 625/2014, de 18 de julio, establece en el art.2 2: “Todo parte médico de baja irá precedido de un reconocimiento médico del trabajador que permita la determinación objetiva de la incapacidad temporal para el trabajo habitual, a cuyo efecto el médico requerirá al trabajador los datos necesarios que contribuyan tanto a precisar la patología objeto de diagnóstico, como su posible incapacidad para realizar su trabajo”.

mites en los que se mueve el ejercicio de esta potestad empresarial. Como en otros aspectos referidos al ejercicio de dicha potestad, la norma tampoco da indicación alguna sobre el lugar en el que haya que realizar el reconocimiento médico.

De la doctrina de los tribunales se deduce que corresponde al empresario la determinación del lugar en el que se realiza el reconocimiento médico, al ser el que está facultado para organizar el procedimiento de verificación. Así puede realizarse el reconocimiento médico en el domicilio de los trabajadores o en un centro externo en el que los centralice la empresa, pero, en todo caso, esta decisión del empresario queda sometida a los límites generales que deben observarse para el ejercicio de esta potestad; esto es, hay que atender a las reglas de la buena fe, la razonabilidad, la proporcionalidad y la adecuación. De la doctrina de los tribunales se puede deducir el carácter prioritario del domicilio de los trabajadores “lo que se ajustaría más a su situación de incapacidad temporal, cuya finalidad principal es que se reponga en el plazo más breve posible, lo que no se compadece con [...] desplazamientos, especialmente cuando se trate de enfermedades graves o cuando el trabajador tenga problemas de movilidad”<sup>15</sup>.

En la realización del reconocimiento en el domicilio del trabajador debe respetarse el derecho a la intimidad [art. 18.1 CE] y el respeto a la inviolabilidad del domicilio [art. 18.2 CE], por lo que se requiere el consentimiento del trabajador. Podría negarse el trabajador a que se realice el reconocimiento en su domicilio, pero ello no implicaría la negativa del trabajador a someterse a reconocimiento médico. La falta de consentimiento del trabajador para que se realice el reconocimiento en su domicilio no equivale a se haya negado a que se le practique el mismo.

Ahora bien, estando facultado el empresario para organizar el procedimiento de verificación del estado de salud del trabajador, puede decidir realizar los reconocimientos médicos en otro lugar y centralizarlos en un servicio externo. En este caso, siguiendo la doctrina anterior, a nuestro juicio, tienen que respetarse las exigencias de la buena fe, y los principios de razonabilidad, proporcionalidad y adecuación, lo que se traduce en que la decisión del empresario debería estar justificada, especialmente, en los casos en que pueda suponer para el trabajador una perturbación en la recuperación de su estado de salud<sup>16</sup>.

b) Otra de las cuestiones que se plantean y que han originado litigios ante los tribunales es la que se refiere a la determinación de a quién corresponde hacer frente al pago de los gastos que puedan originarse a consecuencia del reconocimiento médico. La única obligación que se establece en la norma en relación con el trabajador es la de someterse al reconocimiento médico para que el empresario

<sup>15</sup> SAN, Social, 3-11-2018, nº 190/2018].

<sup>16</sup> La SAN, Social, de 30-11-2018, admite como causa que justifique que la empresa centralice en determinados locales el reconocimiento médico en que el control médico domiciliario comportaría un coste extraordinario para la misma.

pueda ejercer su facultad de control. Lo razonable es atribuir los gastos que deriven del reconocimiento médico al que es titular de la facultad de posibilita el mismo, esto es, el empresario que es la parte del contrato en cuyo interés se establece la facultad de verificación. En este sentido, se ha reconocido el deber del empresario de asumir los gastos de transporte realizados por el trabajador para acudir a pasar reconocimiento médico a un lugar distinto al de su domicilio. No cabe que ello comporte unos gastos para el trabajador que la norma no contempla lo que resulta contrario al cumplimiento de las obligaciones contractuales conforme a las exigencias de la buena fe<sup>17</sup>. Por tanto, los gastos que se originen a los trabajadores por someterse al reconocimiento médico que puede realizar el empresario para verificar su estado de salud, deben ser abonados por el empresario, previa justificación de los mismos.

## **5. LA NEGATIVA DEL TRABAJADOR AL RECONOCIMIENTO MÉDICO. CONSECUENCIAS ECONÓMICAS Y DISCIPLINARIAS**

### **5.1. Suspensión de los derechos económicos**

El art. 20.4 TRLET al tiempo que regula la potestad empresarial de verificar el estado de salud del trabajador mediante su sometimiento a reconocimiento médico, reconoce también el derecho del trabajador a negarse a dicho reconocimiento, aun cuando para este caso prevea determinadas consecuencias económicas. En efecto, el art. 20.4 establece que “la negativa del trabajador a dichos reconocimientos podrá determinar la suspensión de los derechos económicos que pudieran existir a cargo del empresario por dichas situaciones”. Se puede advertir claramente que con la redacción que quedó el precepto después del texto refundido aprobado por el RD Legislativo 2/2015, se produjo una incorrección terminológica al haberse modificado el primer inciso del precepto, cambiando la expresión “enfermedad o accidente” por el de “estado de salud”, sin la correspondiente modificación del final del inciso segundo que se refiere a “dichas situaciones”. Al margen de estas incorrecciones en la redacción, lo que interesa destacar aquí es que el precepto legaliza la negativa del trabajador a someterse al reconocimiento, aunque de esta negativa puedan derivar consecuencias en el ámbito económico e, incluso, eventuales consecuencias disciplinarias.

En todo caso, se trata de una sanción específica ante la negativa del trabajador de someterse a reconocimiento médico que si bien incide en el plano económico,

<sup>17</sup> En este sentido la SAN de 30-11-2018 razona “desborda claramente el equilibrio del contrato de trabajo, que se encuentra suspendido como consecuencia de la IT, puesto que el beneficiario del control de la IT, que es a la postre el empresario, satisface su derecho repartiendo costes con los trabajadores, lo cual quiera las exigencias de la buena fe, exigibles a la empresa, a tenor de lo dispuesto en el art. 20.2 en relación con el art. 1258 CC”.

no afectan a la prestación que le corresponda percibir de la Seguridad Social por encontrarse en situación de incapacidad temporal. Recuérdese que la potestad que se atribuye al empresario opera al margen de la gestión de la incapacidad temporal que se produzca en el sistema de Seguridad Social que asiste al trabajador cuando por causa de enfermedad o accidente no puede cumplir con su prestación laboral.

Son pues, los que pueden resultar afectados, los derechos económicos con cargo al empresario que constituyen o equivalen a prestaciones complementarias, que pueden pactarse en convenio colectivo o en contrato individual<sup>18</sup> para cuando el trabajador no puede cumplir con su prestación a causa de su estado de salud. En ningún caso sería posible la suspensión del subsidio por incapacidad temporal por enfermedad común o accidente no laboral que corresponde al empresario de los días cuarto a decimoquinto ambos inclusive<sup>19</sup>.

Ahora bien, la negativa del trabajador a someterse a reconocimiento médico habilita al empresario para suspender el pago de los derechos económicos a los que pueda tener derecho el trabajador, no a su pérdida. No obstante, como señala acertadamente la doctrina<sup>20</sup> la suspensión de los derechos económicos no resulta procedente cuando, habiéndose sometido el trabajador a reconocimiento, existe discrepancia respecto a la situación de enfermedad que originó la situación de incapacidad del trabajador, pues lo que se sanciona es la negativa del trabajador a someterse al reconocimiento. De igual forma, a nuestro juicio, tampoco resulta procedente la suspensión de los derechos económicos del trabajador en el caso de que el trabajador se haya negado a que se realice el reconocimiento médico en su domicilio, pues ello no supone la negativa del trabajador a someterse al reconocimiento<sup>21</sup>.

El cualquier caso, la suspensión de los derechos económicos del trabajador es una potestad de la que dispone el empresario y que podría ser neutralizada por la vía de la autonomía de la voluntad mediante pactos en convenio colectivo o a nivel individual con el trabajador.

## 5.2. Sanciones disciplinarias

El ejercicio de la potestad de control del estado de salud del trabajador puede dar lugar a que se active el poder disciplinario del empresario cuando concurren

<sup>18</sup> Cfr. AA.VV. “Estatuto de los Trabajadores. Comentado....”, pág. 339.

<sup>19</sup> Art. 173.2 RD Legislativo 8/2015, de 30 de octubre Texto Refundido Ley General de la Seguridad Social (TRLGSS).

<sup>20</sup> Cfr. AA.VV. “Estatuto de los Trabajadores. Comentado....”, pág. 339.

<sup>21</sup> Algún autor considera, sin embargo, que en este caso procedería imponer la suspensión de los derechos económicos a cargo del empresario, Cfr. Martínez Font, D., (en colaboración), en “Tratado de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social”, Dirg. y coord. Martín Valverde y García Murcia, Aranzadi, 2002, pág. 712.



circunstancias que pueden ser contrarias a la buena fe que debe presidir el cumplimiento del contrato de trabajo por las partes. Son diversas las situaciones que pueden registrarse de las que vamos a dejar una mera referencia.

a) Posibilidad de aplicación del art. 54.2,a) TRLET. Como es sabido este precepto considera como incumplimiento contractual y causa grave sancionable con el despido la inasistencia al trabajo. La verificación de que el estado de salud del trabajador no es impositivo para asistir al trabajo abre la puerta a esta posibilidad sancionadora. No obstante, lo aconsejable antes de tomar la decisión es actuar en función de las circunstancias concurrentes, que pueden venir a matizar o modular la eficacia de esta solución, en situaciones como que el trabajador esté dado de baja por el facultativo de la seguridad social o, incluso, que la dolencia que pueda padecer no le incapacitan para realizar las tareas propias de su actividad o profesión habitual. No sería posible la sanción en los casos en que el trabajador incumple el plazo de entrega de los partes médicos de baja que se establecen en el RD 625/2014.

b) Podría plantearse la posibilidad de sancionar al trabajador por negarse a someterse al reconocimiento médico. Pero esta opción tendría poco éxito, pues con independencia de que la norma prevé la sanción específica de suspensión de los derechos económicos a cargo del empresario, la negativa del trabajador no constituye un incumplimiento contractual<sup>22</sup>. Se defiende por algún autor la posibilidad de sancionar al trabajador cuando se produce una negativa reiterada e injustificada a someterse al reconocimiento médico, lo que impediría el ejercicio por el empresario de la potestad de control. Estaríamos en este caso ante un supuesto de reiterada desobediencia de los previstos en el art. 54.2,b) TRLET<sup>23</sup>; otro sector de la doctrina considera, sin embargo, que no cabe recurrir al despido por desobediencia en caso de que el trabajador rechace el reconocimiento<sup>24</sup>. En nuestra opinión, aunque la norma prevea una sanción específica como es la suspensión de los derechos económicos a cargo del empresario, es una cuestión que no está resuelta adecuadamente, pues aun en supuestos en que queda acreditada la resistencia obstructiva e injustificada del trabajador que pudiera estimarse contraria a la buena fe, la opción sancionadora estaría descartada. Se puede producir una situación de indefensión del empresario en supuestos en los que no existan pactados derechos económicos

<sup>22</sup> Al menos un incumplimiento contractual que justifique imponer la sanción de despido, atendiendo a la doctrina que se contiene en la STSJ de Aragón, Social, de 15-2-2006, rec. 6/2006. Cfr. Navarro Nieto, F., “Lecciones de Derecho del Trabajo”, Tomo I, 14ª Ed., Octubre, 2020, pág. 312, para el que la sanción que se puede imponer al trabajador por su negativa al reconocimiento sólo puede ser la prevista en el art. 2.4 TRLET.

<sup>23</sup> Cfr. Martínez Font, op. cit., pág. 712.

<sup>24</sup> Cfr. Goerlich Peset, J.M. “Comentarios al Estatuto de los Trabajadores. Libro homenaje a Tomás Sala Franco”, Tirant lo blanc, 2016, pág. 442.

a cargo del mismo, con lo que quedaría sin sanción efectiva, el impedimento de ejercer una potestad reconocida legalmente que forma parte del bloque normativo regulador del contrato, que quedaría sometida a la voluntad de una de las partes.

c) La potestad disciplinaria también puede desplegar sus efectos cuando el trabajador durante de la situación de incapacidad temporal, realiza actividades que pueden resultar perjudiciales para la recuperación de su estado de salud que pueden dilatar su restablecimiento o desempeña trabajos durante dicha situación. En este ámbito podemos encontrarnos con diversidad de situaciones, que deben resolverse atendiendo a las circunstancias concurrentes, en las que puede entrar en juego la posible vulneración de derechos fundamentales cuando el empresario opta por la obtención de pruebas por medio de detectives privados y a través de medios audiovisuales<sup>25</sup>. Se trataría en este caso de incumplimientos contractuales contrarios a la buena fe que pueden ser sancionados por el empresario. Pero no nos vamos a extender en este aspecto que excede los límites que nos hemos impuesto en este trabajo en relación con el art. 20.4 TRLET.

<sup>25</sup> Al respecto Cfr. Rodríguez Crespo, M.J., “La facultad de vigilancia y control por parte del empresario de la incapacidad temporal del trabajador: elenco de pruebas admitidas y no injerencia judicial en materia de sanciones”, *Temas Laborales* nº 110/2011, págs. 207-214.



# 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 fundamental<sup>1</sup>, 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/UE<sup>2</sup>, 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-

<sup>1</sup> 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).

<sup>2</sup> 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 aseguradoras<sup>3</sup>, 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

<sup>3</sup> 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 laboral<sup>4</sup>. 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 privada<sup>5</sup>, 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

<sup>4</sup> 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”.

<sup>5</sup> 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 captadas<sup>6</sup>. 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

<sup>6</sup> 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 contractual<sup>7</sup>. 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.

<sup>7</sup> 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 captados<sup>8</sup>, 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

<sup>8</sup> 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 obtenido<sup>9</sup>.

<sup>9</sup> 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 digitales<sup>10</sup>, 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”<sup>11</sup>, 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

<sup>10</sup> 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.

<sup>11</sup> 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 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 obtención<sup>12</sup>.

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)<sup>13</sup>, 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 último<sup>14</sup>.

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

<sup>12</sup> 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.

<sup>13</sup> 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”.

<sup>14</sup> 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 proporcionalidad<sup>15</sup>; 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

<sup>15</sup> 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 proceso<sup>16</sup> 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 sospecha<sup>17</sup>) 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

<sup>16</sup> 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.

<sup>17</sup> 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.





# 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 establecidas 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





# LAS SINGULARIDADES DEL PODER DE CONTROL EN LAS EMPRESAS DE TENDENCIAS

FCO. JAVIER CALVO GALLEGO\*

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*  
Universidad de Sevilla

**EXTRACTO**      **Palabras Clave:** empresas de tendencia, discriminación ideológica y poder de control

La extraordinaria expansión de la capacidad de indagación del empresario como consecuencia de la generalización de las TIC, las redes sociales y, en general, internet 2.0, ha vuelto a suscitar el tradicional problema del campo sobre el que el empleador puede desarrollar su control en el singular caso de las empresas de tendencia. En este trabajo se retoman antiguos estudios para, tras delimitar este concepto, básicamente doctrinal, en el marco ofrecido ahora por el derecho de la Unión, analizar el impacto que sobre la modulación de los derechos fundamentales ha tenido la jurisprudencia emanada en estos últimos años tanto por el TEDH, como por el TJUE y por el TC español. En este contexto se retoma la cualificación ideológica de la prestación desde una lógica gradualista y no binaria, como la mejor fórmula para enmarcar en la dinámica contractual estas singularidades, articulando los deberes fuera del tiempo y lugar de trabajo en el marco de las obligaciones derivadas de la buena fe y de la diligencia preparatoria, con el consiguiente efecto en la delimitación del poder de control y de sanción del empleador. El trabajo concluye con unas breves líneas sobre el impacto en este ámbito de la progresiva asunción por cada vez un mayor número de empresas de una serie de “valores”, analizando específicamente la admisibilidad y los límites de ciertos protocolos.

**ABSTRACT**      **Key Words:** trending companies, ideological discrimination and control power

The extraordinary expansion of the entrepreneur’s capacity to investigate as a result of the generalization of ICT, social media and, in general, Internet 2.0, has once again raised the traditional problem of the field on which the employer can develop control in the unique case of trending companies. This work takes up old studies to, after delimiting this basically doctrinal concept, within the framework now offered by EU law, to analyse the impact on the modulation of fundamental rights in recent years by both the ECHR, ECJ and Spanish TC. In this context, the ideological qualification of the benefit is resumed from a gradualist and non-binary logic, as the best formula for framing in the contractual dynamics these singularities, articulating the duties outside time and place of work within the framework obligations arising from good faith and preparatory diligence, with the consequent effect on the delimitation of the supervisory and sanctioning power of the employer. The work concludes with a few brief lines on the impact in this area of the progressive assumption for an increasing number of companies in a series of “values”, specifically analyzing the admissibility and limits of certain protocols.

\* Este trabajo es resultado de los proyectos “Nuevas dinámicas y riesgos sociales en el mercado de trabajo del siglo XXI: desigualdad, precariedad y exclusión social” (RTI2018-098794) y “Nuevas causas y perfiles de discriminación e instrumentos para la tutela antidiscriminatoria en el nuevo contexto tecnológico y social” (FEDER18-1264479).

## ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. LA PROGRESIVA DELIMITACIÓN NORMATIVA DEL CONCEPTO: EMPRESAS Y TAREAS DE TENDENCIA
3. EMPRESAS Y TAREAS DE TENDENCIA EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL ESPAÑOLA Y EN LA DOCTRINA DE LOS TRIBUNALES EUROPEOS
  - 3.1. La doctrina del TEDH y el Convenio Europeo de Derechos Humanos
  - 3.2. El Tribunal de Justicia y la Directiva 2000/78
  - 3.3. Algunas notas sobre la posición del Tribunal Constitucional Español
4. LA ARTICULACIÓN JURÍDICA DE LOS DEBERES DEL TRABAJADOR Y SU IMPACTO SOBRE LA EXTENSIÓN DEL PODER DE CONTROL
5. EXCURSUS: VALORES EMPRESARIALES Y ESFERA PRIVADA DEL TRABAJADOR

### 1. INTRODUCCIÓN

La reciente aprobación de los denominados derechos digitales en el Título X de la nueva Ley orgánica de protección de datos ha vuelto a traer a colación los múltiples problemas jurídicos que, en último término, suscita la ampliación de las posibilidades de indagación y tratamiento que se abren actualmente al empresario. Si a la generalización y expansión de tecnologías que permiten este control, unimos la expansión de la nueva “dictadura de la transparencia”, impuesta por la generalización de las redes sociales, y el dataísmo, que, como filosofía emergente, aprovecha las nuevas posibilidades de tratamiento masivo de estos datos<sup>1</sup>, tendremos en definitiva un marco cada vez más complejo, con soluciones cada vez más difusas y, aparentemente, menos claras y que dejan cada vez más juego a complejos juicios de proporcionalidad cuya ponderación en el resultado final no siempre resulta fácil.

En este contexto, las denominadas empresas y tareas de tendencia constituyen sin duda un campo especialmente relevante de indagación. Y ello ya que la aparición y generalización de esta nueva realidad “virtual” o digital, a la que una parte cada vez más importante de nuestra población ofrece –en ocasiones, de forma no muy consciente– datos a veces realmente íntimos, pero normalmente suficientes para su posible incardinación en perfiles –que permiten a su vez decisiones automatizadas con importantes efectos en el plano personal–, obliga, como no podía ser menos, a plantearnos los límites de este posible control empresarial en este singular tipo de empresas, más aún en un ecosistema como Internet, en el que nada se olvida, y en el que resulta cada vez más importante la denominada “reputación digital”, no ya solo de empresas, sino también de trabajadores.

<sup>1</sup> Tomo estas expresiones del interesante trabajo de HAN B. *Psicopolítica, Neoliberalismo y nievas técnicas de poder*, Herder, Barcelona, 2014, 2ª edición.

Ahora bien, como es fácil intuir, la solución o soluciones que pudiéramos plantear en estos casos dependerán no ya solo de la posición que adoptemos en relación con este posible uso de internet y las redes sociales como instrumentos o medios de un control total por parte del empleador –tema este objeto de otros estudios en este monográfico–, sino también de un previo y necesario análisis de la singularidad que el poder de control presenta, al menos tradicionalmente, en este singular tipo de empresas.

## **2. LA PROGRESIVA DELIMITACIÓN NORMATIVA DEL CONCEPTO: EMPRESAS Y TAREAS DE TENDENCIA**

Pues bien, como es bien sabido, la problemática conexas a las “empresas de tendencia” surgió en España de forma relativamente tardía –fundamentalmente a partir de los años ochenta– como una posible excepción al reconocimiento de los derechos fundamentales “inespecíficamente” laborales en el seno de la relación de trabajo<sup>2</sup>. Asumiendo básicamente la terminología alemana, nuestra doctrina abordó así el tratamiento de estas “empresas” como un posible campo en el que cabría plantear, no ya solo ciertas excepciones a la genérica prohibición de discriminación por razones políticas, sindicales, religiosas o ideológicas de sus trabajadores, sino también las correlativas modulaciones en el ejercicio de otros derechos fundamentales en el seno de la relación laboral como, básicamente, la intimidad –y posteriormente, la protección de datos– o los correspondientes derechos constitucionales tutelados horizontal y directamente por esta prohibición discriminatoria –básicamente la libertad ideológica, la libertad política o sindical o incluso la propia libertad religiosa de sus empleados–. Y todo ello, claro está, junto con la genérica libertad de expresión como mecanismo básico de simple exteriorización de aquellos derechos.

Es cierto que normalmente estas cuestiones se abordaron al hilo de la calificación de las posibles decisiones extintivas por parte del empleador ante declaraciones, actitudes o comportamientos del empleado considerados contrarios o incompatibles con la orientación ideológica del empresario. Pero resultaba evidente que, más allá de las cuestiones de equilibrio constitucional, la propia calificación y, sobre todo, la articulación jurídica de estas decisiones unilaterales empresariales obligaba, en cierta medida, a incorporar al contrato estas “condiciones” o

<sup>2</sup> Entre la amplísima doctrina en este campo, permítasenos destacar los trabajos iniciales en este campo de Blat Gimeno, F. *Relaciones laborales en empresas ideológicas*, MTSS, Madrid, 1986; Aparicio Tovar, J. “Relación de trabajo y libertad de pensamiento en las empresas ideológicas”, en AAVV. *Lecciones de Derecho del trabajo en homenaje a los profesores Bayón y Del Peso*, Universidad Complutense, Madrid 1980. Para una más amplia aportación bibliográfica nos remitimos a nuestro anterior trabajo *Contrato de trabajo y libertad ideológica: derechos fundamentales y organizaciones de tendencia*, CES, Madrid, 1995.

exigencias ideológicas, con el consiguiente impacto sobre el ámbito del poder de dirección y, por consiguiente, del poder de control que, de forma accesoria y conexas a aquel, atribuye el ordenamiento laboral al empleador para asegurar el cumplimiento de las obligaciones laborales deducidas del contrato. De ahí, en definitiva, que la singularidad de las empresas de tendencia se extendiera, no ya solo a la delimitación del ámbito de tutela de estos derechos fundamentales del trabajador, sino también a la correlativa definición del ámbito del poder de dirección de estos empleadores y, por tanto, del correlativo poder de control conexo funcionalmente a aquel.

En cambio, conviene desde ahora destacar cómo la ausencia de una auténtica y profunda regulación de la democracia industrial en nuestro país, y, fundamentalmente, de incisivos derechos de codecisión y cogestión en nuestras empresas, hizo que no solo legislativa, sino también doctrinalmente, estas empresas apenas tuvieran relevancia en el ámbito del derecho colectivo del trabajo. Y ello resulta especialmente llamativo ya que en otros países europeos, y señaladamente Alemania, la tutela de la tendencia ideológica del empresario o, desde otra perspectiva, de la autonomía de las propias Iglesias, constituyó el núcleo inicial de una tutela legislativa que, en la actualidad, se encuentra presente en la legislación colectiva de otros múltiples países europeos como Austria o Suecia, por mencionar solo dos ejemplos más; una tutela que, como decimos, solo más tarde, con la prohibición de actos discriminatorios, alcanzaría a la regulación y a la práctica de los actos extintivos empresariales, sede desde la que partimos en este breve estudio.

Sea como fuere, lo que nos interesa ahora destacar es cómo, a pesar su frecuente utilización doctrinal, esta categoría de empleadores ha carecido tradicionalmente en nuestro ordenamiento de un reconocimiento legal, colectivo y unitario, que deslindara claramente sus fronteras. Todo lo más, y como es bien sabido, varias normas dispersas reconocieron durante todos estos años la posibilidad de que algunos de estos empleadores se dotaran de “cláusulas de salvaguardia y carácter propio” con el fin de tutelar su “identidad” ideológica o religiosa, así como “el debido respeto a sus creencias” –art. 6.1 de la Ley Orgánica de Libertad Religiosa 7/1980, de 5 de julio–; de que, en el caso de la educación, el titular de centros educativos privados estableciera primero un “ideario” educativo –art. 34 de la Ley Orgánica 5/1980, de 19 de junio, por la que se regula el Estatuto de Centros Escolares–, o, posteriormente, un “carácter propio” de los mismos –art. 22 de la Orgánica 8/1985, de 3 de julio, reguladora del Derecho a la Educación y art. 115 de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación–; o, finalmente, y de forma aún más indirecta, que el profesional de la información pudiera “solicitar la rescisión de su relación jurídica” con las empresa de comunicación cuando se produjese “un cambio de orientación... (en la) línea ideológica” del medio o empresa para la que trabajaba.

Ahora bien, el hecho de que en el ordenamiento estatal no existiera este reconocimiento como categoría jurídica específica, no significa el absoluto descono-

cimiento del mismo en nuestro sistema normativo. Muy al contrario, la relativamente amplia presencia de esta excepción en otros países comunitarios provocó que fuera precisamente en este ámbito, el de la Unión Europea, en el que fueran apareciendo claras menciones a este grupo de empleadores, siguiendo, además y llamativamente, la misma secuencia temporal que ya hemos visto en aquellos derechos nacionales.

De este modo, y como decimos, al igual que sucedió por ejemplo en Alemania, las primeras referencias a este tipo de organizaciones aparecen en el ámbito del derecho colectivo. Así ocurrió en el art. 8.3 Directiva 94/45/CE del Consejo, de 22 de septiembre de 1994, sobre la constitución de un comité de empresa europeo<sup>3</sup>, que permitía que cada Estado miembro pudiera “establecer disposiciones especiales en favor de la dirección central de las empresas y establecimientos situados en su territorio que persigan, directa y sustancialmente, un objetivo de orientación ideológica relativo a la información y a la expresión de opiniones siempre que en la fecha de adopción de la presente Directiva dichas disposiciones particulares existieren ya en la legislación nacional”. Posteriormente, excepciones casi idénticas fueron incorporándose en los art. 8.3 de la Directiva 2001/86/CE del Consejo, de 8 de octubre de 2001, por la que se completa el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea en lo que respecta a la implicación de los trabajadores y 10.3 de la Directiva 2003/72/CE del Consejo, de 22 de julio de 2003, por la que se completa el Estatuto de la sociedad cooperativa europea en lo que respecta a la implicación de los trabajadores. Es más, una matización similar, si bien no absolutamente idéntica, es posible encontrar en el art. 3.2 de la Directiva 2002/14/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 2002, por la que se establece un marco general relativo a la información y a la consulta de los trabajadores en la Comunidad Europea. Y ello, no ya solo porque en esta última norma se especificaba la necesidad de que estas disposiciones específicas nacionales se encontrasen “dentro del respeto a los principios y objetivos a que se refiere la presente Directiva”, sino también al concretar la anteriormente genérica referencia a la orientación ideológica, que abarcaría así, y según esta última norma, “a las empresas o centros de trabajo que persigan, directa y sustancialmente, fines políticos, de organización profesional, confesionales, benéficos, educativos, científicos o artísticos, así como fines de información o de expresión de opiniones”, siempre, nuevamente, “que, el día de entrada en vigor de la presente Directiva, ya existan en el Derecho nacional disposiciones en la materia”.

En cambio, y al igual que ocurrió en otros países, las referencias a estas mismas empresas en el plano individual comenzaron, como decimos, algo más tarde en el ámbito de la Unión. Seguramente la primera de ellas es la conocida Declaración n. 11 adoptada por la Conferencia en el Tratado de Ámsterdam sobre el estatuto de

<sup>3</sup> Una norma similar es posible encontrar hoy en el mismo artículo de la Directiva 2009/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de mayo de 2009.

las iglesias y de las organizaciones no confesionales en 1997. Y ello ya que, al hilo de la incorporación del entonces art. 6A al Tratado constitutivo de la Comunidad Europea –y de acuerdo con el cual se “podrían adoptar medidas adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de sexo, de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual”–, la Unión Europea señaló expresamente en dicha Declaración que “respetar(ba) y no prejuizar(ba) el estatuto reconocido, en virtud del derecho nacional, a las iglesias y las asociaciones o comunidades religiosas en los Estados miembros”, respetando “asimismo el estatuto de las organizaciones filosóficas y no confesionales”.

De ahí que, cuando poco más tarde, fue aprobada la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, la misma incluyera un art. 4.2 que permitía a los Estados miembros mantener en su legislación normas o prácticas nacionales preexistentes y en virtud de las cuales “en el caso de las actividades profesionales de iglesias y de otras organizaciones públicas o privadas cuya ética se base en la religión o las convicciones de una persona”, no constituyese discriminación una diferencia de trato basada en la religión o en las convicciones de una persona cuando, por la naturaleza de estas actividades o el contexto en el que se desarrollen, dicha característica constituyese un requisito profesional esencial, legítimo y justificado respecto de la ética de la organización; y todo ello “sin perjuicio del derecho de las iglesias y de las demás organizaciones públicas o privadas cuya ética se base en la religión o las convicciones, actuando de conformidad con las disposiciones constitucionales y legislativas nacionales, podrán exigir en consecuencia a las personas que trabajen para ellas una actitud de buena fe y de lealtad hacia la ética de la organización”<sup>4</sup>.

Pues bien, más allá de señalar como una regulación conexa cabe detectar igualmente en el art. 9.2.d) del Reglamento General de Protección de Datos<sup>5</sup>, lo más llamativo es, como decimos, que, salvo error u omisión por mi parte, ninguna de las normas que han transpuesto al ordenamiento español estas directivas contemplaba o contempla esta excepción para este conjunto de entidades como tal. Baste, por ejemplo, recordar cómo el art. 34 Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden sociales incorpora ciertamente

<sup>4</sup> Por brevedad nos volvemos a remitir a la bibliografía incorporada a Fernández López M.F., Calvo Gallego, F.J. “La Directiva 78/2000/CE y la prohibición de discriminación por razones ideológicas: una ampliación del marco material comunitario”, en *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, 2001 n. 59, p. 125 y ss.

<sup>5</sup> Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento y del Consejo de 27 de abril de 2016. El precepto hace referencia, como se recordará, a aquellos tratamientos “efectuados, en el ámbito de sus actividades legítimas y con las debidas garantías, por una fundación, una asociación o cualquier otro organismo sin ánimo de lucro, cuya finalidad sea política, filosófica, religiosa o sindical, siempre que el tratamiento se refiera exclusivamente a los miembros actuales o antiguos de tales organismos o a personas que mantengan contactos regulares con ellos en relación con sus fines y siempre que los datos personales no se comuniquen fuera de ellos sin el consentimiento de los interesados”.

la excepción “general” del art. 4.1 de la Directiva 2000/78, pero no la específica relativa a las empresas de tendencia contemplada, como decimos, en el punto 2 de la mencionada norma europea.

A mi juicio, esta omisión no quiere decir que el ordenamiento español haya renunciado a dotar de cualquier de singularidad a este tipo de empleadores. Tan solo, y de forma más limitada, creemos que a lo que ha renunciado el legislador español es a dotar a estas “empresas” de un estatuto común o, en otras palabras, a crear legalmente esta categoría. Pero sin que ello suponga que las mismas carezcan de peculiaridad alguna en el ámbito laboral. Estas peculiaridades subsisten, ya que las mismas no solo se deducen de las normas legales antes mencionadas –cuya vigencia, obviamente, no se ha visto afectada por las correlativas normas de transposición–, sino que también se imponen por la necesaria tutela de la manifestación y ejercicio, que a través de estas entidades, se realiza de los derechos constitucionales del titular, simétricos a los del trabajador, y dotados igualmente de la máxima protección –o, como se señala en la actual doctrina constitucional “consistencia”– constitucional.

En cualquier caso, para lo que desde luego son útiles estas normas comunitarias es, en primer lugar, para deslindar este ámbito centrándolo en aquellos empleadores que persigan, directa y sustancialmente, y con independencia de que puedan o no tener también un cierto fin de lucro, fines religiosos o ideológicos en sentido amplio; esto es, y utilizando la terminología de una de estas normas, finalidades políticas –partidos o movimientos de este tipo–, de organización profesional –sindicatos, asociaciones empresariales y/o de autónomos–, confesionales –entidades religiosas, pero también de agnósticos o ateos–, educativas –centros privados dotados de ideario o carácter propio–, así como fines de información o de expresión de opiniones –prensa ideológicamente orientada–; en definitiva, organizaciones que son plasmación y vehículo de expresión externa de derechos constitucionales fundamentales de su titular y que requieren la utilización de empleados para su difusión con la consiguiente posibilidad de conflictos entre aquellos derechos y los “simétricos” de los que es titular el empleado y que no pierde, obviamente, por su incorporación a la empresa.

Ahora bien, junto a esta delimitación, las mencionadas definiciones sirven también para señalar cómo estas entidades no son en ningún caso un ámbito excluido completamente de la tutela antidiscriminatoria. Y ello no solo por la conservación de esta prohibición en relación con otras posibles causas distintas de aquellas de la que es concreta expresión la organización, sino también porque incluso en ese concreto ámbito es necesario distinguir entre aquellas actividades o puestos en los que “por la naturaleza de estas actividades o el contexto en el que se desarrollen, dicha característica constituya un requisito profesional esencial, legítimo y justificado respecto de la ética de la organización” –las denominadas tareas de tendencia–, y aquellas otras en las que no –tareas neutras– y a las que, todo lo



más, la norma interna podría exigir “una actitud de buena fe y de lealtad hacia la ética de la organización”.

Cuestión distinta es que, tanto en uno como en otro caso, el problema surge a nivel constitucional, como conflicto entre derechos fundamentales en el seno de una relación laboral. De ahí que, por estricta lógica de jerarquía normativa, resulte necesario, en primer lugar, delimitar el necesario equilibrio entre los distintos derechos fundamentales en juego, para más tarde, analizar la articulación patrimonial de estos intereses en el seno del contrato de trabajo, con las consiguientes implicaciones en relación con el poder de control y la aplicación de las nuevas tecnologías. Pero no adelantemos acontecimientos.

### **3. EMPRESAS Y TAREAS DE TENDENCIA EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL ESPAÑOLA Y EN LA DOCTRINA DE LOS TRIBUNALES EUROPEOS**

Por ahora nos interesa destacar cómo la solución que demos a este “conflicto” en el ámbito nacional debe estar a su vez necesariamente condicionada por las pautas que a nivel internacional han ido dado a esta misma cuestión tanto el Tribunal Europeo de Derechos Humanos como el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Y ello ya que tanto uno como otro han debido enfrentarse a estas cuestiones, aunque eso sí, desde una perspectiva ciertamente distinta que nunca debe olvidarse: mientras que la conocida concepción de la discriminación en la jurisprudencia del TEDH<sup>6</sup> ha dado lugar a que este se centre materialmente en la existencia o no en estos casos de una violación de los derechos fundamentales en juego –básica, que no exclusivamente, la libertad ideológica y religiosa, la intimidad y la libertad de expresión–, partiendo además de la amplia libertad que en la apreciación de estos conflictos se reconoce a los Tribunales nacionales cuando, como en estos casos, no existe un criterio homogéneo en todos los Estados miembros<sup>7</sup>, el segundo, esto es, el Tribunal de Justicia, por exigencias del único texto aplicable en este ámbito individual –el art. 4.2 de la Directiva 2000/78– centrará su interpretación no ya tanto en el necesario equilibrio entre derechos fundamentales, sino en la lógica discriminatoria, mucho más relacional y, desde luego, en la concreta dicción de

<sup>6</sup> Por todas, STEDH de 13 de abril de 2006, *Kosteski contra «la ex República Yugoslava de Macedonia»*, núm. 55170/00, ap. 44, “article 14 of the Convention complements the other substantive provisions of the Convention and the Protocols. It may be applied in an autonomous manner as a breach of Article 14 does not presuppose a breach of those other provisions although, since it has no independent existence, it can only come into play where the alleged discrimination falls within the scope of the rights and freedoms safeguarded by the other substantive provisions.”.

<sup>7</sup> SSTEDH de 23 de septiembre de 2010, asunto *Schüth contra Alemania*, puntos 55 y 56; y asunto *Obst* puntos 41 y 42; STEDH 3 de febrero de 2011, no 18136/02, asunto *Siebenhaar*, punto 39. En relación con otra cuestión –presencia de crucifijos en centros escolares públicos– véase STEDH (Gran Sala) de 18 de marzo de 2011, asunto *Lautsi v. Italia*, recurso 30814/06.

la específica excepción contemplada en el art. 4.2 Directiva 2000/78 conectada, lógicamente, con la doctrina que respecto a otras casusas de discriminación, ha ido generando a lo largo del tiempo este mismo Tribunal. Y todo ello, además, desde la primacía de la normativa comunitaria y las exigencias del art. 21 de la Carta de los derechos Fundamentales de la Unión Europea.

### 3.1. La doctrina del TEDH y el Convenio Europeo de Derechos Humanos

Pues bien, comenzando por la doctrina del TEDH, lo primero que seguramente llama la atención es la, al menos a mi juicio, significativa evolución que, a lo largo sobre todo de estos últimos años, ha tenido la doctrina del propio TEDH, tanto frente a la inicialmente elaborada por la hoy extinta Comisión Europea de Derechos Humanos, como, más tarde, frente a la que este mismo órgano elaboró a principios de este siglo, siguiendo básicamente a aquella<sup>8</sup>.

Desde esta perspectiva, nos limitaremos aquí a recordar cómo inicialmente, y hasta casi el final de la década pasada, la doctrina en este ámbito –principalmente de la ya extinta CEDH– fue claramente “contractualista”, al señalar que en casos como estos, de conflicto entre las obligaciones laborales y el ejercicio de los derechos fundamentales, por ejemplo, de libertad religiosa o de la intimidad del empleado, la libre aceptación por este de aquellas obligaciones, unida a la siempre posible dimisión, evitarían que pudiéramos hablar en estos casos de una violación de tales derechos individuales<sup>9</sup>.

De hecho, fue seguramente esta la lógica en la que aún debe encuadrarse el primer caso de interés para nuestra materia: el denominado asunto Rommelfanger<sup>10</sup> que abordaba, como se recordará, el despido de un médico alemán de un centro hospitalario perteneciente a una entidad caritativa religiosa motivado, primero por su apoyo a un manifiesto colectivo –posteriormente publicado en un periodo de tirada nacional–, en el que se disentía abiertamente sobre la percepción religiosa de la entidad empleadora en relación con la interrupción voluntaria del embarazo,

<sup>8</sup> Sobre esta doctrina nos remitimos a Calvo Gallego, Fj.; Feria Basilio, I., “Poderes empresariales y tareas de tendencia en la reciente doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, en AAVV, Constitución Española y Relaciones Laborales ante el actual escenario social y económico, Monografías de Temas Laborales, CARL, 2013, pp. 181 y ss. Más recientemente, puede consultarse igualmente el documentado trabajo de Aparicio Aldana, R.C. *Derechos a la libertad ideológica, religiosa y de conciencia en las relaciones laborales*, Aranzadi, avarra, 2017.

<sup>9</sup> Veáanse, por mencionar algunas, CEDH, Asunto Tuomo Kontinen v. Finland, de 3 de diciembre de 1996, n. 24949/94; asunto X v. The United Kingdom, de 12 de marzo de 1981, n. 8160/78; asunto Louise Stedman v. United Kingdom, de 9 de abril de 1997, n. 29107/95, en un caso en el que se alegó tanto la tutela de la libertad religiosa como el derecho a la intimidad y al respeto a la vida privada y familiar. Véase igualmente Kostecki contra «la ex República Yugoslava de Macedonia», de 13 de abril de 2006 núm. 55170/00, ap. 45, 13 de abril de 2006 “there is no right as such under Article 9 to have leave from work for particular religious holidays”.

<sup>10</sup> Decisión de la Comisión de 6 de septiembre de 1989, asunto Rommelfanger, n.º. 12242/86.

y, en segundo lugar, por la opiniones igualmente vertidas, tras su primer despido, en un espacio de la televisión alemana, reiterando esta misma opinión.

Pues bien, lo que nos interesa destacar aquí es que coherentemente con aquella doctrina tradicional, también en este caso la Comisión rechazó la existencia de violación del derecho de libertad de expresión amparándose en la ya comentada existencia de una obligación válidamente asumida por el trabajador<sup>11</sup>. No obstante, ya en esta resolución se apreciaban ciertos puntos de inflexión o al menos matización cómo, por ejemplo, que se resaltase la peculiar naturaleza del ente como justificación de la especial intensidad de esta obligación de lealtad<sup>12</sup>—con lo que parecía abrirse la vía a que en otros supuestos la misma no fuese aceptable—; o que, en segundo lugar, se exigiera comprobar la razonable relación entre las limitaciones de la libertad de expresión y la naturaleza del empleo, así como la importancia de esta cuestión para el empleador. Y todo ello, en tercer lugar, desde una premisa ciertamente innovadora, de acuerdo con la cual el simple contrato de trabajo no ampararía limitaciones “no razonables” de, en este caso, la libertad de expresión del empleado.

Sin embargo, deberemos esperar hasta 2009 para encontrar la primera decisión ciertamente llamativa en este ámbito: la Sentencia Lombardi Vallauri<sup>13</sup>. Y ello, no sólo por la singularidad del derecho objeto de análisis—avanzamos ya, el derecho a un proceso equitativo del art. 6 del Convenio en relación, eso sí, con la libertad de expresión del art. 10—, sino también por lo que suponía, si tan siquiera sea implícitamente, de cierta revisión—aunque limitada— de la otra gran decisión constitucional que marcó esta cuestión durante los años setenta y ochenta en la Europa occidental: la sentencia del Tribunal Constitucional italiano de 14 de diciembre de 1972 en el bien conocido caso Cordero.

También en este caso, el problema se centraba en la falta de aprobación (*gradimento*) del docente de una universidad católica por parte de la correspondiente congregación. Pero a diferencia de lo que ocurriera en aquel caso, aquí el Tribunal sí va a tutelar al trabajador al considerar que, más allá de los problemas sustantivos,

<sup>11</sup> En esta misma línea podría situarse otros casos más o menos conexos como CEDH, asunto Karlsson v. Sweden de 8 de septiembre de 1988, n. 12356/86 en el que la petición de acceso a un puesto de vicario fue rechazada por la Confesión al valorar la incompatibilidad de sus posiciones sobre la ordenación de mujeres. Es más, en un sentido similar, poco después, en un caso con el mismo substrato, la Comisión igualmente señalará que “the Commission recalls that it has previously held that, where the requirements of a church are in conflict with a clergyman’s beliefs, his freedom of thought, conscience and religion is maintained whilst he can leave his office” —véase CEDH, asunto Williamson v, United Kingdom, de 17 de mayo de 1995, n. 27008/95-.

<sup>12</sup> De hecho, ya bastante antes, la propia CEDH en un caso, nuevamente, de disputas entre ministros e Iglesias —Decisión de la CEDH de 8 de marzo de 1976 en el asunto X v. Dinamarca, n. 7374/76—, había señalado expresamente que “under Art . 9, the Church itself is protected in its right to manifest its religion, to organise and carry out worship, teaching practice and observance, and it is free to act out and enforce uniformity in these matters”.

<sup>13</sup> Sentencia de 20 de octubre de 2009 (definitiva el 20 de enero de 2010), asunto Lombardi Vallauri c. Italia, n. 39128/05.

una limitación como esta de la libertad de expresión, en relación con el derecho a un proceso equitativo, no podría justificarse mediante una simple declaración genérica, vaga e imprecisa como la efectuada en aquel caso, al impedir al afectado conocer en qué hechos u opiniones concretos y específicos se funda la Congregación para negarle la autorización.

En cualquier caso, aún más importante es la posterior STEDH de 23 de septiembre de 2010, asunto Schüth contra Alemania<sup>14</sup>. En ella, y como se recordará, se analizaba el despido de un organista y maestro del coro de una Iglesia Católica motivado por su futura paternidad, fruto de una relación extramatrimonial, dos años después de su separación. Pues bien, sin poder detenernos más en este tema, dada la impuesta brevedad de espacio, nos limitaremos aquí a recordar como el Tribunal mantendrá en este caso que los posibles deberes de lealtad aceptados contractualmente no pueden ser absolutos e ilimitados, y que, por tanto, la autonomía de la Iglesia no puede imponer un control judicial limitado, que no tenga en cuenta, entre otros factores específicos del ordenamiento alemán, la naturaleza del puesto en cuestión y un adecuado equilibrio entre los intereses en juego de acuerdo al principio de proporcionalidad. De ahí que, en este caso, sí se considerase violado el derecho fundamental del organista en cuestión.

Ahora bien, las limitaciones de esta tutela del trabajador van a ser rápidamente resaltadas por la posterior doctrina de este mismo Tribunal. De hecho, ya en la coetánea STEDH *Obst v. Alemania*, también de 23 de septiembre de 2010<sup>15</sup>, el Tribunal va a considerar que, por contra, no se habrían violado los derechos de un alto cargo de la Iglesia Mormona en Alemania –Director del Departamento de Relaciones Públicas en Europa–, por su despido extraordinario tras haber declarado la existencia de una infidelidad matrimonial. En este caso, y a diferencia del anterior, la importante posición y funciones desarrolladas por el despedido –que podrían conectarse incluso con la credibilidad del mensaje de la entidad– justificarían la singular intensidad de estos deberes de lealtad; del mismo modo que la importancia de esta cuestión para la propia confesión, la escasa antigüedad del empleo y la plena consciencia de la gravedad de la infracción llevaron al Tribunal a rechazar la alegada violación de los derechos fundamentales del trabajador. Y todo ello, obviamente, a pesar de la ausencia en este supuesto de una amplia cobertura mediática que fue clave, por ejemplo, en el anterior caso *Rommelfanger*.

En cualquier caso, unas conclusiones similares, utilizando parecidos elementos de valoración fueron las alcanzadas, nuevamente, en el siguiente caso: el asunto *Siebenhaar contra Alemania* de 3 de febrero de 2011, n. 18136/02. Se trataba ahora del despido extraordinario de una maestra en un jardín de infancia regentado por una parroquia protestante tras ser informada anónimamente la entidad de que dicha

<sup>14</sup> n. 1620/03. Sobre las posteriores vicisitudes de este mismo proceso y la indemnización final por daños morales puede consultarse la STEDH (quinta sección) de 28 de junio de 2012.

<sup>15</sup> n. 425/03.

profesora era miembro de otra comunidad religiosa en las que impartía cursos de iniciación. Esta última información era accesible para cualquiera al constar en la documentación de los mencionados cursos. En este supuesto, es cierto que la sentencia no destacó de forma tan reiterada como en *Obst* la naturaleza de las tareas desarrolladas por la demandante. Pero sí lo hizo implícitamente a lo largo de buena parte de su argumentación al resaltar el impacto que este cambio de creencias y la impartición de cursos en el mismo local del jardín de infancia de la Iglesia protestante pudiera tener sobre la credibilidad del mensaje de la Iglesia, y, por tanto, sobre el propio desarrollo del trabajo contratado. Si a ello se suman nuevamente otros factores –ya conocidos– como la edad/juventud, la escasa duración del contrato, el hecho de que en este caso no hubiera inobservancia sino abandono de la fe de la entidad y que estos datos fueran accesibles fácilmente por el público, tendremos, en definitiva, una ponderación de equilibrios que, al menos para el Tribunal, fueron suficientes para considerar superado este test, dentro, nuevamente, de la amplias posibilidades que se abren a los Estados miembros en una cuestión como esta en la que, como veremos, no se existe una unánime posición de todos ellos.

Finalmente, este breve repaso por la doctrina del TEDH debe abarcar lógicamente el conocido asunto *Fernández Martínez c. España* de STEDH (Gran Sala) de 12 de junio de 2014 n. 56030/07 que abordaba la no renovación como profesor de religión de un sacerdote secularizado, posteriormente casado, cuyo *placet* fue retirado tras hacerse público en un medio de comunicación social su pertenencia al movimiento pro celibato opcional. En dichas declaraciones se reclamaban “el celibato opcional, así como una Iglesia democrática y no teocrática”, además de exponer su desacuerdo con la posición de la Iglesia en relación con el aborto, el divorcio, la sexualidad o el control de la natalidad. Pues bien, también en este caso, y tras la reiteración de declaraciones similares a las ya señaladas anteriormente, el Tribunal comenzará su argumentación destacando un dato que, a su juicio, distinguiría este supuesto de los antes abordados: el hecho de que no nos encontremos ante un laico como en *Obst*, *Schüth* o *Siebenhaar*, sino ante un sacerdote secularizado. Ya hemos señalado como en general el Tribunal ha sido extraordinariamente reacio a tutelar los posibles derechos de los ministros frente a sus confesiones, al intensificarse en este ámbito el campo de necesaria limitación estatal derivado de la autonomía de la Iglesia<sup>16</sup> De ahí que el Tribunal acoja también en este caso esta misma perspectiva y que, además, retomando nuevamente el criterio de la trascendencia de la tarea realmente desarrollada, considere “no irrazonable” exigir una obligación de lealtad acrecentada al afectado, máxime cuando los destinatarios directos de la enseñanza son –de acuerdo con el Tribunal– menores vulnerables

<sup>16</sup> Véase, por todas, y recientemente STEDH de 23 de septiembre de 2008, caso *Athinin v. Finland*, n. 48907/99 y las Decisiones en los casos *Baudler, Reuter y Müller contra Alemania*, todas ellas de 6 de diciembre de 2011 n. 38254/04, 39775/04 y 12986/04 respectivamente. Anteriormente Decisión de 8 de marzo de 1976, asunto *X v. Dinamarca*, recurso 7374/76; Decisión de 8 de marzo de 1985 *Knudsen c. Noruega*, recurso 110/45/84.

e influenciables<sup>17</sup>. Si a ello se une la difusión mediante un medio de comunicación social de las declaraciones contrarias a la doctrina oficial de la Iglesia —otro de los criterios tradicionales desde Rommelfanger— se comprende cómo, a pesar de la opinión parcialmente disidente del Juez Saiz Arnaiz, el Tribunal acabe por reconocer la legitimidad de los deberes de lealtad acrecentados, destinados —al menos teóricamente— a “preservar la sensibilidad del público y de los padres de alumnos del Instituto”.

Y algo bastante similar acontecerá en la reciente STEDH de 4 de octubre de 2016<sup>18</sup> que considerará inexistente la violación del derecho a la intimidad de una profesora de religión cuyo contrato decae tras contraer nuevas nupcias sin haber disuelto su matrimonio canónico anterior, mediando además correos en los que esta ponía en entredicho o negaba su aceptación de diversos sacramentos y tras haber intentado los centros educativos realizar una adaptación de las asignaturas que debiera impartir la docente.

Por último, y dentro de esta progresiva línea que parece “retomar” la tutela de la “tendencia”, aunque eso sí, desde una perspectiva colectiva, debe seguramente destacarse la STEDH (Gran Sala) de 9 de julio de 2013 Asunto Sindicatul “Păstorul cel bun” v. Romania (Application no. 2330/09). En la misma, y en contra de la opinión inicial de la Sala, la Gran Sala considerará que la denegación de la inscripción registral pública de un sindicato que no había obtenido la previa autorización eclesiástica, exigida por la propia Iglesia en sus normas internas, no supondría una violación del art. 11 del Convenio. Y ello ya que, para el Tribunal, la actuación del sindicato sí podría suponer un riesgo plausible y sustancial del propio derecho de organización interna de la confesión; la medida adoptada no tenía otra finalidad distinta a la protección de la autonomía de la comunidad religiosa en cuestión; y, finalmente, la denegación registral no fue más allá de lo necesario para eliminar dicho riesgo.

### 3.2. El Tribunal de Justicia y la Directiva 2000/78

Frente a esta doctrina del TEDH, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia va a ser, al menos a mi juicio, bastante más incisiva y menos protectora de la tendencia, por dos razones fundamentales. La primera, su propia función de intérprete de una norma europea concreta, con primacía frente al Derecho interno de cada país, lo que le evita admitir los amplios márgenes que el TEDH debe reconocer a los distintos Estados Miembros, más aún en estos casos en los que no existe una posición uná-

<sup>17</sup> Esta misma valoración sirvió también para aceptar —en la Sentencia Dahlab c. Suiza de 15 de febrero de 2001, demanda 42393/98— la inexistencia de violación de la libertad religiosa de una profesora de una escuela infantil suiza a la que se le exigió que no portara un pañuelo sobre la cabeza

<sup>18</sup> Caso Travaš v. Croatia, demanda n. 75581/13 —final 30 de enero de 2017—.

nime. Y la segunda el hecho de que su óptica no está centrada ya en el equilibrio entre la libertad religiosa enfrentada de unos y otros, sino en la interpretación de una norma antidiscriminatoria, convertida en derecho fundamental (art. 21 CD-FUE), lo que va a llevar al Tribunal a adoptar en varias ocasiones una perspectiva comparativa o relacional con otras personas, típica de esta institución<sup>19</sup>. Finalmente, tampoco cabe olvidar que la tutela de la tendencia se articula además como una norma excepcional, una restricción a un derecho fundamental –la no discriminación– lo que va a conducir a una interpretación restrictiva de la misma, inspirada, seguramente, en la visión ciertamente limitada que de la misma se deducía no solo de algún considerando de la Directiva, sino también de su previa interpretación en relación con otras causas o factores de discriminación, esencialmente el género.

Sin poder detenernos aquí en un análisis pormenorizado de estas cuestiones, nos limitaremos a señalar como estas diferencias, a mi juicio notables, se aprecian ya en la Sentencia Egenberger<sup>20</sup>. Y es que si bien esta primera resolución asume ciertamente –siguiendo así la STEDH Fernández Martínez– que los Estados Miembros “deben, salvo en casos verdaderamente excepcionales, abstenerse de apreciar la legitimidad de la propia ética de la iglesia o de la organización de que se trate”, tampoco duda en señalar –afectando la opinión tradicionalmente asumida por los Tribunales alemanes– la necesidad de que sean los Tribunales nacionales, y no la propia confesión, los que analicen si materialmente se cumplen o no los criterios señalados en el artículo 4, apartado 2, de la Directiva.

Desde estas premisas, el Tribunal va a señalar, en primer lugar, que la referencia a un requisito profesional supedita le admisión de estas diferencias a la existencia objetivamente constatable de un vínculo directo entre este requisito y la actividad de que se trate. Tal vínculo podría derivarse o bien de la naturaleza de esta actividad –por ejemplo, cuando implicase participar en la determinación de la ética de la Iglesia u organización en cuestión o colaborar en su tarea de predicación–, o bien de las circunstancias en que deba desarrollarse dicha actividad –como, por ejemplo, la necesidad de garantizar una representación externa fidedigna de la Iglesia–. De ahí que cuando dicha conexión no exista –las denominadas tareas neutras– podríamos añadir nosotros que solo quepa exigir una genérica “una actitud de buena fe y de lealtad hacia la ética de la organización”.

<sup>19</sup> Buen ejemplo de las consecuencias de esta técnica son las diferencias entre las Sentencias en los asuntos C-157/15 Achbita, Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding / G4S Secure Solutions, STJ (Gran Sala) de 14 de marzo de 2017 (ECLI:EU:C:2017:203) y C-188/15 Bougnaoui y Association de défense des droits de l’homme (ADDH) / Micropole Univers. En uno existía un acuerdo previo de neutralidad religiosa en la apariencia, en el segundo no. Obsérvese, no obstante, las diferencias con la STEDH Eweida y otros. Por otra parte, este mismo sistema básicamente comparativo en la STJ (Gran Sala) de 22 de enero de 2019, C-193/17, Cresco Investigation GmbH y Markus Achatzi, en relación con el disfrute de un día más de descanso solo por los miembros de una determinada confesión religiosa.

<sup>20</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 17 de abril de 2018, (asunto C 414/16, ECLI:EU:C:2018:257).

Pero además, el Tribunal va a insistir en que este requisito profesional —entendido básicamente como la pertenencia a la religión o la adhesión a las convicciones— debe ser, en primer lugar, “esencial” o necesario, dada la importancia de la actividad profesional para la afirmación de la ética o de la autonomía de la Iglesia o entidad; debe ser, además, y en segundo lugar, legítimo, lo que impediría utilizarlo para promover un objetivo ajeno dicha ética; y, finalmente, y en tercer lugar, habría de ser justificado, lo que obligaría a demostrar, siempre según el Tribunal, y a la luz de las circunstancias del caso concreto, que el riesgo alegado de vulneración de su ética o de su derecho a la autonomía es probable y grave, de tal modo que el establecimiento de ese requisito resulte verdaderamente necesario. Y todo ello sin olvidar la necesidad de someterlo, siempre según el propio Tribunal —y a pesar de la ausencia de dicho requisito en el art. 4.2— al principio de proporcionalidad —que sí está contemplado en el punto 1 del mismo artículo— con todo lo que ello significa de analizar si el requisito es apropiado y no excede de lo necesario para alcanzar el objetivo perseguido.

Desde esta perspectiva, y pasando así al caso concreto abordado, se ha rechazado, por ejemplo, que la prestación de asesoramiento y asistencia médica en un hospital en la que se ostentaba la jefatura de medicina interna de dicho hospital obligase a esta adhesión, lo que impediría justificar esta discriminación por su comportamiento extralaboral, más aún cuando esta misma posición y actividad laboral la ocupaban personas que, a diferencia del afectado, no participaban de esta religión —técnica relacional<sup>21</sup>. Y todo ello, claro está, sin olvidar además la importancia de doctrina de este Tribunal en relación con otras cuestiones conexas —y sobre las que se volverá mínimamente al final de este trabajo— como los problemas planteados en relación con las empresas que optan por la neutralidad religiosa, impidiendo con ello el uso de símbolos externos de la misma<sup>22</sup>, o la seguramente importante resolución que el Tribunal deberá emitir sobre la controvertida relación de los profesores de religión en base a la decisión prejudicial planteada el 3 de abril de 2019 por el Tribunal de Nápoles<sup>23</sup>.

<sup>21</sup> STJ (Gran Sala) de 11 de septiembre de 2018, IR contra IQ (asunto C-68/17, ECLI:EU:C:2018:696)

<sup>22</sup> Véase la Petición de decisión prejudicial planteada por el Arbeitsgericht Hamburg (Alemania) el 20 de diciembre de 2018 — IX / WABE e. V (Asunto C-804/18)

<sup>23</sup> Petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunale di Napoli (Italia) el 3 de abril de 2019 — YT y otros / Ministero dell’Istruzione, dell’Università e della Ricerca; Ufficio Scolastico Regionale per la Campania (Asunto C-282/19) en el que, junto a otras cuestiones, se plantea al Tribunal si: “¿Constituye una discriminación por razón de religión, en el sentido del artículo 21 de la Carta de Niza y de la Directiva 2000/78/CE, 1 el diferente trato de que son objeto exclusivamente los profesores de religión católica, como es el caso de los demandantes, o bien el hecho de que la declaración de idoneidad concedida a tales trabajadores pueda ser revocada constituye una justificación adecuada para que únicamente los profesores de religión católica, como los demandantes, reciban un trato diferente al de los demás docentes, de modo que no se beneficien de ninguna de las medidas impeditivas contempladas en la cláusula 5 del Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada, celebrado el 18 de marzo



### 3.3. Algunas notas sobre la posición del Tribunal Constitucional español

En este contexto, y entrando ya en la jurisprudencia –especialmente la constitucional– española, es bien sabido como la misma tuvo que enfrentarse relativamente pronto a estas controversias al hilo de las cuestiones de constitucionalidad planteadas básicamente frente a las sucesivas normas que han ido regulando el derecho al establecimiento de centros educativos dotados de ideario.

Sin podernos detenernos aquí en un análisis pormenorizado de las mismas, podríamos utilizar con estos fines la posterior STC 106/1996, de 12 de junio<sup>24</sup> en la que, al hilo de otras cuestiones, se recordaba, por ejemplo, como si bien “nuestro ordenamiento carece de una legislación expresa” sobre este tipo de empresas, sin que, “por lo tanto... exista una delimitación a priori” de las mismas, pueden identificarse como tales, esto es, como posibles entes que establezcan un ideario a las “empresas, centros, asociaciones u organizaciones”<sup>25</sup> –con una diversidad que parece por tanto no excluir la existencia de un ánimo de lucro aún accesorio–, que –y esta es la clave– “puedan aparecer hacia el exterior como defensoras de una determinada opción ideológica”. De ahí, por ejemplo, que en el caso concreto abordado por la mencionada sentencia, un simple hospital no pudiera considerarse –a diferencia de lo que sí acontece, como hemos visto, en otros sistemas– como una empresa de tendencia<sup>25</sup>, por mucho que su finalidad sea caritativa o su titularidad de una orden religiosa. En estos casos, y sin perjuicio de lo establecido en el art. 6.1 de la LO de libertad religiosa, lo importante no sería el hecho de que las mismas fueran “creadas para la realización de los fines” de dicha entidad, sino si estas están destinadas o no a la difusión de un cierto credo o precepción ideológica o religiosa.

Pues bien, es desde esta perspectiva, desde la que, lejos de posiciones unilaterales o absolutas, nuestro Tribunal Constitucional ha ido buscado un cierto equilibrio, una “concordancia práctica” en el ejercicio de los derechos fundamentales enfrentados. Y así se sostuvo que –reiterando afirmaciones anteriores realizadas en relación con los docentes– cómo, si por un lado, “la libertad del Profesor no le faculta (...) para dirigir ataques abiertos o solapados contra este ideario” (STC 5/1981, fundamento jurídico 10<sup>o</sup>), tampoco el “derecho a establecer un idea-

de 1999, que figura en el anexo de la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, 2 relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada”.

<sup>24</sup> (BOE núm. 168, de 12 de julio de 1996, ECLI:ES:TC:1996:106).

<sup>25</sup> “No puede entenderse que lo sea también respecto a aquellos trabajadores que prestan sus servicios en una empresa que aun siendo instrumental o subordinada de aquella posee una finalidad y desarrolla una actividad social que es distinta. Pues lo relevante en un supuesto como el presente no es el propósito o la motivación subjetiva de la entidad titular –que ciertamente ha podido crear tal empresa al servicio de su ideario– sino el público reconocimiento de la función social que cumple el Centro donde se presta el trabajo, que en este caso es la hospitalaria. Lo que implica, en definitiva, que no puede extenderse de forma incondicionada al Centro sanitario el ideario propio de la entidad titular, aun admitiendo tanto el carácter religioso de la entidad titular del hospital como que dicho Centro se halla al servicio de una finalidad caritativa”.

rio educativo... es ilimitado” (STC 47/1985, fundamento jurídico 3º). Muy al contrario, y en función, como veremos, de las concretas tareas de cada empleado<sup>26</sup>, “la existencia de un ideario, conocida por el Profesor al incorporarse libremente al Centro o libremente aceptada cuando el Centro se dota de tal ideario después de esa incorporación, no le obliga... ni a convertirse en apologista del mismo, ni a transformar su enseñanza en propaganda o adoctrinamiento, ni a subordinar a ese ideario las exigencias que el rigor científico impone a su labor” (STC 5/1981, fundamento jurídico 10º). Si bien, y al mismo tiempo “una actividad docente hostil o contraria al ideario de un Centro docente privado” sí “puede ser causa legítima de despido del profesor al que se le impute tal conducta o tal hecho singular, con tal de que los hechos” sean constitutivos de “ataque abierto o solapado” al ideario del Centro resulten probados... “En cambio, la simple disconformidad de un profesor respecto al ideario del Centro no puede ser causa de despido si no se ha exteriorizado o puesto de manifiesto en alguna de las actividades educativas del Centro” (STC 47/1985, fundamento jurídico 3º).

Desde esta perspectiva, y tras reiterar los propios límites que pueden presentar en esta tendencia y que podrían facultar un cierto derecho de “resistencia” del trabajador –el rigor científico en el caso del docente, o los principios éticos de la comunicación, en el caso de los profesionales de la misma (art. 3 LO 2/1997)– el Tribunal parece apuntar, siempre desde la premisa del análisis del contenido –que obviamente debe ser lícito– de la prestación, a la posible existencia de limitaciones a los derechos del trabajador en los supuestos de incumplimientos del posible contenido ideológico de la prestación o, sobre todo, una actividad laboral hostil o contraria al ideario del centro.

No obstante, es importante destacar como poco después, este mismo Tribunal va a admitir que ciertos aspectos o actitudes externos al desarrollo de la prestación pueden llegar a tener importancia en una tarea, eso sí, tan singular como la de los profesores de religión en centros públicos. Respecto de estos últimos, la STC 38/2007 de 15 febrero<sup>27</sup> ya señaló que ha de corresponder a las confesiones la competencia para el juicio sobre la idoneidad... que no se limite a la estricta consideración de los conocimientos dogmáticos o de las aptitudes pedagógicas del personal docente, siendo también posible que se extienda a los extremos de la propia conducta en la medida en que el testimonio personal constituya para la

<sup>26</sup> Es relevante destacar que bajo esta doctrina subyace la premisa de que el respeto al ideario del Centro por parte de un profesor está en directa conexión con el tipo de función que éste cumple en el propio Centro, esto es, la docencia. De suerte que es el propio carácter de la prestación laboral que los docentes desarrollan en los Centros de educación –especialmente cuando ésta consiste en transmitir aspectos propiamente educativos o formativos de la enseñanza– el que impone la necesidad de compatibilizar su libertad docente con la libertad del Centro, del que forma parte el ideario.

<sup>27</sup> (BOE núm. 63, de 14 de marzo de 2007, ECLI:ES:TC:2007:38). Con posterioridad, las consideraciones de esta STC 38/2007 fueron seguidas por otras Sentencias que igualmente desestimaron diversas cuestiones de inconstitucionalidad de contenido similar (SSTC 80/2007 a 90/2007, todas ellas de 19 de abril).

comunidad religiosa un componente definitorio de su credo, hasta el punto de ser determinante de la aptitud o cualificación para la docencia, entendida en último término, sobre todo, como vía e instrumento para la transmisión de determinados valores. Una transmisión que encuentra en el ejemplo y el testimonio personales un instrumento que las Iglesias pueden legítimamente estimar irrenunciable”. De ahí que, en estos casos, lo exigido al trabajador no se limite a la “mera obligación de abstenerse de actuar en contra del ideario religioso”. Al ser “el objeto de la enseñanza religiosa... la transmisión no sólo de unos determinados conocimientos sino de la fe religiosa de quien la transmite, puede, con toda probabilidad, implicar un conjunto de exigencias que desbordan las limitaciones propias de una empresa de tendencia, comenzando por la implícita de que quien pretenda transmitir la fe religiosa profese él mismo dicha fe”.

Cuestión distinta es que por exigencias del principio de plenitud jurisdiccional, el TC va a permitir un control judicial no solo sobre los aspectos meramente formales o procedimentales –en especial, aquellos a los que se somete la autoridad administrativa en este singular proceso– o sobre la inexistencia de una finalidad diferente, no religiosa –como un comportamiento antisindical o contrario al derecho de huelga<sup>28</sup>– en la decisión de idoneidad eclesiástica, aspectos no tutelados por la autonomía de la Iglesia. Yendo un paso más allá –y, al menos a nuestro juicio, con el apoyo de la doctrina del TEDH antes mencionada–, nuestro Tribunal Constitucional va a considerar que este control sobre los efectos “civiles” también se extendería a la ponderación de los derechos en juego, con todos los problemas que, evidentemente, ello puede plantear.

Y es aquí donde vuelve a retomar una significativa importancia la postura del trabajador al haber hecho pública o no, y mediante que cauce, el factor que motivó la sobrevenida incapacidad en la decisión eclesiástica. Y ello ya que, mientras en la STC 128/2007, de 4 de junio<sup>29</sup> el recurrente en amparo había dado publicidad a su condición de cura casado y a su pertenencia al movimiento pro-celibato opcional con ocasión de la información publicada en un medio de comunicación social, en la STC 51/2011 de 14 de abril no consta esta publicidad sino todo lo contrario. De hecho, el mismo Tribunal insiste, hasta en dos ocasiones, en que tampoco constaba “en modo alguno que la demandante hubiere hecho exhibición pública de su condición de casada con una persona divorciada (constando, por el contrario, que la demandante manifestó al delegado diocesano su disposición de acomodar su situación conyugal a la ortodoxia católica, dado que su marido pretendía solicitar la nulidad de su anterior matrimonio)”.

<sup>28</sup> Siempre que se prueben aun indiciariamente. Véase en este sentido STC 140/2014, de 11 de septiembre (BOE núm. 243, de 07 de octubre de 2014, ECLI:ES:TC:2014:140) que tampoco considera que existan estos indicios en relación con el matrimonio de la docente con una persona divorciada. En la jurisprudencia ordinaria véase, por ejemplo, STS (Sala de lo Social, Sección 1ª), 2 febrero 2009 (RJ 2009\2178, ECLI: ES:TS:2009:1781) con cita de otras muchas.

<sup>29</sup> (BOE núm. 161, de 06 de julio de 2007, ECLI:ES:TC:2007:128)

#### 4. LA ARTICULACIÓN JURÍDICA DE LOS DEBERES DEL TRABAJADOR Y SU IMPACTO SOBRE LA EXTENSIÓN DEL PODER DE CONTROL

Desde estas premisas constitucionales, simplemente esquematizadas, parece razonable considerar que la fórmula más adecuada para intentar trasladar este equilibrio en la modulación de los derechos fundamentales de las partes a la dinámica del contrato se encuentra, seguramente, en insertar en el objeto de la prestación de trabajo, en la misma deuda de actividad que constituye el objeto de la obligación del empleado, el matiz ideológico exigido por el empleador<sup>30</sup>, pero, obviamente, solo en la medida y con la extensión en la que –como hemos delimitado anteriormente– sea constitucionalmente admisible.

A mi juicio, es este matiz o cualificación ideológico el que permite distinguir, en primer lugar, entre el trabajador de tendencia –entendido aquí en sentido amplio, como trabajador cuya deuda de actividad se compone o se cualifica por elementos de la ideología del empleador– y el trabajador neutro en sentido estricto en el que esta cualificación está absolutamente ausente por el carácter meramente técnico, de administración, informático o de limpieza (por poner solo algunos ejemplos) desarrollado en el seno de estas organizaciones.

Pero a mi juicio, igualmente importante es que esta misma inserción de la ideología en la prestación laboral es la que nos permite distinguir entre los distintos tipos de trabajadores de tendencia –asumiendo así un concepto, repetimos amplio que no es el utilizado en muchas ocasiones, sobre todo por nuestro Tribunal Constitución–, en función, claro está, de la intensidad y trascendencia que asume el contenido ideológico en la deuda de actividad. Y ello ya que no es, ni puede ser lo mismo a estos efectos, la labor de un profesor de matemáticas –tarea neutra–, que la de un profesor de ética –una tarea esencialmente neutra, pero en la que no podrán dirigirse ataques abiertos o solapados al ideario, y en la que en ciertos aspectos deberán impartirse principios que, en el marco constitucional, deben ser acordes o al menos no enfrentados con la orientación del centro–, que, finalmente, un profesor de religión en el que el propio contenido de la asignatura implica no ya solo la transmisión de unos meros conocimientos, sino también de unas creencias y actitudes vitales que deben ser “creíbles” por los terceros a los que esta prestación va dirigida.

En otras palabras, solo el análisis casuístico de esta intensidad del contenido ideológico de cada prestación permitirá distinguir a su vez la amplia gama de intensidades que estas obligaciones ideológicas asumirán en cada caso, enlazando

<sup>30</sup> Pioneras en esta posición fueron los extraordinarios trabajos de Fernández López. M.F. “Libertad ideológica y prestación de servicios” en *Relaciones Laborales*, 1985, Tomo I, n. 7 y M.G. Mattarolo, *Il rapporto di lavoro subordinato nelle organizzazioni di tendenza : profili generali*, cedam, Padiva, 1983.

así la experiencia y la doctrina española con las exigencias mínimas impuestas a nivel comunitario. Y ello ya que esta ubicación de los aspectos ideológicos permite por ejemplo en cada caso identificar los requisitos profesionales legítimos, esenciales, necesarios y justificados que podrían reclamarse en cada caso a un empleado. Es más, esta misma distinción permitiría, no solo conceptuar como simple incumplimiento contractual –y no entramos aquí en su calificación– el desarrollo de esa prestación contradiciendo o eludiendo el lícito matiz ideológico recogido en el contrato, sino que también permitiría ejercitar el correspondiente poder de control empresarial sobre tales actividades dentro, repetimos de los límites impuestos constitucionalmente.

Finalmente sería esta misma intensidad de la carga o del contenido ideológico de cada prestación la que determinaría, en su caso, los posibles aspectos de la actividad fuera del lugar y del tiempo de trabajo que podrían tener trascendencia a efectos laborales. Ya hemos visto como esta intensidad del matiz ideológico de la prestación era relevante para determinar la extensión del “deber de lealtad” que en estos aspectos, abordaba la doctrina del TEDH; del mismo modo que es esta intensidad de los factores ideológicos de la prestación la que en función también del contexto en el que se desarrollan, delimitarían aquellos actos del empleado que, aun desarrollados fuera del lugar y del tiempo de trabajo, pueden acabar incidiendo en esa característica ideológica personal que constituiría el requisito profesional esencial, legítimo y justificado derivado de la concreta deuda.

Pues bien, desde esta perspectiva, dos serían las posibles vías de articulación contractual de tales deberes externos al tiempo de trabajo. En primer lugar, el deber de buena fe como elemento de integración del contenido obligacional deducido del contrato, como fuente de deberes concretos de conducta que formarían el contenido obligacional implícito, y que podría abarcar, por ejemplo, la obligación de no atacar públicamente, especialmente con expresiones vejatorias o insultantes, a la propia confesión o credo que inspira la organización. Y la segunda, mediante las exigencias de la simple diligencia preparatoria y que obligaría al empleado, nuevamente dentro de los límites impuestos por la Constitución, a adecuar su actividad externa a la conservación de su aptitud “ideológica” para lograr así el adecuado cumplimiento del matiz ideológico que en cada caso requiera su prestación.

No obstante, y desde la perspectiva del poder de control del empleador es importante destacar que mientras las primeras obligaciones sí constituyen un contenido autónomo del programa obligacional deducido del contrato, al que, por tanto, puede válidamente extenderse el poder de control y, en su caso, disciplinario del empresario, en las segundas –diligencia meramente preparatoria– nos encontraríamos con obligaciones accesorias y meramente preparatorias de la prestación principal, y que, por tanto, solamente adquieren relevancia en la dinámica contractual en la medida en la que su incumplimiento provoque el incumplimiento o el incorrecto desarrollo de la obligación principal, sin que por tanto pueda lícitamente

sancionarse su incumplimiento cuando estos actos o esta inactividad no repercuta sobre el correcto cumplimiento de la obligación principal.

Serían por tanto estas variables las que habrían ser tenidas en cuenta a la hora de valorar la extensión del poder de control del empleador como paso previo a cualquier ejercicio del poder disciplinario. Y así, mientras en el primer caso –obligaciones derivadas de la buena fe–, el poder de control de la organización podría extenderse sin mayores dificultades al análisis o, desde la perspectiva de la protección de datos, al tratamiento –art. 6.1.a) Reglamento UE 2016/679 de 27 de abril de 2016– de estas posibles expresiones y críticas públicas, especialmente las realizadas a través de medios de comunicación social o estructuras similares –incluimos aquí, por ejemplo, los blogs públicos o incluso los comentarios de acceso general en ciertas redes sociales como twitter–, en el caso de la segunda vía, solo podrían valorarse si las mismas conducen a un incumplimiento de la obligación principal como consecuencia de la falta de aptitud “ideológica” que en su caso, reclamase el específico componente ideológico. De ahí que el poder de control no pudiera extenderse a aspectos de la vida privada del trabajador que, por ejemplo, por su aspecto íntimo o privado, no han tenido relevancia pública ni, por tanto, impacto en su capacidad profesional e ideológica para el desarrollo de cada concreta prestación.

Llevadas estas premisas al ámbito de las nuevas tecnologías de control, podríamos decir que el empresario no podría hacer uso de las mismas para, por ejemplo, dar relevancia laboral –primero mediante el ejercicio de su poder de control, y más tarde mediante su sanción disciplinaria– a comportamientos que, al no ser públicos, al no haber tenido trascendencia, por tanto, en la capacidad ideológica del empleado, escapan del ámbito laboral impidiendo, por tanto, no solo el ejercicio por parte del empresario de su poder de control, sino incluso su tratamiento para estos fines (arts. 5 y 6 RGPD). Desde esta perspectiva, por ejemplo, el empresario no podría utilizar medios tecnológicos –y, a mi juicio, ni cualesquiera otros– para inmiscuirse en la esfera privada e incluso íntima del trabajador por mucho que en la misma pudieran desarrollarse comportamientos, repetimos, no públicos, que pudieran entrar en contradicción con el ideario del empleador.

De este modo, el empleador no podría, por ejemplo, utilizar instrumentos de grabación o de geolocalización, ni incluso tratar con este fin los datos que con otra finalidad pudieran deducirse de estos mismos instrumentos (cámaras en zonas comunes en centros de trabajo o GPS en vehículos o en teléfonos de la empresa puestos a disposición de los empleados) para conocer aspectos que permanecen en la esfera más íntima del trabajador, y, por tanto, sin acceso público a los mismos, incluso cuando de ser públicos estos mismos actos sí pudieran incidir –por ejemplo la posible existencia y subsistencia de una relación extramatrimonial en el caso de un portador de tendencia de una entidad católica– en los requisitos profesionales que legítimamente pueden considerarse necesarios, esenciales y justificados de

acuerdo con su prestación. Estos aspectos debieran considerarse excluidos del ámbito de indagación del empleador al no tener por sí mismos relevancia mientras, por su carácter íntimo y absolutamente privados, no repercutan en el correcto cumplimiento de la prestación laboral cualificada ideológicamente.

En cambio, cuando estos datos sí hayan sido hechos públicos, sobre todo por el propio trabajador, mediante manifestaciones o declaraciones públicas, o incluso a través de medios de comunicación social, y estos hechos incidan e impidan el correcto desarrollo de la prestación –lo que, obviamente, debiera ser analizado en cada caso– parece razonable considerar que el poder de control sí podría extenderse a los mismos, dando lugar, en su caso, a posibles consecuencias sobre el plano contractual. De hecho, creemos que esto fue, por ejemplo, lo que aconteció en el caso Fernández Martínez –STC 128/2007 y STEDH 12 de junio de 2014, contraponiéndose al caso analizado en la STC 51/2011 en la que no constaba “en modo alguno que la demandante hubiere hecho exhibición pública de su condición de casada con una persona divorciada (constando, por el contrario, que la demandante manifestó al delegado diocesano su disposición de acomodar su situación conyugal a la ortodoxia católica, dado que su marido pretendía solicitar la nulidad de su anterior matrimonio)”.

Seguramente por todo ello, lo que sí se requiere en muchos de estos casos, y, especialmente, en aquellos supuestos de conductas privadas no compatibles con el ideario de su empresa, es un cierto deber de sigilo que les permita conservar su aptitud profesional y, por tanto, el correcto ejercicio de la prestación ideológicamente orientada. De ahí la conveniencia de una expresa cautela en la utilización de redes sociales, especialmente cuando en estas se utiliza la menor privacidad por defecto, convirtiéndose en microblogs cuyo contenido, además, difícilmente desaparece en el tiempo, sobre todo si frente a dicha publicación se produce la interacción de terceros.

## **5. EXCURSUS: VALORES EMPRESARIALES Y ESFERA PRIVADA DEL TRABAJADOR**

Ya por último no quisiéramos cerrar estas breves líneas sin antes señalar los problemas, que, relativamente cercanos, al menos en apariencia, están empezando a suscitarse en relación con la asunción por parte de cada vez más empresas de una serie de valores empresariales que, junto con su misión y visión, constituirían las bases de la cultura empresarial<sup>31</sup>.

<sup>31</sup> Sobre el tema, por todos, Ramírez F., Sánchez M., Quintero H., “El papel de los valores en la identidad corporativa” en *Negotium*, 2005, año 1, n. 1., p. 35 y ss. Igualmente de interés en relación con esta misma conexión Ranieri, M. *Identità, organizzazioni, rapporti di lavoro*, Wolters Kluwer, CEDAM, Milano, 2017.

Obviamente, estos valores pueden basarse, junto a otros motivos más personalistas, en la búsqueda de una determinada identidad y reputación empresarial. Pero lo que es indudable es que en cierta medida los mismos están destinados a ordenar no solo la toma de decisiones en los niveles más altos de las empresas, sino también a incidir en la gestión diaria de la misma, imbricándose, por tanto, también en la prestación laboral de sus empleados. Pues bien, mientras estos principios sean constitucionalmente admisibles, hayan sido correctamente comunicados a los empleados, no supongan una modulación de los derechos fundamentales de estos y puedan, por tanto, formar parte del poder de dirección empresarial, no parece que quepa plantear objeción alguna a estos efectos laborales. Por poner un ejemplo, nada cabría alegar, al menos a mi juicio, a que una empresa que se comprometa con los valores de sostenibilidad, informe e imponga a sus empleados una gestión que reduzca la huella ecológica y la generación de residuos sancionando incluso el posible incumplimiento de estas instrucciones.

Los problemas, en realidad, nacen cuando se pretende que estos mismos valores puedan suponer una cierta limitación de los derechos fundamentales de los empleados, ya sea en el ámbito privado, o incluso en determinados aspectos de la prestación laboral.

La primera hipótesis parece, si se nos permite, del todo punto inaceptable, al menos como regla general. Es cierto que las políticas de recursos humanos tienden cada vez más a sostener la conexión personal del trabajador con la empresa a través de un contrato psicológico. Y es cierto que determinados comportamientos de un trabajador, sobre todo si adquieren notoriedad a través de las redes sociales, pueden incluso suponer un cierto riesgo reputacional para la empresa, en la medida en la que reflejen comportamientos públicos opuestos a estos valores asumidos por la organización. Pero lo que es indudable es que este mecanismo no puede obligar a los trabajadores a asumir en su vida privada valores que, por muy loables que puedan parecerse, no han de compartirse necesariamente, a no ser que queramos, a través de esta vía, generar una extensión a mi juicio inaceptable del propio concepto de empresas de tendencia. Así, y en el caso anterior, si bien un trabajador podría ser sancionado por no cumplir los protocolos ecológicos impuestos por su organización en su actividad laboral, no podría serlo por mucho que en las redes se viralizase un vídeo del mismo tirando su frigorífico a un barranco. Y, obviamente, lo mismo cabe decir de una empresa que se declare favorable al soberanismo de una Comunidad, con trabajadores que se manifiestan públicamente en contra del mismo, o incluso, por muy aberrante que esto sea –e independientemente del desvalor moral que necesariamente conlleven estas declaraciones– cuando una trabajadora en un desafortunadísimo tweet personal, desea a una política que sufra una violación múltiples. Estas manifestaciones pueden resultar moralmente reprobables, pero por sí mismas no deben incidir en la esfera profesional del trabajador,



incluso si la empresa se ve sometidas a presiones o boicots para que ponga fin a la relación laboral<sup>32</sup>.

En cualquier caso, también puede resultar problemática la imposición de estos valores articulados en políticas o protocolos –como, por ejemplo, los de vestimenta– cuando pueden suponer obligaciones laborales que pudieran entrar en contradicción con el ejercicio de ciertos derechos fundamentales de los trabajadores. Es aquí, por ejemplo, donde debe situarse la conocida problemática de la vestimenta y del velo como hipotética limitación del derecho fundamental a la libertad religiosa de sus empleados cuando la empresa, por ejemplo, asume, por las razones que sean, una visión neutra de sus actividades e imagen<sup>33</sup>.

En este caso, al igual que en el caso de los establecimientos públicos en estados laicos –lo que podríamos denominar tareas o empresas de “no tendencia”<sup>34</sup>– la regulación interna empresarial no supondría, evidentemente, una discriminación directa de unas confesiones sobre otras ya que esta prohibición afectaría a todas las creencias por igual e incluso de agnósticos y ateos cuando estos intentaran portar prendas o emblemas típicos de estas creencias<sup>35</sup>. Ahora bien, el posible impacto desigual que esta norma pudiera plantear sobre las distintas religiones –ya que estas normas suponen en muchas ocasiones un sacrificio o modulación diferente en función de la creencia del sujeto–, unida a la inevitable modulación del derecho fundamental del individuo que estas suponen, obligaría, al menos a mi juicio, no solo a exigir una aplicación igual de este requisito para todas las confesiones –para evitar una discriminación directa– sino también a demandar la existencia de una finalidad legítima –la doctrina del TEDH en la conocida Sentencia Eweida y otros<sup>36</sup> apoyaría igualmente esta exigencia– así como una justificación de que los medios

<sup>32</sup> Véase, no obstante, y en sentido contrario la llamativa SJS de Palma de Mallorca (Comunidad Autónoma de las Islas Baleares) n. 74/2018, de 28 de febrero (Roj: SJSO 835/2018 - ECLI: ES:J-SO:2018:835) que declara procedente el despido por unas publicaciones cuanto menos escabrosas del trabajador –que se identificaba como empleado de Primark– y que se consideraron contrarias a las reglas sobre uso de redes sociales establecidas por la empresa y comunicadas al empleado. Un análisis de la misma en Serrano García J.M., “El derecho a la libertad de expresión del trabajador a través de las nuevas tecnologías y el derecho a la reputación de la empresa”, en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 2019, n. 2017.

<sup>33</sup> Sobre estos temas, con referencia a la doctrina de los tribunales españoles y europeos González Ortega, S. “Libertad religiosa y contrato de trabajo en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de derechos humanos”, en *Temas Laborales*, 2018, n. 145; Aparicio Aldana, R.C. *Derechos a la libertad ideológica...*, cit., p. 177 y ss.

<sup>34</sup> Véanse las interesantes observaciones de Enériz Olaechea, F., J., “A propósito de la carta de la laicidad en la escuela francesa: laicidad y aconfesionalidad en la escuela pública. El modelo ideológico francés y el modelo ideológico español”, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, 2013, n. 7 (BIB 2013/2162). En relación con esta misma posibilidad en centros públicos véase la ya tradicional STEDH de 15 de febrero de 2001, Dahlab /Suiza, n.º 42393/98, y su continuación en las SSEDH de 24 de enero de 2006, Kurtulmuş v. Turkey, n. 65500/01 y de 26 de noviembre de 2015, Ebrahimian v. France, n. 64846/11.

<sup>35</sup> Véase, con acierto, C-157/15, aps. 30 a 32.

<sup>36</sup> De 15 de enero de 2013, final 27 de mayo de 2013, (Demandas núm. 48420/10, 59842/10, 51671/10 y 36516/10). Desde una perspectiva más amplia, sobre la admisibilidad de una normativa que prohibía el uso en lugares públicos de “full-face veil” SSEDH de 11 de julio de 2017, final

utilizados han sido adecuados y necesarios –evitando así una discriminación indirecta– y que, por tanto, también en estos casos, y en función de la justificación empresarial dada, se habría intentado previamente una adaptación a funciones o puestos en los que esta exigencia pudiera flexibilizarse, por ejemplo, mediante el traslado a tareas en la que no estuvieran en contacto con los clientes, sin que ello supusiera una carga desproporcionada para el empresario.

11/12/2017, asunto Dakir v. Belgica, demanda n. 4619/12 y asunto Belcacemi et Oussar c. Bélgica, demanda n. 37798/13.



# EL CONTROL EMPRESARIAL DE LA ACTIVIDAD DE LOS REPRESENTANTES DE LOS TRABAJADORES

MIGUEL ÁNGEL ALMENDROS GONZÁLEZ

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

**EXTRACTO**      **Palabras Clave:** control empresarial, crédito horario, acción sindical, libertad de expresión, nuevas tecnologías

El control empresarial de la actividad de los representantes de los trabajadores se limita básicamente (1) a la utilización, por parte de éstos y con fines representativos y sindicales, de los medios de *información y comunicación* de los que dispone la empresa; y (2) al efectivo empleo del *crédito horario* con el que cuentan los representantes de los trabajadores (y que tiene carácter retribuido) para fines exclusivamente representativos y sindicales. De esta forma, respecto de estos dos aspectos de las actividades de los representantes de los trabajadores, sobre los que inciden sobremanera los cambios tecnológicos (en particular, en relación con los recursos de información y comunicación en la empresa) y organizativos en los que se enmarca este estudio monográfico de las facultades de control empresarial, se analizan cuáles son en cada caso los límites y garantías que permiten conciliar los intereses empresariales con los derechos de representación colectiva de los trabajadores y el derecho fundamental de libertad sindical.

**ABSTRACT**      **Key Words:** business control, time credit, union action, freedom of expression, new technologies

The business control of the activity of workers' representatives is essentially limited (1) to the use by workers and for representative and trade union purposes of the means of information and communication available to the undertaking; and (2) the effective use of the hourly credit available to workers' representatives (and which is paid) for exclusively representative and trade union purposes. Thus, with regard to these two aspects of the activities of workers' representatives, on which technological changes (in particular in relation to information and communication resources in the company) and in which this monographic study of the faculties of business control is framed, it analyses what limits and guarantees are in each case that allow to reconcile the business interests with the rights of collective representation of the workers and the fundamental right of freedom of association.

**ÍNDICE**

1. PLANTEAMIENTO DEL TEMA
2. EL CONTROL EMPRESARIAL DE LAS COMUNICACIONES DE LOS REPRESENTANTES DE LOS TRABAJADORES. LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y DERECHO DE INFORMACIÓN SINDICAL: SUS LÍMITES
  - 2.1. Los derechos de información y comunicación de los representantes de los trabajadores en la empresa
  - 2.2. La obligación empresarial de facilitar los medios de comunicación de la empresa con fines representativos
    - 2.2.1. Medios de comunicación tradicionales y telemáticos: especial referencia a la STC 281/2005
    - 2.2.2. Regulación convencional de la obligación de facilitar los recursos comunicativos de la empresa con fines representativos
  - 2.3. Control empresarial y límites a los derechos de información y comunicación de los representantes de los trabajadores
    - 2.3.1. Protocolos y requisitos de utilización de los canales comunicativos de la empresa con fines representativos
    - 2.3.2. El control empresarial de los comunicados de los representantes de los trabajadores: control del “uso” y control del “contenido”
      - a) Control empresarial del “uso” de los medios de información y comunicación por razones técnicas, productivas o económicas
      - b) Control empresarial del “contenido” de la información sindical y prohibición de censura empresarial previa
      - c) El derecho a la igualdad de trato y no discriminación en la utilización de los medios de comunicación de la empresa con fines representativos
3. EL CONTROL EMPRESARIAL DEL CRÉDITO HORARIO DE LOS REPRESENTANTES DE LOS TRABAJADORES
  - 3.1. El crédito horario como presupuesto de la actividad representativa y como ausencia justificada del trabajo
  - 3.2. El carácter multiforme de las actividades representativas y sindicales y la presunción de legitimidad en la utilización del crédito horario
  - 3.3. El control de la utilización abusiva y del uso indebido del crédito horario
    - 3.3.1. Control empresarial y facultad disciplinaria
      - a) El control empresarial del uso del crédito horario: la prohibición de vigilancia singular
      - b) Facultades disciplinarias del empresario frente al uso indebido del crédito horario
    - 3.3.2. Control por los propios trabajadores y por los órganos representativos de los trabajadores

## 1. PLANTEAMIENTO DEL TEMA

Las facultades empresariales de vigilancia y control, que se insertan dentro del poder de dirección del empleador y que encuentran su fundamento en una relación contractual, la relación individual de trabajo, se pueden ejercer también sobre las actividades de los representantes de los trabajadores. Desde esa doble condición, contractual y representativa, el desempeño por parte del “trabajador-representante” de sus funciones representativas en el seno de la empresa, en el marco de una relación laboral, se legitima la posibilidad de un control empresarial de tales actividades, en todo caso sujeto a unos límites y al respeto de los derechos colectivos de los trabajadores, del mismo derecho de representación y del derecho fundamental de libertad sindical.

De entre las garantías que el artículo 68 TRET reconoce para el ejercicio de sus funciones representativas y la acción sindical tanto a los representantes unitarios como a los representantes sindicales de los trabajadores en la empresa<sup>1</sup>, hay dos sobre las que especialmente puede incidir el control empresarial: la libertad de expresión (derecho de información y comunicación) y el derecho a un “crédito horario” para el desempeño de sus funciones representativas.

## 2. EL CONTROL EMPRESARIAL DE LAS COMUNICACIONES DE LOS REPRESENTANTES DE LOS TRABAJADORES. LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y DERECHO DE INFORMACIÓN SINDICAL: SUS LÍMITES

La inserción del ejercicio de la libertad de expresión en el ámbito de la empresa conlleva ciertas limitaciones, pues dicho derecho debe coexistir con otros intereses jurídicamente protegidos. De este modo, los representantes de los trabajadores, como consecuencia misma de la organización productiva en la que están insertos, penetran legítimamente en la esfera privada del empresario, y tienen acceso a información empresarial. Así, “dicho ámbito de privacidad, junto a la imagen de la empresa y a su viabilidad en el mercado, son elementos dignos de tutela jurídica que justificarían la imposición de límites a su divulgación”<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Aunque, en sentido estricto, los derechos de representación colectiva de los trabajadores atribuida a los denominados *representantes unitarios* (Comités de empresa y Delegados de personal) tienen una protección jurídica (y, obviamente, constitucional) diferente a la actividad de las *representaciones sindicales en la empresa* (Secciones sindicales y Delegados sindicales), en virtud de la consideración de la acción sindical como contenido esencial del derecho fundamental de libertad sindical, advertimos que en más de una ocasión nos vamos a referir de forma genérica, y en sentido impropio o traslativo, a *las actividades representativas como actividades sindicales*. Y es que, dada la generalizada “sindicalización” de los órganos de representación unitaria (que lleva incluso a denominar como “elecciones sindicales” lo que en sentido propio no son más que elecciones a Comités de empresa o Delegados de personal), las actividades de la representación unitaria y de la representación sindical en la empresa están íntima y estrechamente vinculadas.

<sup>2</sup> Sempere Navarro, A. V. y Pérez Campos, A. I.: *Las garantías de los representantes de los trabajadores*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2004, página 134.

## 2.1. Los derechos de información y comunicación de los representantes de los trabajadores en la empresa

El derecho de los representantes de los trabajadores a expresar con libertad “sus opiniones en las materias concernientes a la esfera de su representación, pudiendo publicar y distribuir sin perturbar el normal desenvolvimiento del trabajo, las publicaciones de interés laboral o social, comunicándolo a la empresa” (artículo 68.d TRET) se conecta con el derecho de los delegados de personal y del comité de empresa a disponer en la empresa, siempre que sus características lo permitan “de un local adecuado en el que puedan desarrollar sus actividades y comunicarse con los trabajadores” y de disponer con ese misma finalidad informativa y comunicativa de “uno o varios tablones de anuncios” (artículo 81 TRET); con el derecho de los trabajadores afiliados a un sindicato a distribuir información sindical “fuera de las horas de trabajo y sin perturbar la actividad normal de la empresa” y “recibir la información que le remita su sindicato” (artículo 8.1.b y c LOLS); y con el derecho de las secciones sindicales de los sindicatos más representativos y de los que tengan representación en los órganos de representación unitaria (1) a un tablón de anuncios que deberá situarse en el centro de trabajo y en el lugar donde se garantice un adecuado acceso al mismo de los trabajadores “con la finalidad de facilitar la difusión de aquellos avisos que puedan interesar a los afiliados al sindicato y a los trabajadores en general” (artículo 8.2.a LOLS), y (2) a un local adecuado en el que puedan desarrollar sus actividades en empresas o centros de trabajo con más de 250 trabajadores.

Con la irrupción de las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación, los sistemas telemáticos, internet, intranet, las redes sociales corporativas, los blogs, los foros, los correos electrónicos, whatsapp, etcétera, queda en evidencia la obsolescencia de tales previsiones legales relacionadas con la libertad de expresión sindical<sup>3</sup>. Aunque las previsiones legales solo reconocen el derecho de los representantes de los trabajadores (unitarios y sindicales) a disponer de un local adecuado y tablones de anuncios, una interpretación teleológica y evolutiva avalaría también el reconocimiento de los nuevos recursos telemáticos como instrumentos idóneos para el ejercicio del derecho de información y comunicación sindical.

<sup>3</sup> Respecto a las ventajas que ofrecen estos medios telemáticos y redes sociales para transmitir información y comunicaciones sindicales de forma inmediata y masiva, *vid.* Navarro Nieto, F.: “El ejercicio de la actividad sindical a través de las tecnologías de la información y de las comunicaciones”, *Temas Laborales*, núm. 138, 2017, páginas 51 a 55, que no solo considera desfasado el marco jurídico regulador, sino en contradicción con la finalidad promocional de la acción sindical.

## 2.2. La obligación empresarial de facilitar los medios de comunicación de la empresa con fines representativos

### 2.2.1. Medios de comunicación tradicionales y telemáticos: especial referencia a la STC 281/2005

Es cierto que en sentido estricto el empleador solo estaría obligado legalmente a facilitar un local y un tablón de anuncios<sup>4</sup>, pero la finalidad y el objetivo que subyace en dicha regulación es el facilitar la acción sindical y la mayor eficacia en la difusión de la información y de las comunicaciones, por lo que el empleador, siempre que cuente ya con un sistema telemático y de comunicación para su actividad empresarial y cuando las características de la empresa o de la actividad lo permita, debería facilitar también los medios y recursos mejor adaptados al nivel de desarrollo actual de las tecnologías de la información y de la comunicación.

Las dudas interpretativas que pudieran suscitar la ausencia de ese reconocimiento legal (o convencional) *expreso* de la obligación empresarial de facilitar los nuevos medios tecnológicos para la difusión de información y comunicados de los representantes de los trabajadores (y en particular, de los representantes sindicales) con sus representados han sido resueltas por el Tribunal Constitucional a través de la STC 281/2005, de 7 de noviembre, que declara que la negativa de la empresa a permitir la utilización con fines representativos de la misma herramienta de correo electrónico que ya tiene instaurada y en funcionamiento, vulnera el derecho fundamental a la libertad sindical. En síntesis, se argumenta lo siguiente<sup>5</sup>:

1. Distinción entre *contenido esencial* y *contenido adicional de la libertad sindical*. Con carácter general, el derecho fundamental de libertad sindical comprende el derecho de los sindicatos a desarrollar las actividades que se dirigen a la defensa, protección y promoción de los intereses de los trabajadores, y a desplegar los medios de acción necesarios para cumplir con las funciones que constitucionalmente les corresponden mediante el desarrollo de sus actividades sindicales en la empresa o fuera de ella. Pero

<sup>4</sup> Y en este sentido, la jurisprudencia se había mostrado contraria a extender, por analogía, la obligación legal del empresario de poner a disposición de los representantes de los trabajadores un local para actividades representativas y un tablón de anuncios para difundir informaciones también a poner a su disposición los medios telemáticos con fines representativos. Como ejemplo, la STS de 26 de noviembre de 2001 (ROJ STS 9213/2001) argumenta que “no hay norma jurídica alguna” que conceda al sindicato el derecho a utilizar los medios informáticos de la empresa “para realizar la comunicación con sus afiliados y con las Secciones sindicales”. La utilización de dicho sistema informático de la empresa “podrá ser objeto de negociación colectiva o acuerdo de cualquier tipo, pero, mientras no se obtenga, la utilización deberá ser expresamente consentida”. El artículo 8 LOLS “consagra el derecho de los afiliados a recibir la información que les remita su sindicato, mas no establece que sea la empresa la que deba facilitar los medios materiales para llevarla a cabo”.

<sup>5</sup> Dicha doctrina del Tribunal Constitucional es recogida de forma clara y sintética por la STS de 21 de febrero de 2019 (ROJ 790/2019).



junto a ese núcleo mínimo e indisponible del derecho de libertad sindical (contenido esencial), los sindicatos pueden ostentar además otros derechos adicionales que les atribuyan las normas legales o convencionales (contenido adicional)<sup>6</sup>.

2. *El derecho de información sindical como contenido esencial de la libertad sindical.* El derecho a informar a los trabajadores, sean o no afiliados, forma parte del contenido esencial del derecho fundamental de libertad sindical garantizado constitucionalmente, porque la transmisión de noticias y el flujo de información es fundamento de la participación y se configura como un elemento esencial para su efectividad. Por tanto, la información y comunicación de los representantes de los trabajadores con sus representados constituye una manifestación fundamental de la función representativa y de la acción sindical, y por consiguiente, forma parte del *contenido esencial de la libertad sindical*<sup>7</sup>.
3. *No hay obligación legal que expresamente exija al empleador disponer de herramientas informáticas para fines representativos y sindicales,* creándolas *ex novo* y específicamente para ello. Aunque los instrumentos necesarios para el ejercicio de derecho de información sindical se recogen en el artículo 8 LOLS, esta recepción legal expresa de instrumentos comunicativos (tales como un local o un tablón de anuncios) no supone que sean las únicas fórmulas que pueden utilizar los sindicatos para comunicarse con los trabajadores, al contrario, constituye un legítimo ejercicio de la libertad sindical la utilización de otros mecanismos de comunicación fuera de las horas de trabajo que no perturben la actividad normal de la empresa<sup>8</sup>. Para ello el legislador ha impuesto ciertas obligaciones al empresario para que colabore en facilitar los medios necesarios que permitan la difusión de la información sindical. Pero entre las cargas asumidas por la empresa “no puede incluirse la obligación de crear una herramienta de comunicación electrónica para facilitar esa actividad sindical”<sup>9</sup>. Si el legislador no lo ha dispuesto expresamente, no cabe considerar que forme parte del derecho de libertad sindical

<sup>6</sup> Como la imposición de obligaciones y cargas concretas a la empresa para facilitar y promover la acción sindical (*vid.* STC 173/1992, de 29 de octubre).

<sup>7</sup> *Vid.* STC 94/1995, de 19 de junio. En cambio, el que para dicha comunicación sindical se utilicen los recursos tradicionales o las nuevas tecnologías de las que dispone la empresa, formaría parte de su contenido esencial.

<sup>8</sup> En esta misma línea, la citada STC 94/1995, de 19 de junio, insistió en que el hecho de que existan unas concreciones legislativas de los medios e instrumentos con los que se ejercitan los derechos de información de los sindicatos “en modo alguno autoriza a concluir que sólo a través de ellos pueden comunicarse con los trabajadores; por el contrario, siempre que la fórmula elegida para transmitir información se desarrolle fuera de las horas de trabajo y no perturbe la actividad normal de la empresa”.

<sup>9</sup> Aclara el Tribunal Constitucional que aunque ese derecho “podría encontrar fundamento en el art. 8.1 c) LOLS, que no adjetiva el medio a través del cual aquellos afiliados podrán recibir en la

el de exigir a la empresa el establecimiento de un determinado sistema telemático con esa finalidad. No pudiéndose aplicar analógicamente a estos efectos las previsiones sobre los tablones de anuncios del art. 8 LOLS, a modo del derecho a una especie de tablón de anuncios digital, porque no hay norma legal que imponga la creación de otros canales o sistemas de comunicación e información diferentes a los previstos legalmente.

4. Pero dicho lo anterior, el Tribunal Constitucional concluye reconociendo el *derecho del sindicato a utilizar con fines representativos y sindicales un sistema telemático preexistente en la empresa y creado con fines productivos*<sup>10</sup>. De este modo, “no se trata de que la empresa tenga que asumir el gravamen de asegurar y disponer para uso sindical de ese medio de comunicación, sino de determinar si la falta de obligación empresarial en orden a facilitar tal infraestructura informática implica, a su vez, la facultad del empleador de impedir un uso sindical útil para la función representativa en la empresa una vez que el sistema está creado y en funcionamiento”. Por tanto, este planteamiento se inscribiría directamente en el ámbito del contenido esencial del derecho de libertad sindical, en la medida en que vulneran ese derecho los actos negativos, arbitrarios e injustificados tendentes a limitarlo<sup>11</sup>. En suma, sobre el empresario pesa el deber de mantener

empresa la información de su sindicato”, sin embargo “la hipótesis de la configuración de la considerada como una obligación o carga empresarial de puesta a disposición de un medio de comunicación concreto (el sistema de correo electrónico) habría de pasar por una mayor concreción legislativa, que no podría calificarse sino como contenido adicional del derecho fundamental, en tanto que, si el derecho a recibir información es contenido esencial de la libertad sindical, el establecimiento de una carga singular que obligue al empresario a asegurar un determinado sistema telemático que lo permita no forma parte del mismo. Ni de la norma se desprende inequívocamente esa obligación de la empresa, ni una interpretación de ese estilo puede fundarse en que la garantía de la comunicación depende de ello, toda vez que el ejercicio eficaz del derecho continúa siendo reconocible aunque los sindicatos no tengan acceso a todos y cada uno de los medios de transmisión que pueden favorecer el flujo de la información que remitan a sus afiliados”. Por tanto, “no cabe entender, consecuentemente, que exista una obligación legal de facilitar la transmisión de información sindical a los trabajadores, afiliados o no, a través de un sistema de correo electrónico con cargo al empleador”.

<sup>10</sup> No obstante, esta STC 281/2005, de 7 de noviembre, cuenta con un Voto Particular que considera artificiosa la distinción que se establece entre “la inexistencia de una obligación empresarial de dotarse de una infraestructura informática para uso sindical” y el “potencial derecho de un sindicato a utilizar el sistema preexistente en la empresa”, en cuanto se utiliza realmente como base para diferenciar entre la inserción de la primera obligación, negada, en el contenido adicional del derecho fundamental, y por el contrario insertar el aludido derecho potencial del sindicato en el contenido esencial del derecho, sobre la base de calificar la actuación empresarial impeditiva del uso sindical del sistema informático de su propiedad como “actos meramente negativos tendentes a obstaculizar el contenido esencial (aquí informativo) de la libertad sindical”. De este modo, en este Voto Particular no se considera adecuado que el uso sindical de una determinada herramienta tecnológica de comunicación de propiedad de la empresa “pueda insertarse nada menos que en el contenido esencial de la libertad sindical, sino que en todo caso su única calificación posible será la de contenido adicional de esa libertad, precisada para la existencia de una determinada base normativa o convencional”.

<sup>11</sup> De este modo, la STC 281/2005, de 7 de noviembre, tras recordar que “las organizaciones sindicales tienen derecho a que el empresario asuma las obligaciones y cargas que las normas legales o pactadas o sus previos actos le impongan para promocionar la eficacia del derecho de libertad sindical en

al sindicato en el goce pacífico de los instrumentos aptos para su acción sindical siempre que tales medios existan, su utilización no perjudique la finalidad para la que fueron creados por la empresa y se respeten determinados límites y reglas de uso (cuyo cumplimiento deberá examinarse en cada caso). En tales condiciones no puede negarse la puesta a disposición, ni puede unilateralmente privarse a los sindicatos de su empleo.

Con independencia de tales interpretaciones más o menos extensivas de la obligación de poner a disposición de los representantes de los trabajadores recursos informáticos y de comunicación alternativos, los medios de difusión tradicionales (y en particular, el tablón de anuncios) se seguirán usando, pero es un hecho que, allí donde los hay, la información de los representantes de los trabajadores y los comunicados sindicales se difunden y transmiten de forma generalizada a través de esos recursos telemáticos, lo que ha provocado cierta conflictividad<sup>12</sup>.

En resumen, la jurisprudencia ha fijado los siguientes criterios para la utilización de los sistemas telemáticos de la empresa con fines sindicales, y en concreto para tener derecho a disponer de una cuenta corporativa de correo electrónico para la difusión de información sindical<sup>13</sup>: 1) solo existe obligación empresarial si lo exige un precepto legal o convencional; 2) si no existe dicha previsión normativa no es exigible a la empresa la creación *ex novo* o el desarrollo de una aplicación informática específica, pero si la empresa ya cuenta con medios telemáticos adecuados y su uso sindical no supone costes económicos y de gestión adicionales, estaría obligada a facilitar su utilización por los representantes de los trabajadores; y 3) por tratarse de una herramienta configurada para la producción, la empresa podría condicionar el uso sindical de sus recursos telemáticos si ello conllevara una perturbación de la actividad de la misma y de los objetivos de intercambio de información para los que fueron creados, asumiendo en tal caso la empresa la carga probatoria.

En este mismo sentido, la reciente STS de 21 de febrero de 2019 (ROJ 790/2019), partiendo de la doctrina sentada por la STC 281/2005, reitera lo sigui-

la empresa (contenido adicional) aunque, conforme a lo dicho, al mismo tiempo, no pueden demandar actos positivos de esa naturaleza promocional si no existe una fuente generadora de tal obligación"; advierte que "no puede confundirse la ausencia de una obligación promocional que grave al empresario fuera de aquellos ámbitos con la posibilidad de que éste adopte decisiones de carácter meramente negativo, disuasorias o impeditivas del desarrollo del derecho, dirigidas únicamente a entorpecer su efectividad".

<sup>12</sup> La SAN de 27 de mayo de 2014 (ROJ SAN 2224/2014) pone de relieve cómo "la introducción en las empresas de medios de comunicación electrónicos en paralelo a los tradicionales o en sustitución de los mismos ha derivado en frecuentes litigios sobre los derechos de los trabajadores en tales nuevos contextos de organización".

<sup>13</sup> Sintetizando los criterios que, tras el análisis de la jurisprudencia constitucional y de la jurisprudencia ordinaria, destaca Navarro Nieto, F.: "El ejercicio de la actividad sindical a través de las tecnologías de la información y de las comunicaciones", *op. cit.*, páginas 59 y 60.

ente: 1) que no hay ninguna previsión legal que imponga a la empresa la obligación de crear herramientas de comunicación electrónica para facilitar la transmisión de información por parte de los representantes de los trabajadores, de manera que, si esa obligación no se desprende tampoco de lo pactado convencionalmente, la negativa a su instauración no vulnera el derecho a la libertad sindical<sup>14</sup>; y 2) que por el contrario, incurre en conducta antisindical que infringe el derecho de libertad sindical, la injustificada negativa de la empresa a permitir la utilización del sistema de correo electrónico ya preexistente que pudiere haber desarrollado para el uso empresarial, cuando queda acreditado que no se perturba con ello el normal funcionamiento de su actividad, y no supone la imposición de mayores cargas, gravámenes, o incremento de costes. Y es que lo que en definitiva proscribió el Tribunal Constitucional es la conducta injustificada de la empresa que niega a los sindicatos la posibilidad de utilizar las herramientas de correo electrónico que ya tiene instauradas, cuando no hay razones de carácter productivo o económico que pudieren justificar esa decisión.

### 2.2.2. *Regulación convencional de la obligación de facilitar los recursos comunicativos de la empresa con fines representativos*

Como ya hemos señalado, no hay previsiones legales que reconozcan expresa y claramente la obligación de poner a disposición de los representantes de los trabajadores los medios telemáticos de la empresa (ni unitarios ni sindicales). Pero si que hay significativas *manifestaciones en la negociación colectiva* que, siguiendo la doctrina jurisprudencial, configuran como un auténtico derecho, y correlativamente, como una obligación empresarial, el facilitar a los representantes de los trabajadores los medios telemáticos con los que ya cuenta la empresa para la difusión de información y comunicados. Sirva como ejemplo paradigmático el artículo 62 (Comunicaciones sindicales) del Convenio Colectivo del Sector de la Banca (BOE de 15 de junio de 2016), cuando reconoce que “las empresas, siempre que dispongan de intranet como herramienta usual de trabajo y de información a sus trabajadores, pondrán a disposición de las representaciones sindicales con presencia en los Comités de Empresa, de un sitio particular, habilitado para cada Sindicato, en el que puedan difundir las comunicaciones que periódicamente dirijan

<sup>14</sup> En esta misma línea interpretativa, la STS de 17 de mayo de 2012 (ROJ STS 4297/2012) negaba el derecho a disponer de medios informáticos con fines sindicales porque lo que en realidad se estaba pretendiendo era que el empleador facilitara cuentas de correo a los trabajadores e implantase un sistema de comunicación electrónica inexistente hasta la fecha, concluyendo que “no estamos, pues, ante la valoración de si el uso del sistema de comunicación puede ser aprovechado para la información sindical, sino frente a la pretensión de que se instaure un cauce informático ex novo, sin apoyo en mandato convencional alguno”, pues el convenio colectivo aplicable (en este caso Convenio estatal de Contact Center) se limita en su artículo 78 a la regulación clásica del tablón de anuncios en cada centro de trabajo.

a sus afiliados y trabajadores en general, dentro de su ámbito de representación”<sup>15</sup>; e igualmente, para facilitar la comunicación, las empresas “proporcionarán una cuenta específica de correo corporativo” a cada una de las secciones sindicales legalmente constituidas, de los sindicatos que ostenten la condición de más representativos en el ámbito sectorial, si así lo solicitan. En cualquier caso, concluye dicho precepto convencional, “en correspondencia con esta facilidad, en el ámbito de la empresa, se suprimirán los tablones de anuncios, excepto en aquellos centros de trabajo en donde no se tenga acceso a la intranet. Las secciones sindicales, en la medida en que utilicen estos sistemas, deberán reducir en consonancia el volumen de comunicaciones remitidas por los medios tradicionales (fotocopias, notas en soporte papel, teléfono, etc.)”.

En algunos casos, ambos sistemas de difusión de información sindical o de mensajes y comunicados de los representantes de los trabajadores, los tradicionales locales y tablones de anuncios y los actuales sistemas informáticos de comunicación, conviven en la regulación convencional. Así, el artículo 47 (Locales y comunicación sindical) del Convenio colectivo de Airbus Defence and Space, Airbus Operations, Airbus Helicopters España y EADS Casa Espacio (BOE de 4 de abril de 2017) exige la puesta a disposición de los representantes de los trabajadores de un local y un tablón de anuncios<sup>16</sup> y además, “la empresa facilitará y regulará los medios informáticos precisos para realizar su labor”.

Aunque la libertad de expresión y los derechos de información y comunicación inherentes a la función representativa se reconocen tanto a la representación unitaria como a la representación sindical de los trabajadores, en la negociación colectiva se aprecia una tendencia a facilitar en mayor medida la utilización de los sistemas telemáticos con fines representativos a las secciones sindicales. Así, el artículo 63 (Ejercicio de los derechos de representación) del Convenio colectivo de Repsol Comercial de Productos Petrolíferos (BOE de 23 de noviembre de 2018) reconoce a la representación del personal, tanto al comité de empresa como a las secciones sindicales, el derecho a un local adecuado y el derecho a un tablón de anuncios para difundir información y comunicados, pero únicamente reconoce a la representación sindical “los medios informáticos precisos para realizar su labor, es decir, un ordenador con impresora de red con acceso a correo electrónico a través

<sup>15</sup> Precisando que “estas zonas particulares serán recursos independientes de gestión documental, de acceso público de la plantilla y, exclusivamente, de consulta para el personal, con posibilidad de aviso de novedad dentro del propio portal sindical. El mantenimiento de las publicaciones será responsabilidad de los administradores que cada Sindicato designe al efecto y de acceso restringido a tal fin”.

<sup>16</sup> En concreto, dispone que “en cada centro de trabajo se habilitará un local, donde pueda reunirse el Comité de Empresa, de acuerdo con las posibilidades de cada Centro. En este local habrá material y mobiliario de oficina, y podrán utilizar la fotocopidora del centro de trabajo”. Igualmente “se autorizan los tablones de anuncios que deberán tener un cristal y llave, y siempre una persona responsable del contenido de lo que se exponga”. Esta persona que tendrá la llave de dichos tablones “puede ser quien ocupe la secretaría del Comité. De todo lo que se vaya a publicar se le dará, previamente, una copia a la Dirección del centro”.

de la red corporativa, un buzón propio, acceso libre a Intranet y a las páginas Web de Internet incluidas en listado prefijado<sup>17</sup>.

### **2.3. Control empresarial y límites a los derechos de información y comunicación de los representantes de los trabajadores**

#### *2.3.1. Protocolos y requisitos de utilización de los canales comunicativos de la empresa con fines representativos*

La utilización de los recursos informáticos de la empresa con fines sindicales y de representación de los trabajadores está sujeta a una serie de restricciones y límites para no perjudicar la actividad de la empresa ni conllevar un coste económico desproporcionado<sup>18</sup>.

Las empresas que en mayor medida utilizan sistemas tecnológicos de la información y de las comunicaciones son las que normalmente cuentan con criterios y reglas de uso específicos, en su mayor parte negociados con la representación de los trabajadores. De esta forma surgen *Protocolos* o *Manuales de utilización* de los sistemas telemáticos de las empresas con fines sindicales. Como ejemplo, el “Acuerdo sobre el uso de los medios tecnológicos corporativos de Unicaja” de 3 de abril de 2007 (que ha sido posteriormente revisado y actualizado), suscrito por la empresa y la representación de los trabajadores, regula la utilización de las herramientas y medios técnicos de la empresa puestos a disposición de los representantes de los trabajadores para la transmisión o difusión de información sindical, y en concreto, el acceso a Internet, Intranet y el uso del correo electrónico. Igualmente, el Grupo Airbus, fruto de una negociación previa, publicó un manual denominado “Uso aceptable de los sistemas de información del Grupo Airbus” que contenía reglas específicas sobre uso del correo electrónico para fines sindicales: 1) los empleados podrán utilizar el correo electrónico para comunicarse con su sindicato y en general con sus representantes en el seno de la empresa; 2) los sindicatos y comités de empresa disponen de una página web en la Intranet que les permite publicar sus comunicados tanto a sus miembros como al resto de trabajadores (podrán utilizar el correo electrónico para comunicar la existencia de nuevos comunicados, mientras que el contenido de los mismos se difundirá publicándolos en dicha página web, la

<sup>17</sup> No obstante se recuerda que “la utilización indebida de estos medios, el envío masivo de correos de forma injustificada así como la cesión del uso de las direcciones a otras organizaciones no autorizadas, la divulgación de contenidos impropios o difamatorios para la empresa o las personas y la propagación intencionada de virus o *correo basura*, determinarán la pérdida de esta facilidad, y en su caso, la aplicación del régimen disciplinario”.

<sup>18</sup> Dejamos a un lado la regulación del uso del correo electrónico y los medios informáticos por parte de los propios trabajadores, para uso estrictamente laboral, para realizar su prestación de servicios, un uso individual de los recursos telemáticos de la empresa.

cual deberá respetar los principios éticos y normas de uso establecidas en general para todos los empleados); 3) la empresa establecerá límites y reglas de uso del correo electrónico para asegurar que los sistemas no se vean perjudicados en su funcionamiento; y 4) cada Sección Sindical deberá designar una persona responsable de dicha sección sindical, que será igualmente la responsable del contenido de lo que se difunda mediante email y página web sindical provistos por la empresa (en caso de no recibir comunicación al efecto, la empresa se reserva el derecho de inhabilitar la cuenta de correo de la sección sindical y bloqueo de la página web sindical hasta que la Sección Sindical subsane tal defecto).

De este modo, y como también hemos tenido ocasión de comprobar en el punto anterior, la negociación colectiva es un instrumento adecuado para fijar las condiciones de utilización de los recursos telemáticos de la empresa con fines representativos o sindicales. Sirva nuevamente como ejemplos el ya citado artículo 62 (Comunicaciones sindicales) del Convenio Colectivo del Sector de la Banca (BOE de 15 de junio de 2016) cuando dispone que en el ámbito de cada empresa “se determinará por acuerdo entre ésta y la representación sindical, los términos y condiciones de los envíos relativos a los correos que tengan por destinatarios la totalidad de la plantilla o un colectivo de trabajadores”; o con mayor extensión y detalle, el artículo 168 (Utilización del correo electrónico e Internet) del Convenio Colectivo de empresas vinculadas a Telefónica de España, Telefónica Móviles España y Telefónica de Informática y Comunicaciones (BOE de 21 de enero de 2016)<sup>19</sup>, empresa que ya contaba con un Protocolo específico denominado “Utilización del correo electrónico por la representación unitaria de los trabajadores y por los Sindicatos”<sup>20</sup>

<sup>19</sup> Aunque es cierto que dicho precepto se centra en regular el uso y utilización del correo electrónico e internet por los empleados y no específicamente por los representantes de los trabajadores, las reglas y limitaciones que imponen condicionan también la función representativa, por cuanto están incluidos mensajes y comunicados de los trabajadores con sus representantes unitarios y sindicales. Así, expresamente se reconoce que “los empleados podrán utilizar el correo electrónico, la dirección e-mail, la Red Corporativa e Internet con libertad y en el sentido más amplio posible, para el desempeño de las actividades de su puesto de trabajo, y en su relación con las Organizaciones Sindicales y el Comité Intercenros”. En cualquier caso establece las siguientes reglas de utilización: 1) siempre que precisen realizar un uso de estos medios que exceda el habitual, envíos masivos o de especial complejidad, utilizarán los cauces adecuados, de acuerdo con su jefe inmediato, para no causar daños en el desarrollo normal de las comunicaciones y en el funcionamiento de la Red Corporativa; 2) con carácter general, los empleados, no podrán utilizar el correo electrónico, la Red Corporativa, ni Internet para fines particulares; 3) como usos terminantemente prohibidos, se determina que bajo ningún concepto podrán los empleados falsificar mensajes de correo electrónico, enviar mensajes por correo o imágenes de material ofensivo, inapropiado o con contenidos discriminatorios por razones de género, edad, sexo, discapacidad, etc., aquellos que promuevan el acoso sexual o moral o inciten a la violencia; y 4) también se prohíbe utilizar estos medios en perjuicio de la empresa, para realizar envíos masivos de mensajes, enviar mensajes con anexos de gran tamaño (capacidad), ni realizar cualquier tipo de envío sin relación alguna con el desempeño profesional, que interfiriera las comunicaciones del resto de empleados o perturbe el normal funcionamiento de la Red Corporativa.

<sup>20</sup> Establecido en virtud de la Cláusula 12.2 del Convenio Colectivo de Telefónica de España (BOE de 2 de julio de 2001), cláusula sobre la que ha habido interesantes pronunciamientos jurisprudenciales, y en el que se reconoce a tales representaciones: 1) un tablón sindical virtual (existe en la empresa un portal al que se accede por la intranet, denominado *e.domus*, o portal del empleado; y uno de sus

No obstante lo dicho, y sin perjuicio de la negociación de criterios específicos de utilización, corresponde también a la empresa controlar y en su caso limitar el uso abusivo o impropio de sus sistemas telemáticos con el objetivo de garantizar el funcionamiento de la empresa y de los propios sistemas informáticos, la productividad y la proporcionalidad de costes y sacrificios.

### 2.3.2. *El control empresarial de los comunicados de los representantes de los trabajadores: control del “uso” y control del “contenido”*

El control empresarial de los comunicados sindicales, y en particular de los llevados a cabo a través de sistemas telemáticos, como correo electrónico o intranet, debe justificarse por razones técnicas o meramente formales, pues de lo contrario se trataría de una injerencia empresarial que vulneraría los derechos de información y comunicación de los representantes de los trabajadores. En este sentido, dicho control está legitimado en cuanto al uso de los recursos informativos y de comunicación de la empresa, pero se deben tomar especiales cautelas y garantías respecto al control del contenido de los mensajes y comunicados sindicales. Por tanto, se debe distinguir entre el control empresarial del “uso” de los medios de información y comunicación (*formal*) y el control de los “contenidos” (*de fondo*).

#### a) Control empresarial del “uso” de los medios de información y comunicación por razones técnicas, productivas o económicas

La referida STC 281/2005, de 7 de noviembre, aludía a determinadas razones o causas justificativas de la limitación que pueda realizar el empleador respecto del uso de los recursos empresariales de información y comunicación con fines representativos. Así, como recuerda la SAN de 27 de mayo de 2014 (ROJ SAN 2224/2014), en el juicio de ponderación de los intereses en juego, y por tanto para apreciar si ha existido o no una “obstaculización” de las funciones representativas

canales, el “tablón sindical”, está a disposición de los sindicatos que tengan representación en el Comité Intercentros; desde él se puede acceder directamente a las páginas web de dichos sindicatos, donde publican y difunden las comunicaciones e informaciones que consideren; y también los empleados pueden acceder al mismo desde los ordenadores que tienen en su puesto de trabajo); y 2) la posibilidad de realizar comunicaciones masivas para los temas de “especial consideración” (Negociación Colectiva, elecciones sindicales y otros eventos singulares) por medio del servicio Infobuzón y que todos los empleados reciban esta comunicación. En cualquier caso, se precisa que “al objeto de no causar daños en el desarrollo normal de las comunicaciones y en el funcionamiento de la red corporativa y servicios, no se podrá realizar el envío de comunicaciones masivas desde internet a las direcciones de correo internet asignadas por la empresa a sus trabajadores, quedando de esta forma recogidos los cauces necesarios que favorecen la comunicación y acción sindical y, a su vez, deben disminuir los comunicados por medios tradicionales (fotocopias, fax, etc.), en la misma proporción que tenga difusión dicho servicio”.



del sindicato “sin provecho alguno”, se ha de tener en cuenta: a) si la comunicación sindical a través de tales medios de la empresa puede “perturbar la actividad normal” de la misma; b) si el uso sindical de los medios de comunicación de propiedad de la empresa es compatible con el “objetivo empresarial que dio lugar a su puesta en funcionamiento, prevaleciendo esta última función en caso de conflicto”; y c) si, “no teniendo fundamento el derecho en una carga empresarial expresamente prescrita en el ordenamiento”, el uso sindical de tales medios genera “gravámenes adicionales para el empleador, significativamente la asunción de mayores costes”.

Por tanto, y siguiendo dicha línea interpretativa, entendemos que el control empresarial del uso y utilización de los recursos informativos y comunicativos de la empresa, y su eventual limitación o restricción para fines representativos y sindicales ha de estar justificada por razones técnicas, productivas y económicas que pudieran causar un perjuicio a la empresa.

En primer lugar, el control empresarial de la utilización de los sistemas telemáticos de la empresa por los representantes de los trabajadores se justifica por *razones técnicas*. El sistema telemático de la empresa no puede verse colapsado, bloqueado o ralentizado por su uso representativo y sindical. De esta forma, como ya hemos señalado, tanto en la negociación colectiva<sup>21</sup> como en los acuerdos específicos sobre regulación del uso de los sistemas informáticos de la empresa con fines representativos encontramos previsiones generales sobre el uso correcto de los medios telemáticos para difundir información sindical. Así, el ya citado “Acuerdo sobre el uso de los medios tecnológicos corporativos de Unicaja”, tras recordar que la gestión de los medios técnicos corresponde a la empresa, fijando ésta los criterios y prioridades necesarios para garantizar el normal funcionamiento de la red corporativa, regula el uso del correo electrónico por las secciones sindicales con presencia en los órganos de representación unitaria, exigiéndoles un “uso adecuado”, en atención al interés empresarial en prevenir colapsos o saturaciones de la red, y fijando unos requisitos técnicos exigibles<sup>22</sup>.

En segundo lugar, la empresa puede alegar *razones productivas*, probando la existencia de un perjuicio para el funcionamiento de la empresa por la utilización

<sup>21</sup> Por ejemplo, el citado artículo 62 del Convenio Colectivo del Sector de la Banca (BOE de 15 de junio de 2016) recuerda que “las comunicaciones, así como los correos electrónicos, deberán tener contenido estrictamente laboral y relacionado directamente con el ejercicio de las funciones de representación legal de la plantilla, sin que pueda utilizarse a otros fines, y *estará sujeto a los mismos controles técnicos* y, en su caso, de salvaguardia legales, fijados por la Ley de Protección de Datos de Carácter Personal, al igual que toda la información que se difunde a través de estos nuevos medios técnicos en las Empresas”.

<sup>22</sup> Así, entre otras muchas reglas y limitaciones, respecto de las comunicaciones masivas (entendiendo por tales aquellas que se envíen a más de 50 usuarios o con un tamaño en su creación de más de 1000 kb), se exige que se publicarán en cada una de las Webs de las secciones sindicales, y la comunicación a los empleados se realizará mediante un correo electrónico que tenga como texto el enlace a dicha publicación dentro de las Webs sindicales, por lo que dichos correos solo tendrán texto (no imágenes ni anexos) y respetarán un máximo de 1000 caracteres. Se establece un número máximo de correos electrónicos masivos a la totalidad de la plantilla (un solo correo por cada día hábil). Y se concreta un horario para la utilización de los medios y el envío de los mensajes.

irregular de los sistemas puestos a disposición de los representantes de los trabajadores para difundir información y comunicarse, prevaleciendo de este modo el interés empresarial al interés sindical. En este sentido, la STS de 21 de febrero de 2019 (ROJ 790/2019), tras recordar que la información y comunicación sindical no podrá perturbar la actividad normal de la empresa, advierte “que no cabe admitir ese efecto por el solo hecho de que la recepción de mensajes en la dirección informática del trabajador tenga lugar en horario de trabajo”. Igualmente reconoce que al ser un medio de comunicación electrónico que ha sido creado como herramienta de la producción, no deberá perjudicarse el uso empresarial preordenado para el mismo, ni puede pretenderse que prevalezca el interés del uso sindical, por lo que deberá de utilizarse de manera que permita armonizarlo con el objetivo empresarial que dio lugar a su puesta en funcionamiento. Y en caso de conflicto “deberá prevalecer siempre el interés de la empresa, que está facultada para pre-determinar las condiciones de su utilización para fines sindicales, siempre que no las excluya en términos absolutos”.

Y por último, la empresa también puede alegar *razones económicas*, motivadas por el excesivo coste que puede suponer el mantenimiento de las plataformas y sistemas telemáticos para fines sindicales. De este modo, y puesto que no cabe imponer a la empresa una carga que no se encuentre expresamente prevista en el ordenamiento jurídico, la utilización de ese instrumento empresarial no podrá ocasionar gravámenes adicionales para el empleador, significativamente, la asunción de mayores costes (*vid.* la misma STS de 21 de febrero de 2019, ROJ 790/2019).

La jurisprudencia ha refrendado este control que el empleador puede ejercer sobre el uso de los medios y recursos empresariales con fines representativos y sindicales, limitando o negando su utilización cuando existan causas técnicas, productivas o económicas que lo justifiquen. De esta forma nos encontramos con que han sido varios los pronunciamientos judiciales que han negado (o, en cambio, han reconocido) el derecho de los representantes de los trabajadores a disponer de una cuenta corporativa de correo electrónico, en función de que pudiese o no considerarse un gravamen excesivo para la empresa no previsto en la normativa convencional y que suponga la asunción de costes económicos y de gestión que el empleador no está obligado a afrontar.

De esta manera, la STS de 22 de junio de 2011 (ROJ STS 5684/2011) niega el derecho a utilizar los medios informáticos de la empresa con fines representativos porque no está garantizado “el uso sindical de los medios de comunicación de la empresa sin perturbación de la actividad de la misma y de los objetivos de intercambio de información para los que fueron creados”. Y consta, además, que “en las circunstancias del caso, la puesta a disposición de tales medios para los sindicatos comporta costes adicionales significativos para la empresa”. En el mismo sentido, la STS de 3 de mayo de 2011 (ROJ STS 3070/2011) admite “que se demostró la existencia de problemas en el funcionamiento de la empresa (colapso del sistema

informático), sin que se hubiere prohibido en realidad el uso del procedimiento, sino que se ha establecido una limitación que no es desproporcionada ni un medio de impedir el uso del derecho sindical”. Siguen esta misma línea la STS de 13 de septiembre de 2016 (ROJ STS 4198/2016), que entiende que las concretas instrucciones empresariales sobre el uso de los medios informáticos no violan el derecho de libertad sindical ni el derecho a la intimidad; y la STS de 24 de marzo de 2015 (ROJ STS 2109/2015), que no considera lesivo del derecho de libertad sindical el que el sistema informático cuente con un filtro que bloquea el acceso de las cuentas que realicen envíos masivos con incumplimiento de las normas de funcionamiento del sistema.

En cambio, la STS de 23 de julio de 2008 (ROJ STS 5119/2008) estima la pretensión de la sección sindical demandante porque la empresa no había probado la imposibilidad de atender a ese derecho por los cambios que estaba efectuando en el sistema informático, ni el perjuicio económico que pudiese suponerle el traslado a otro soporte informático, sobre lo que “ninguna actividad probatoria se ha llevado a cabo, o al menos con resultados, tendente a demostrar que, de existir esas transformaciones, efectivamente imposibilitaban lo reclamado”, mientras que por el contrario, estaba permitiendo esa utilización del correo electrónico a otros sindicatos.

En cualquier caso, y en relación con esto último, aunque el empleador puede por razones justificadas limitar el uso y utilización de los medios telemáticos empresariales con fines representativos y sindicales, *la carga probatoria corresponde a la empresa*. En este sentido, la STS de 14 de julio de 2016 (ROJ STS 4000/2016) manifiesta que corresponde a la empresa “la carga de probar las dificultades, disfunciones, interferencias y costes económicos que pueda suponerle el permitir a las secciones sindicales utilizar el correo electrónico como mecanismo de comunicación e información con los trabajadores, de tal manera que de acreditarse esos perjuicios no le sería exigible cumplir con tal obligación, a lo que no puede en cambio negarse cuando no haya constancia de los problemas que pudiese suscitarle la utilización con esa finalidad de la aplicación de correo electrónico ya instaurado, sin que pueda exigirse la creación o desarrollo de una aplicación informática con esta finalidad, sino tan solo, la pacífica y compatible utilización de la ya preexistente”.

b) Control empresarial del “contenido” de la información sindical y prohibición de censura empresarial previa

En principio, el control empresarial de los mensajes y comunicados sindicales se circunscriben a los *requisitos de utilización o uso* de los medios y canales de comunicación de los que dispone la empresa. Pero, con carácter ciertamente restrictivo

y para salvaguardar otros derechos (derechos al honor, a la intimidad, a la integridad moral, a la no discriminación, etc.) y otros intereses en juego, se admite también un control mínimo *sobre el contenido de dicha información*. Aquí colisiona el ejercicio del control empresarial de sus recursos comunicativos para fines representativos con el derecho de secreto de las comunicaciones sindicales, derecho que, como decíamos, también debe ser ponderado con respecto a otros derechos e intereses.

Tanto la negociación colectiva como los acuerdos específicos sobre utilización de los medios telemáticos de la empresa con fines sindicales suelen establecer unas exigencias mínimas respecto de los contenidos, prohibiendo expresamente algunos. Por ejemplo, el anteriormente citado “Acuerdo sobre el uso de los medios tecnológicos corporativos de Unicaja” excluye expresamente: 1) los contenidos ilegales (racismo, xenofobia, terrorismo, etc.); 2) los contenidos ofensivos (atentados contra el honor o dignidad) o difamatorios, relativos a circunstancias personales relacionadas con el credo, ideología, afiliación política o sindical, o que promuevan acoso moral o sexual; y 3) los programas que alteren el sistema informático de la empresa.

En este sentido, la STS de 28 de marzo de 2003 (ROJ STS 2162/2003), y ante la previsión particular de control empresarial de las “comunicaciones masivas sindicales” (que según el convenio colectivo aplicable deben reservarse exclusivamente para temas de “especial consideración” o “eventos singulares”), considera que “en modo alguno se ha quebrantado por la empresa demandada el secreto de las comunicaciones” al que, como derecho fundamental, se refiere el artículo 18.3 de la Constitución. Para llegar a tal conclusión, argumenta que si el “modus operandi” convenido exige que el sindicato se dirija a una determinada instancia empresarial (en este caso, la Dirección General de Recursos de la empresa) y que las reglas de utilización del Infobuzón lo reserven para temas de “especial consideración” o “eventos singulares”, “es natural que la empleadora pueda llevar a cabo un control mínimo de las materias así transmitidas, en orden a conseguir su normal funcionamiento y evitar una acumulación exagerada, por la inclusión en este capítulo de excesivas informaciones de importancia menor y propias de la simple acción sindical”. Por consiguiente, considera que será algo razonable que la empresa “pueda constatar de qué envíos se trata”.

Sin embargo dicha interpretación jurisprudencial ha de situarse en un contexto *necesariamente restrictivo* por resultar afectado el derecho fundamental a la libertad sindical. Un *control previo generalizado* del contenido de los mensajes y comunicados sindicales constituiría *una forma de censura* y una injustificada injerencia empresarial en la libertad de expresión de los representantes de los trabajadores y en sus derechos de información y comunicación con sus representados. De este modo, aunque pueda haber un control sobre el contenido de los mensajes, la empresa, *si no hay causa justificativa que prevalezca*, no se puede negar a la publicación o difusión de los comunicados sindicales.

En este sentido, la más reciente STS de 26 de abril de 2016 (ROJ STS 2034/2016) matiza la anterior interpretación jurisprudencial. En este caso, la sentencia considera inaceptable el control empresarial previo del contenido de los comunicados sindicales para acordar, o no, su publicación. La actuación de la empresa bloqueando, censurando y negándose a publicar tales comunicados supone una vulneración del derecho de libertad sindical, y por tanto no considera como admisible la práctica de las empresas de condicionar la publicación de los comunicados sindicales en la herramienta informática establecida a tales efectos, al control previo de su contenido, respecto de su adecuación a la legalidad vigente, a si son o no veraces o a si exceden de los límites informativos. La resistencia empresarial a la difusión sindical de información solo puede fundarse en razones productivas o financieras (como recuerda la SAN de 10 de octubre de 2014, ROJ SAN 3817/2014).

- c) El derecho a la igualdad de trato y no discriminación en la utilización de los medios de comunicación de la empresa con fines representativos

Por último, y partiendo del presupuesto de que el derecho a la utilización de los medios telemáticos con fines empresariales se circunscribe obviamente a la representación unitaria y a las representaciones sindicales con implantación en la empresa, en virtud del derecho de libertad sindical y del principio de igualdad de trato, las limitaciones que se puedan imponer en el uso de los sistemas telemáticos de la empresa, a los que ya nos hemos referido, no puede conllevar un trato discriminatorio de unas representaciones sindicales respecto de otras, pues en base a tales causas justificativas (técnicas, productivas y económicas) no pueden establecerse limitaciones solo para unos sindicatos y facilitar el uso a otros. En este sentido, la STS de 21 de febrero de 2019 (ROJ 790/2019), entiende que no hay la menor justificación de las razones por las que la empresa no permite a un sindicato la utilización del sistema de correo electrónico, en los mismos términos que admite por el contrario en favor de los demás sindicatos que actúan en la empresa. Además, respecto de la utilización de tales medios telemáticos por una nueva representación sindical “no consta que debiere de hacer la más mínima modificación en sus sistemas informáticos; ni que esta circunstancia pueda suponer un perjuicio o distorsión en la actividad empresarial; comporte otros gravámenes adicionales, o suponga un incremento de costes”. De esta manera, la negativa empresarial respecto de este sindicato es discriminatoria, pues no se ha probado que “la utilización del correo electrónico por la demandante pudiese suponerle un incremento de costes, o incidir negativamente de alguna forma en su proceso productivo, generar distorsiones o problemáticas que pudiesen suponerle la asunción de mayores cargas en la gestión empresarial”, sino que, bien al contrario, se ha limitado simplemente a

“cuestionar el nivel de representatividad que el sindicato ostenta, y a no reconocerle ese derecho porque se trata de una organización sindical de nueva creación que no se presentó a las últimas elecciones sindicales”.

### **3. EL CONTROL EMPRESARIAL DEL CRÉDITO HORARIO DE LOS REPRESENTANTES DE LOS TRABAJADORES**

Las posibilidades de control empresarial sobre el uso que los representantes de los trabajadores hacen del crédito horario, reconocido legalmente como garantía para que éstos puedan desempeñar adecuadamente sus funciones representativas y sindicales, así como la posible sanción que pudiera derivarse de la constatación de un uso indebido y desviado de ese crédito horario para fines distintos, particulares, no de carácter representativo, ha sido ampliamente tratado tanto por la jurisprudencia como por la doctrina<sup>23</sup>.

#### **3.1. El crédito horario como presupuesto de la actividad representativa y como ausencia justificada del trabajo**

De forma análoga a lo que sucedía con el derecho de información y comunicación sindical, el derecho a un crédito horario a los representantes sindicales en la empresa para el desempeño de sus funciones representativas se inserta en el contenido esencial del derecho de libertad sindical. La STC 40/1985, de 13 de marzo tiene declarado que para el eficaz ejercicio de sus funciones, los representantes de los trabajadores han de disfrutar de una serie de garantías y facilidades, que de algún modo se incorporan al contenido esencial del derecho de libertad sindical, siendo una de ellas la prevista en el artículo 68.e TRET, de acuerdo con la cual, los representantes de los trabajadores (Comité de empresa, delegados de personal,

<sup>23</sup> Entre otros, y sin ánimo de ser exhaustivos, Aguilera Izquierdo, R.: *El despido de los representantes de los trabajadores por uso abusivo del crédito horario* (Introducción y Selección), Tecnos, Madrid, 1996; Marín Alonso, M.I.: “El uso irregular del crédito horario y la potestad disciplinaria del empresario. Comentario a la STSJ de Cataluña de 3 de marzo de 2000”, *Revista Aranzadi Social*, Volumen I, 2000; Martínez Rodríguez, F.: “El despido de los representantes por uso desviado del crédito de horas: tendencias recientes en la jurisprudencia”, *Revista de Trabajo*, núm. 98, 1990; Mendoza Navas, N.: “Sanción a representante de los trabajadores por la comisión de falta laboral muy grave”, *Aranzadi Social (Revista Doctrinal)*, núm. 35, 2010 (BIB 2010/1902); Sáez Lara, C.: “Control y sanción por el empresario del uso abusivo del crédito horario sindical. A propósito de las STS de 13 y 14 de junio de 1990”, *Revista de Relaciones Laborales*, núm. 2, 1990; Seoane García, A.: *El crédito horario de los representantes de los trabajadores*, Bomarzo, Albacete, 2005; Torrent Margalef, J.: “El crédito horario de los representantes del personal: criterios jurisprudenciales”, *Actualidad Laboral*, núm. 34, 1991; Tudela Cambronero, G.: “Transgresión de la buena fe, utilización del crédito horario y cumplimiento de deberes laborales por los representantes de los trabajadores”, *Revista Relaciones Laborales*, Tomo II, 1985; Ureña Martín, A.: *El crédito horario sindical*, Bomarzo, Albacete, 2017.

delegados sindicales) tendrán “a salvo de lo que se disponga en los Convenios Colectivos, la garantía de disponer de un crédito de horas mensuales retribuidas, para el ejercicio de sus funciones de representación, de acuerdo con la escala en tal precepto determinada”. Por tanto, la concesión de un crédito horario para el desempeño de la acción sindical *forma parte del derecho a la libertad sindical*.

Por tanto, el crédito horario se halla legalmente configurado como garantía de los representantes de los trabajadores (artículo 68.e TRET) “obediente a facilitarle su función de defensa de los intereses de los trabajadores” y por ello, “no cabe, pues, someter el momento de utilización del crédito horario a previa autorización del empresario, como tampoco incumbe a éste injerirse en la actividad proyectada por el representante, dado que la exigencia de un requisito habilitante en uno u otro sentido no sería conciliable con la libertad sindical”<sup>24</sup>.

Pero el crédito horario no presenta únicamente una vertiente colectiva (representativa o sindical), pues también se inserta en una concreta relación individual de trabajo. Por ello, aunque es innegable que se trata de un presupuesto para la actividad representativa, existe una clara afectación de la relación contractual entre el empleador y el representante (que también es trabajador). En este sentido, la STS de 2 de noviembre de 1989 (ROJ STS 5988/1989) confirma esa “imbricación” existente entre las funciones representativas y de prestación de la actividad laboral, “por coincidir en una misma persona ambas actividades y desarrollarse las dos dentro del ámbito de la empresa”. El representante del trabajador no puede disociar ambas facetas, al mismo tiempo detenta un derecho colectivo de representación de sus compañeros y es parte contractual en una relación individual de trabajo.

Por eso, para disfrutar del crédito horario se ha exigido preaviso (entendido como “mera comunicación” no como “solicitud de autorización”) y justificación previa como en otros supuestos de ausencias del trabajo justificadas que son retribuidas por el empleador (artículo 37.3 TRET)<sup>25</sup>. En relación con esto, la STS de 18 de mayo de 2016 (ROJ STS 3941/2016), se ha pronunciado sobre un caso en el que la empresa ha establecido unilateralmente un procedimiento para el “control del crédito sindical”<sup>26</sup>, recordando que el crédito horario está sujeto a previo aviso

<sup>24</sup> STS de 12 de febrero de 1990 (ROJ STS 1186/1990 y ROJ STS 17111/1990) y STS de 5 de junio de 1990 (ROJ STS 4275/1990). En el mismo sentido que consagra que el crédito horario está configurado como una garantía de la función representativa, entre otras muchas, la STS de 2 de noviembre de 1989 (ROJ STS 5988/1989) o las STS de 5 de diciembre de 1989 (ROJ STS 7089/1989 y ROJ STS 11417/1989).

<sup>25</sup> En este sentido, Sempere Navarro, A.V. y Pérez Campos, A.I.: *Las garantías de los representantes de los Trabajadores*, op. cit., páginas 149 y 150, consideran que el disfrute del crédito horario se asimila, aunque con régimen especial, a los permisos retribuidos, por lo que el trabajador en el momento en el que decida utilizar el crédito para realizar funciones de representación deberá comunicarlo al empresario con la debida antelación (la que se considere como suficiente).

<sup>26</sup> En comunicado a la plantilla, informaba del nuevo procedimiento que se establece para el uso y disfrute de las correspondientes horas sindicales: 1) preaviso mínimo por escrito de 48 horas, y de no ser así, no se concederán por la empresa, salvo por razones de urgencia; 2) el preaviso puede ser comunicado por escrito o por e-mail, y debe constar en los correspondientes partes de trabajo u hoja de

y justificación, tal y como determina el art. 37.3 TRET, pero poniendo también de manifiesto que el convenio colectivo aplicable “no contiene referencia alguna al preaviso y justificación de las horas sindicales (...) sin que pueda someterse por parte de la empresa a un control rígido que amenace la independencia del representante, señalando asimismo que el permiso que ha de solicitarse del empresario tiene la naturaleza de un simple aviso”.

### 3.2. El carácter multiforme de las actividades representativas y sindicales y la presunción de legitimidad en la utilización del crédito horario

Nos encontramos con una significativa dificultad para identificar y singularizar cuáles son las tareas representativas y acciones sindicales para las que el ordenamiento jurídico reconoce a los representantes de los trabajadores un crédito horario<sup>27</sup>. Tales funciones representativas son *heterogéneas* o, como califica la jurisprudencia, *multiformes*. De esta manera, la actividad de los representantes de los trabajadores se considera *multiforme*, “comprendiendo cualquier actuación que de forma directa o indirecta repercuta en interés de los trabajadores”<sup>28</sup>. A esa heterogeneidad de las funciones representativas se añade el hecho de que tenga que realizar sus funciones y actividades en los lugares más diversos<sup>29</sup>, y así, no solo es que tengan carácter multiforme sino que además un simple examen de las funciones representativas atribuidas legalmente a los representantes unitarios, y por extensión también a los representantes sindicales, evidencian que las actividades representativas conllevan “tanto estudio como elaboración de informes

actividad mensuales; y 3) finalmente, debe presentarse justificación escrita, y a posteriori, del crédito sindical utilizado, indicando la hora y fecha de inicio y de finalización del crédito sindical.

<sup>27</sup> En principio, obviamente tales funciones y actividades representativas incluirían todas aquellas específicamente reconocidas como derechos de información y consulta y como competencias de los representantes unitarios (artículo 64 TRET) y también todas las actividades propias de la acción sindical. En este mismo sentido, también habría que incluir específicamente las actividades que menciona la Recomendación núm. 143 de la OIT, sobre la protección y facilidades que deben otorgarse a los representantes de los trabajadores en la empresa, de 23 de junio de 1971: “a fin de que los representantes de los trabajadores puedan desempeñar eficazmente sus funciones, deberían disfrutar del tiempo libre necesario para asistir a reuniones, cursos de formación, seminarios, congresos o conferencias sindicales” y además dicho tiempo “debería ser otorgado sin pérdida de salario ni de prestaciones u otras ventajas sociales” (párrafos 11.1 y 11.2).

<sup>28</sup> *Vid.* STS de 2 de noviembre de 1989 (ROJ STS 5988/1989), STS de 5 de diciembre de 1989 (ROJ STS 7089/1989, y ROJ STS 11417/1989), y STS de 5 de junio de 1990 (ROJ STS 4275/1990).

<sup>29</sup> La STS de 7 de mayo de 1986 (ROJ STS 2273/1986) declara que “la actividad que han de desplegar estos representantes y delegados ha de ser entendida en el sentido amplio porque las funciones de representación, con muy extenso abanico de posibilidades y realizaciones pueden llevarse a cabo en la calle, en bares, o en establecimientos públicos y privados y sólo cuando conste notoriamente la desviación podrán ser objeto de sanción”. Por tanto, dicha actividad representativa “no puede ajustarse a prescripciones rígidas tanto en los viajes que sean necesarios como en la duración, que han de admitirse con criterios flexibles, ni menos aún puede fiscalizarse el contenido de las actividades que de serlo perderían su indispensable independencia y libertad en el ejercicio de su función representativa”.



que pueden realizarse en lugares muy varios y privadamente, como actividades de relación social con compañeros que son susceptibles de realizarse en lugares de esparcimiento, comidas, etc.<sup>30</sup>. Además, el tiempo de la inasistencia al trabajo motivada por el uso del crédito horario del artículo 68.2 TRET, “normalmente es superior (...) al de la duración estricta de la reunión sindical o de la actividad representativa llevada a cabo por el interesado, por cuanto que siempre han de existir tiempos intermedios necesarios para desplazamientos, viajes, preparación de las actuaciones o intervenciones, etcétera”<sup>31</sup>.

Consecuencia de esa dificultad para concretar las funciones y actividades representativas para las que se concede a los representantes de los trabajadores el crédito horario es que la utilización del crédito horario para funciones representativas y sindicales *se presume legítima*. Este denominado “principio de probidad”<sup>32</sup> configura una presunción *iuris tantum* de que el representante está empleando correctamente el tiempo del que dispone como garantía legal para llevar a cabo su actividad representativa, esto es, para la finalidad representativa por la que se le concede dicho crédito horario. Correspondería en cualquier caso a quien alegue un uso abusivo o incorrecto del crédito horario probar esa desviación y destruir dicha presunción<sup>33</sup>.

<sup>30</sup> STS de 2 de noviembre de 1989 (ROJ STS 5988/1989), que además añade que “la complicación de la vida moderna y la variedad y diversidad de actividades implicadas en la función representativa lleva a los delegados de personal a tener que realizar no sólo en lugares múltiples sus tareas, sino también en tiempos y ocasiones varias, privándoles si estos tiempos y ocasiones no coinciden con horas de trabajo, de dedicación familiar y personal que es legítimo sean compensadas en parte, haciendo uso del crédito de horas (...), pues éste es para el ejercicio de sus funciones, pero no para ejercerlas con un horario que pueda controlar el empresario”. En este mismo sentido, la STS de 14 de abril de 1987 (ROJ STS 2669/1987) o las STS de 12 de febrero de 1990 (ROJ STS 1186/1990 y ROJ STS 17111/1990) admiten que la actividad representativa “puede, y a veces tiene, que realizarse en bares, reuniones informales con los compañeros, etc., que no puede exigirse un cómputo escrupuloso en el tiempo empleado, el cual ha de ser flexible y ha de preservarse la independencia del representante”.

<sup>31</sup> Por todas, STS de 21 de enero de 1991 (ROJ STS 220/1991).

<sup>32</sup> La jurisprudencia ha mantenido reiteradamente “que existe la presunción de probidad en el desempeño de sus funciones” y que “la actuación representativa realizada durante el tiempo de utilización del crédito horario se halla amparada por presunción de probidad, destruible mediante prueba en contrario”. Entre otras muchas, *vid.* STS de 29 de septiembre de 1989, STS de 2 de octubre de 1989, STS de 2 de noviembre de 1989 (ROJ STS 5988/1989), STS de 5 de diciembre de 1989 (ROJ STS 7089/1989, y ROJ STS 11417/1989), STS de 10 de febrero de 1990, STS de 12 de febrero de 1990 (ROJ STS 1186/1990 y ROJ STS 17111/1990) y STS de 5 de junio de 1990 (ROJ STS 4275/1990). En el mismo sentido, manteniendo esta misma línea interpretativa a favor de la presunción del empleo correcto del crédito horario por parte de los representantes de los trabajadores, entre otras, la STS de 13 de junio de 1990 (ROJ STS 4562/1990); la STS de 14 de junio de 1990 (ROJ STS 4613/1990); o la STS de 28 de junio de 1990 (ROJ STS 5020/1990).

<sup>33</sup> De esta forma, la STS de 12 de febrero de 1990 (ROJ STS 1186/1990), en la misma línea que la STS de 14 de abril de 1987 (ROJ STS 2669/1987) y la STS de 2 de noviembre de 1989 (ROJ STS 5988/1989), ha declarado que “la actuación representativa realizada durante el tiempo de utilización del crédito horario se halla amparada por presunción de probidad, destruible mediante prueba en contrario, lo que supone que cuando, cual es el caso, se alega dicho inadecuado uso, con consiguiente transgresión de la buena fe, corresponda al que con tal fundamento decide el despido una cumplida demostración de la veracidad de su aserto”.

### 3.3. El control de la utilización abusiva y del uso indebido del crédito horario

Como decíamos, esta presunción de legitimidad del uso del crédito horario por parte de los representantes de los trabajadores decae en el caso de que se pueda probar un uso indebido del mismo. No basta con probar la mera permanencia del trabajador en establecimientos públicos o incluso en su propio domicilio (pues ya hemos constatado que el lugar donde puede desarrollar el representante de los trabajadores sus actividades representativas y sindicales, dada la heterogeneidad de éstas y su carácter multiforme, es irrelevante), es necesario probar que el trabajador-representante utilizó el crédito horario en su propio beneficio e interés, demostrando que la realización de actividades manifiestamente incompatibles con el desempeño de tales funciones representativas y sindicales. De este modo, la carga de la prueba corresponde al empleador, requiriéndose en todo caso “una prueba directa y no un mero indicio del empleo abusivo del crédito horario” y que se pruebe que se trate “de una conducta sostenida de empleo en propio provecho del crédito horario, o por la acreditación de una infracción grave del deber de representación”<sup>34</sup>.

No obstante, la heterogeneidad y multiformidad de las funciones representativas y sindicales dificultan que pueda considerarse como abusiva la utilización del crédito horario, pero no elimina dicha posibilidad. Sin embargo, como se ha recordado, no existe en el ordenamiento jurídico una definición de *abuso en el ejercicio de la función representativa*, ni siquiera se concretan las notas configuradoras del mismo, pero sí que existen delimitaciones jurisprudenciales que califican de utilización abusiva del crédito horario “toda conducta deliberada donde el crédito horario se utilice para una finalidad particular o personal al margen de las labores propias de la representación”<sup>35</sup>. No obstante, esta aproximación conceptual sigue siendo problemática pues la definición de lo que pueda ser un uso correcto, y por consiguiente, de lo que pueda ser un uso abusivo conlleva la interpretación caso por caso de si se adecua o no a las finalidades para las que se reconoció, lo que supone “una interpretación finalista aparentemente sencilla en lo teórico pero de una complejidad práctica inasumible” por lo que es más adecuada una aproximación negativa en base a la cual será un uso correcto el que no sea un uso abusivo, entendiendo por tal el uso desviado “en provecho propio o con infracción general del deber de representación”<sup>36</sup>. Por este motivo, precisamente la jurisprudencia ha reconocido la presunción *ius tantom* de legitimidad en el uso del crédito horario, a la que ya

<sup>34</sup> En este sentido, *vid.* Sempere Navarro, A.V. y Pérez Campos, A.I.: *Las garantías de los representantes de los Trabajadores*, *op. cit.*, página 153; y STS de 13 de junio de 1990 (ROJ STS 4562/1990).

<sup>35</sup> *Ibid.*, página 152, citando expresamente la STS de 25 de marzo de 1983.

<sup>36</sup> Seoane García, A.: *El crédito horario de los representantes de los trabajadores*, *op. cit.*, páginas 78 y 79, citando la STS de 2 de octubre de 1989.

nos hemos referido. De este modo, a quien ejerce funciones representativas es a quien se le reconoce la libre disponibilidad del crédito horario para decidir “tanto sobre el momento adecuado para su uso, cuanto respecto de la actividad a realizar durante el tiempo que abarca el citado crédito, existiendo incluso presunción *iuris tantum* favorable a que dicha utilización es acorde con la finalidad de representación y defensa de los intereses de los trabajadores”<sup>37</sup>.

### 3.3.1. Control empresarial y facultad disciplinaria

- a) El control empresarial del uso del crédito horario: la prohibición de vigilancia singular

En principio, el fundamento del posible control que el empresario pudiera realizar sobre las funciones y actividades desarrolladas por los representantes de los trabajadores residía precisamente en el carácter retribuido del crédito horario, en el hecho de que las ausencias del trabajo motivadas por funciones representativas o sindicales eran remuneradas por el empleador. La justificación se encontraba en la propia relación individual de trabajo, en el ámbito contractual. Sin embargo, también la facultad de control empresarial se ha fundamentado en virtud del derecho del empleador a disponer de un canal de representación eficaz, en el ámbito propio de las relaciones colectivas de trabajo<sup>38</sup>.

En cualquier caso, la jurisprudencia reconoce esa posibilidad de control por parte del empresario de la utilización que hace el representante de los trabajadores de su crédito horario. La STS de 14 de junio de 1990 (ROJ STS 4613/1990) considera que el ejercicio de la actividad representativa se injerta en el desarrollo de un contrato de trabajo, y de ahí que no quepa excluir absolutamente a la empresa del control sobre el ejercicio de dicha actividad representativa-sindical y del consiguiente crédito horario establecido al efecto, pues si es evidente que un mal uso de este último transgrede la buena fe y lealtad debida al colectivo de trabajadores representado, también lo hace en relación a la lealtad debida a la empresa cuyo sacrificio de horas de trabajo debido no se ve adecuadamente correspondido o compensado.

Por tanto, la presunción de legitimidad del uso del crédito horario para la realización de las funciones representativas y sindicales para las que está previsto

<sup>37</sup> STS de 12 de febrero de 1990 (ROJ STS 1186/1990 y ROJ STS 17111/1990).

<sup>38</sup> Seoane García, A.: *El crédito horario de los representantes de los trabajadores*, op. cit., páginas 82 y 83, pone de manifiesto la evolución jurisprudencial en esta materia. Desde una concepción privatista del crédito horario sindical (que parte de la consideración del crédito horario como mero permiso retribuido) se evoluciona hacia el reconocimiento de principios publicistas que definen el crédito horario como una garantía para el ejercicio de derechos colectivos de representación de los trabajadores.

es compatible con el control empresarial de su correcta utilización. Sin embargo, dicho control debe ser respetuoso con el derecho de representación colectiva de los trabajadores y con el derecho a la libertad sindical, de ahí que no sea ilimitado, sino que tenga carácter excepcional y restrictivo, cuando haya razones fundadas de un uso abusivo o desviado, para otros fines distintos a los meramente representativos. La dificultad reside justo en determinar cuándo nos encontramos ante un legítimo control del crédito horario por parte del empresario y cuándo ese control empresarial se ha excedido y supone una intromisión inadmisibles en la actividad representativa y en la actividad sindical<sup>39</sup>.

De ahí que se impongan necesariamente límites a ese control empresarial, y en concreto, *no es posible un control o una vigilancia singular* sobre el representante de los trabajadores. La jurisprudencia ha declarado que los representantes de los trabajadores tienen derecho a desempeñar sus funciones sin ser sometidos a esa vigilancia singular, ya que ello supone una traba o limitación a su derecho de libertad sindical o libre ejercicio del cargo<sup>40</sup>.

Especialmente problemática es la prueba obtenida mediante la utilización de *detectives privados* para constatar el uso regular o irregular del crédito horario por parte del representante de los trabajadores. Aunque inicialmente la prueba obtenida a través de detectives era la práctica habitual en los casos de sanción empresarial al representante de los trabajadores por uso indebido del crédito horario, la jurisprudencia se decantó por una interpretación más rigurosa y restrictiva, no admitiendo en todos los casos el informe del detective como medio de prueba adecuado. Conforme a esta interpretación restrictiva del control empresarial en el uso del crédito horario, numerosos pronunciamientos judiciales han considerado que, en sí mismo, el recurso a detectives privados constituyen una forma de “vigilancia singular o desproporcionada”, una vigilancia que atenta contra la

<sup>39</sup> En este sentido, Aguilera Izquierdo, R.: *El despido de los representantes de los trabajadores por uso abusivo del crédito horario*, *op. cit.*, página 30, destaca cómo es aceptada por la jurisprudencia “la tutela por el empresario de sus intereses económicos en el desarrollo del crédito horario por el representante, pero exige que esta tutela no prive de virtualidad a este instrumento de garantía para la acción sindical”.

<sup>40</sup> STS de 29 de septiembre de 1989. En esta misma línea, la STS de 2 de octubre de 1989, la STS de 2 de noviembre de 1989 (ROJ STS 5988/1989), la STS de 5 de diciembre de 1989 (ROJ STS 7089/1989, y ROJ STS 11417/1989), la STS de 10 de febrero de 1990 o la STS de 5 de junio de 1990 (ROJ STS 4275/1990), manifiestan que “los representantes tienen derecho a desempeñar sus funciones sin estar sometidos a una vigilancia singular”. Igualmente, Ureña Martín, A.: *El crédito horario sindical*, *op. cit.*, páginas 87 y 88, destaca cómo la jurisprudencia del Tribunal Supremo entiende que “someter el actuar de los representantes a un control rígido podría amenazar su independencia y constituir un acto de injerencia en las funciones de representación” (STS de 3 de julio de 1989). Ejemplos de vigilancia singular sobre el representante serían *el acompañamiento a dicho trabajador de un vigilante jurado de la empresa en los actos de la misma a los que acude para el ejercicio de sus funciones representativas* (STS de 29 de septiembre de 1989) o la comprobación visual que realiza el propio empresario con el fin de averiguar si el representante ha acudido a la sede de su sindicato durante el tiempo que dura el crédito horario (STSJ de Cataluña de 27 de marzo de 2007, rec. 2354/2007). Por otro lado, “el control o fiscalización empresarial del correcto uso del crédito horario, en cualquier caso, debe efectuarse con posterioridad al empleo de las horas de crédito y dentro de límites razonables” (STS de 14 de junio de 1990).

libertad sindical. Y consiguientemente, solo sería admisible excepcionalmente una vigilancia o control, incluso mediante detectives privados, cuando hubiera motivos consistentes o evidencias de un uso fraudulento del crédito horario. De esta forma, la STS de 13 de marzo de 2012 (ROJ STS 4632/2014) admite excepcionalmente la prueba obtenida mediante detectives privados que acredita un uso impropio del crédito horario y destruye la presunción de legitimidad de su utilización, alegando que no se efectuó una vigilancia singular, sino una vigilancia ordinaria, y que el seguimiento que realizó el detective fue proporcionado<sup>41</sup>. También en la doctrina se ha defendido la legitimidad del recurso a detectives privados para controlar el uso del crédito horario, siempre y cuando no se trate de una vigilancia especial y desproporcionada<sup>42</sup>. De este modo, la cuestión se resolverá caso por caso, en función de que las circunstancias concurrentes demuestren que no ha habido tal vigilancia especial y que ésta no haya sido desproporcionada.

b) Facultades disciplinarias del empresario frente al uso indebido del crédito horario

En consonancia con este contexto dominado por una interpretación restrictiva del control empresarial del uso del crédito horario, también resulta limitada la facultad disciplinaria del empresario frente a supuestos de uso irregular y fraudulento del crédito horario. Tras una jurisprudencia anterior mucho más permisiva, la STS de 2 de noviembre de 1989 (ROJ STS 2669/1989) supuso un punto de inflexión,

<sup>41</sup> Dicha sentencia desestima el recurso del trabajador argumentando, que “la empresa no contrató a los detectives para vigilar al trabajador una vez que éste solicitó los días para actividades sindicales, sino que el trabajador una vez que recibía la llamada del *cliente* haciéndole un pedido, es cuando solicitaba los días para actividades sindicales, por lo que la empresa ya tenía conocimiento de que ninguna actividad sindical iba a desarrollar el trabajador, simplemente necesitaba probarlo y es en este contexto (y no en otro) en el que ha de valorarse la prueba practicada”. Por tanto, “ninguna vigilancia singular se llevó a cabo; sólo una vigilancia ordinaria para constatar que el trabajador, dueño de un negocio similar al del empresario solo cuando recibía un pedido, solicitaba el crédito sindical para poder atenderlo”. Además, entiende que la proscripción de la prueba de detectives que realizan otros pronunciamientos judiciales solo tiene sentido cuando es desproporcionada y se lleva a cabo con vulneración de derechos fundamentales. Sin embargo, “en el presente caso, atendiendo a las circunstancias concurrentes ha de estimarse que la vigilancia mediante detectives fue proporcionada, pues se limitó a los dos días en los que la empresa sospechaba que la ausencia anunciada estaba motivada por los propios intereses del trabajador, sin rebasar la hora de conclusión de la jornada de trabajo”.

<sup>42</sup> En este sentido, Ureña Martín, A.: *El crédito horario sindical*, op.cit., páginas 89 y siguientes, considera “totalmente legítimo” que la empresa pueda controlar mediante detectives privados si un representante de los trabajadores utiliza indebidamente o de forma abusiva el crédito horario al que tiene derecho, “especialmente cuando la prestación de servicios se desarrolla fuera del centro de trabajo y por lo tanto alejada de la tradicional supervisión empresarial”. Puesto que los detectives privados tienen como función legalmente establecida la aportación de pruebas sobre conductas de índole laboral, parece lícito contratarlos para destruir la presunción de probidad en el empleo del crédito horario, al menos si existen indicios o sospechas fundadas de un uso fraudulento del crédito horario. En todo caso, considera pertinente recordar que los detectives privados no pueden aportar información sobre conductas desarrolladas en domicilios o lugares reservados, pero sí en lugares públicos.

ya que a partir de ella se ha seguido un criterio restrictivo en el despido de los representantes de los trabajadores por un empleo inadecuado del crédito horario y, ello “porque este crédito está concedido fundamentalmente para el servicio del colectivo de trabajadores quien es su titular, porque su actividad se despliega en lugares muy variados y en acciones muy diversas, y tienen derecho a realizar su función sin ser sometidos a vigilancia singular”, de tal forma que sólo procede el despido disciplinario cuando su conducta sea “manifiesta y habitual y ponga en peligro el derecho legítimo de la empresa a que los representantes formen cuerpo coherente con los representados”.

De forma reiterada y recurrente, los posteriores pronunciamientos judiciales han mantenido una idéntica argumentación. En síntesis, ésta es recogida por una de los más recientes: la STS de 15 de octubre de 2014 (ROJ STS 4632/2014), que se pronuncia sobre la cuestión de sí el presunto incumplimiento, en todo o en parte, de las funciones propias de la representación unitaria o sindical durante el uso del crédito horario constituye por sí solo una trasgresión de la buena fe contractual que puede justificar el despido, incluso en los supuestos habituales en los que la justificación aportada no coincida con la realidad<sup>43</sup>. Para ello sigue la doctrina reiterada del Tribunal Supremo, y considera que el presunto incumplimiento, en todo o en parte, de las funciones propias de la representación de los trabajadores durante el uso del crédito horario, detectada incluso por la petición previa del mismo y la posterior justificación inexacta aportada<sup>44</sup>, *no constituye por sí solo una trasgresión de la buena fe contractual que pueda justificar el despido*, puesto que la presunción de que las horas solicitadas para el ejercicio de las tareas representativas son empleadas correctamente conduce a *interpretar de modo restrictivo la facultad disciplinaria del empresario, que sólo podrá alcanzar el despido en supuestos excepcionales en los que el empleo en propio provecho del crédito horario concedido por el art. 68.e TRET a los representantes de los trabajadores sea manifiesto y habitual, es decir con una conducta sostenida que ponga en peligro el derecho legítimo de la empresa a que los representantes formen cuerpo coherente con los representados y que esta conducta esté acreditada con pruebas que no hayan empleado una vigilancia que atente a la libertad de su función*.

<sup>43</sup> Se discutía también sobre la falsedad que se le imputa a la representante de los trabajadores porque la certificación aportada en justificación de la utilización del crédito horario no se ajustaba a la realidad. Y es que la representante de los trabajadores entregó en la empresa certificado de asistencia suscrito por el responsable de la Escuela de Formación Sindical, realizado los días 20 y 27 de enero de 2012, de 9 a 14 horas, al curso de formación sindical denominado “Curso Básico de Formación Sindical”, aunque en realidad la sesión formativa fijada para la mañana del día 27 de enero de 2012 no llegó a celebrarse por haber sido previamente suspendida (aunque como alegaba la representante de los trabajadores se fijó en su lugar una reunión informativa para dicha tarde en el Sindicato para tratar asuntos sindicales).

<sup>44</sup> Entiende que ni la posible discrepancia sobre la realización de actividad representativa un único día, ni la posible disparidad entre el certificado aportado sobre dicho día y lo realmente acontecido, tienen la entidad suficiente para entender que la conducta de la trabajadora constituye un supuesto de trasgresión de la buena fe contractual justificativo del despido.

Por tanto, los requisitos y condicionantes que legitiman excepcionalmente la sanción, y en su caso el despido, del representante de los trabajadores por un uso abusivo o indebido del crédito horario son: 1) que el abuso o utilización desviada para otros fines particulares ajenos a la función representativa quede *probado*<sup>45</sup> y sea *manifiesto*, y por tanto que no haya duda alguna de ese uso irregular del crédito horario, pese al carácter heterogéneo y multiforme de tales funciones representativas; 2) que esa utilización incorrecta del crédito horario sea *habitual*,<sup>46</sup> que sea *continuada*; 3) que para la constatación de la infracción *no se haya efectuado una vigilancia singular injustificada* que pudiera lesionar los derechos de representación colectiva de los trabajador; y 4) que la correspondiente sanción sea *razonable y proporcionada* en atención a los hechos concurrentes (principio de proporcionalidad entre la infracción cometida y la sanción impuesta).

Respecto de esto último, respecto del principio de proporcionalidad de la sanción impuesta, se ha discutido si debe proceder en todo caso el despido o si lo adecuado sería otra sanción alternativa. Consideramos que si de lo que se trata es de sancionar la conducta irregular del representante de los trabajadores en el uso de su crédito horario con despido, además se debe añadir un quinto requisito o condicionante: *la gravedad* de la infracción<sup>47</sup>. Y es que tal y como exige el artículo 54 TRET, el despido disciplinario solo está previsto para los incumplimientos contractuales *graves y culpables* del trabajador, encuadrables en los supuestos que expresamente enumera dicho precepto.

En relación con esto, se evidencia una significativa evolución jurisprudencial. En principio, la jurisprudencia fundamentaba la posibilidad de despido disciplinario por uso indebido del crédito horario en el hecho de constituir una “falta de

<sup>45</sup> Como recuerdan Sempere Navarro, A.V. y Pérez Campos, A.I.: *Las garantías de los representantes de los Trabajadores*, op. cit., página 154, la posibilidad de sancionar un uso abusivo del crédito horario “queda condicionada a que se pruebe efectivamente el abuso”, y lógicamente “dicha comprobación sólo podrá realizarse una vez que el trabajador haya utilizado esas horas, es decir, una vez que se haya constatado la desviación sustancial de la función efectivamente realizada por el representante”.

<sup>46</sup> Por ejemplo, la STS de 15 de octubre de 2014 (ROJ STS 4632/2014) recurre al *criterio de habitualidad* en el mal uso del crédito horario como exigencia para poder ser considerada causa de despido. Igualmente, siguiendo esta interpretación restrictiva de la facultad disciplinaria del empresario por un uso irregular del crédito horario, la STS de 31 de mayo de 1990 (ROJ STS 4142/1990) admitía que “el empleo en dos ocasiones de las horas del crédito horario en actividades que pueden interpretarse como encaminadas exclusivamente en su propio provecho (...) no reviste los caracteres de habitualidad y de poner en peligro la función propia del representante”, por lo que no se puede calificar como una utilización inadecuada del crédito horario que pueda ser sancionable.

<sup>47</sup> En este sentido, la STS de 21 de enero de 1991 (ROJ STS 220/1991) entiende que la incorrección o la irregularidad existente en la actuación del representante los trabajadores “consistió en que las comentadas reuniones sindicales duraron dos horas en cada uno de los días mencionados y. sin embargo, él dejó de asistir a su trabajo en la totalidad de esas dos jornadas, que se extendían desde las 14 a las 22 horas, dedicando las horas restantes a fines estrictamente personales”. Es indudable que esta irregularidad o incorrección constituye un incumplimiento contractual por parte del actor, *pero no presenta una gravedad tan intensa ni reviste una importancia tan acusada* como para poder ser tipificada como un supuesto de “transgresión de la buena fe contractual” ni de “abuso de confianza” en el desempeño del trabajo de los que se comprenden y previenen en el artículo 54.2.d TRET.

asistencia injustificada” (artículo 54.2.a TRET). Esta interpretación encajaba en la consideración de que el representante de los trabajadores despedido por no emplear su crédito horario exclusivamente en funciones representativas y sindicales es al mismo tiempo trabajador de la empresa, vinculado con el empleador por una relación contractual, por una relación individual de trabajo. Desde esta perspectiva, la indebida utilización del crédito horario convertía en una falta de asistencia injustificada lo que en principio era una ausencia en el trabajo retribuida y legalmente justificada por la finalidad de desempeñar las funciones representativas que le son propias. Sin embargo, y como hemos comprobado en las sentencias anteriormente analizadas, la jurisprudencia optó finalmente por fundamentar dicho despido disciplinario en la “transgresión de la buena fe contractual” (artículo 54.2.d TRET)<sup>48</sup>.

No obstante, hay pronunciamientos judiciales que consideran que el uso parcial del crédito en provecho propio no puede ser tipificado como transgresión de la buena fe ni abuso de confianza en el desempeño del trabajo, por lo que no es adecuada la sanción de despido, aunque sí otra de menor gravedad<sup>49</sup>.

En esta misma línea, y partiendo de la nítida separación entre *la dimensión contractual* (la relación individual que une al trabajador-representante con el empleador) y *la dimensión representativa* (la relación colectiva de representación de los trabajadores en la empresa), se ha considerado incoherente y desproporcionado “que el representante que ponga en peligro el derecho legítimo de la empresa a disponer de un canal eficaz de representación de sus trabajadores vea extinguido su contrato de trabajo”, pues la proporcionalidad de la sanción conllevaría únicamente la separación de su cargo representativo, con posibilidad, en su caso de detraerle el salario percibido durante su crédito horario y demandarle por los daños y perjuicios<sup>50</sup>.

<sup>48</sup> También es la posición dominante entre la doctrina. Por ejemplo, Sáez Lara, C.: “Control y sanción por el empresario del uso abusivo del crédito horario sindical”, *op. cit.*, página 451, considera que el uso irregular del crédito horario se configura “como una transgresión de su deber de buena fe contractual, pues su obligación de cumplimiento de su obligación laboral conforme a las exigencias de la buena fe le prohibiría incumplir su prestación laboral en supuestos distintos de los que el ordenamiento jurídico le permite interrumpir su trabajo manteniendo su derecho al salario”. No obstante, encontramos también opiniones que matizan esta interpretación mayoritaria, como la de Tudela Cambroner, G.: “Transgresión de la buena fe, utilización del crédito horario y cumplimiento de deberes laborales por los representantes de los trabajadores”, *op. cit.*, página 82, que, partiendo de esa radical distinción entre la dimensión contractual y la dimensión representativa del crédito horario, sostiene que justificar el despido de un representante en la transgresión de la buena fe contractual supone moverse en el estricto marco de la relación contractual, olvidando la relación representativa, y, lo que es más grave, supone intentar aplicar a esta última, no sólo criterios de ejecución pensados para el cumplimiento de obligaciones contractuales, sino también aplicar a dicha relación efectos jurídicos pensados para el cumplimiento de obligaciones estrictamente contractuales.

<sup>49</sup> Es el caso de la citada STS de 21 de enero de 1991 (ROJ STS 220/1991), cuando, ante un supuesto de utilización indebida del crédito horario que no conlleva la suficiente gravedad, declara improcedente el despido disciplinario del trabajador-representante “con todas las consecuencias legales derivadas de tal declaración, si bien ante el incumplimiento contractual (...) se autoriza a la empresa a que le imponga una sanción, distinta de la de despido, como autor de una falta grave contra la disciplina laboral”.

<sup>50</sup> *Vid.* Aguilera Izquierdo, R.: *El despido de los representantes de los trabajadores por uso abusivo del crédito horario*, *op. cit.*, página 27, en referencia a Martínez Rodríguez, F.: “El despido



### 3.3.2. Control por los propios trabajadores y por los órganos representativos de los trabajadores

Tratándose el crédito horario de una garantía para el ejercicio de las actividades representativas y sindicales es lógico que los propios representados, los trabajadores, sean los primeros interesados en que sus representantes se dediquen correctamente a las funciones que les son propias y exigibles. De este modo, la STS de 2 de noviembre de 1989 (ROJ STS 5988/1989) admite que al situarse el crédito horario en el marco de los derechos de representación de los trabajadores “el titular natural del mismo es el colectivo obrero a quien de modo principal está ordenada la actividad representativa de los miembros del comité de empresa y delegados de personal”, colectivo a quien el propio TRET reconoce *facultades revocatorias*<sup>51</sup>.

De este modo se han identificado dos cauces para el ejercicio del control por los propios representados del uso que hace el representante de su crédito horario<sup>52</sup>: 1) la mencionada posibilidad de la *revocación* (que constituye una auténtica garantía de los mandantes frente al mandatario); y 2) la *sanción “política”*, esto es, la modificación del sentido del voto en la siguiente consulta electoral (su “no reelección”). En realidad, desde nuestro punto de vista, más que ante dos cauces o procedimientos de control de los trabajadores a sus representantes, nos encontramos ante dos formas de censurar y sancionar el uso irregular del crédito horario de los representantes de los trabajadores. Son las posibles *consecuencias* de un control previo de los trabajadores que ha constatado el uso indebido del crédito horario.

En todo caso, tales consecuencias serían también predicables respecto de un uso impropio del crédito horario por parte de las *representaciones sindicales en la empresa*. De este modo, conforme a los correspondientes estatutos sindicales, un empleo incorrecto del crédito horario por tales representantes puede conllevar consecuencias negativas en procesos internos de elección de cargos sindicales y la imposición de sanciones (en forma de amonestación, reprobaciones, suspensión de la condición de afiliado, etc.). Así, los estatutos sindicales suelen regular un régimen disciplinario y crear unas Comisiones de Garantía. Por ejemplo, el *Reglamento sobre medidas disciplinarias da las personas afiliadas a la Confederación*

de los representantes por uso desviado del crédito de horas: tendencias recientes en la jurisprudencia”, *op. cit.* En apoyo de esta posición encontramos un único pronunciamiento expreso del Tribunal Supremo: la STS de 7 de mayo de 1986 (ROJ STS 2273/1986). En ella se reconoce que “la actividad que han de desplegar estos representantes y delegados ha de ser entendida en el sentido amplio (...) y sólo cuando conste notoriamente la desviación podrán ser objeto de sanción en el sentido, entre otros, de devolución de salarios y aun de acciones indemnizatorias”.

<sup>51</sup> El artículo 67.3 TRET dispone que “podrán ser revocados los delegados de personal y miembros del comité durante su mandato, por decisión de los trabajadores que los hayan elegido, mediante asamblea convocada al efecto a instancia de un tercio, como mínimo, de los electores y por mayoría absoluta de éstos”.

<sup>52</sup> *Vid.* Seoane García, A.: *El crédito horario de los representantes de los trabajadores*, *op. cit.*, páginas 87 y 88.

*Sindical de CCOO*<sup>53</sup> califica como falta grave de las personas que ejerzan funciones de representación sindical o institucional “la utilización irregular del crédito horario sindical y el de los demás medios disponibles para el ejercicio de la actividad sindical” (artículo 6.2.c) imponiendo como posible sanción la “suspensión de 6 meses a 2 años de los derechos de afiliado o afiliada, bien en su totalidad, bien en aspectos concretos de los mismos” (artículo 8.2: Tipos de sanciones).

No obstante, estas vías alternativas de control en la utilización de crédito horario, tanto las llevadas a cabo por los propios trabajadores como por los propios sindicatos son compatibles y complementarias al control ejercido por el empresario. Como ya hemos destacado, la jurisprudencia, entiende que aunque el titular natural del derecho de representación sea el colectivo de los trabajadores representados, pero ello es sin perjuicio del control del empresario<sup>54</sup> y “que la empresa pueda ejercitar su facultad disciplinaria en supuestos excepcionales en los que quede patente el abuso”<sup>55</sup>, tal y como hemos analizado en las páginas precedentes.

<sup>53</sup> Aprobado en el Consejo Confederal del 19 y 20 de enero de 2016.

<sup>54</sup> La ya mencionada STS de 14 de junio de 1990 (ROJ STS 4613/1990) reconoce que “es cierto que el crédito horario sindical corresponde al trabajador en beneficio exclusivo del colectivo de trabajadores a los que representa y defiende, quienes en definitiva por la confianza depositada en sus representantes elegidos, han de exigir a estos últimos el adecuado uso de aquél crédito horario”, pero que ello no impide el legítimo control empresarial.

<sup>55</sup> Entre otras, la STS de 5 de diciembre de 1989 (ROJ STS 7089/1989, y ROJ 11417/1989) y la STS de 5 de junio de 1990 (ROJ4275/1990).



# CONTROL TECNOLÓGICO DEL EMPLEADOR Y DERECHO PROBATORIO: EFECTOS DE LA PRUEBA DIGITAL LESIVA DE DERECHOS FUNDAMENTALES

CRISTÓBAL MOLINA NAVARRETE

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*  
Universidad de Jaén

*El arte de probar en juicio tiene sus límites y encuentra en el Derecho probatorio uno de sus mayores enemigos*

Lluís MUÑOZ SABATÉ

“Reflexiones sobre la probática o ciencia de la prueba judicial” (Diario La Ley, N. 7128, 2009)

*La obtención formalizada de la verdad que implica la prueba procesal no puede ser obtenida a cualquier precio*

F. CARNELUTTI

La prueba civil (1982)

**EXTRACTO**      **Palabras Clave:** poder tecnológico, prueba digital, protección de datos, despido

Los empleadores utilizan cada vez más los medios tecnológicos para asegurar la eficacia, en los procesos judiciales, de la prueba de los incumplimientos imputados a las personas trabajadoras. Estas pruebas digitales deben respetar, entre otros, el derecho a la protección de datos. La violación de tal derecho conlleva la nulidad de la prueba ex art. 90 LRJS. Sin embargo, no existe una posición judicial común a la hora de establecer las consecuencias que, en la calificación del despido realizado, tiene la nulidad de la prueba tecnológica. Para unas sentencias, la nulidad de la prueba digital conlleva la nulidad del despido. Para otras decisiones judiciales, la nulidad de la prueba digital es compatible con la posibilidad de calificar el despido como improcedente e incluso procedente, si concurren otros medios de prueba válidos. Este estudio hace un análisis crítico de estas polémicas y confusiones judiciales.

**ABSTRACT**      **Key Words:** technological power, digital proof, data protection, dismissal

The employers increasingly use technological means to ensure the effectiveness, in judicial proceedings, of proof of contractual violations attributed to workers. These digital tests must respect, among others, the right to data protection. The violation of such fundamental human right implies the nullity of the technology proof. However, there is no single judicial interpretation of the effects that the declaration of invalidity of the technological evidence has on the dismissal qualification. For judicial cases, the nullity of the digital evidence also implies the nullity of the dismissal. For other judicial decisions, the nullity of the digital proof is compatible with the possibility of qualifying the dismissal as lawful, if other valid means of proof concur, or not appropriate, if the accusations are not proven. This study makes a critical analysis of these controversies and judicial confusion.

## ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN: ¿GARANTIZAR EL CUMPLIMIENTO O LA EFICACIA DE LA PRUEBA DEL INCUMPLIMIENTO?
2. LA INFORMACIÓN DE CALIDAD COMO “CONDICIÓN DE VALIDEZ” DE LA PRUEBA DIGITAL: PERSISTENTES INCERTIDUMBRES JUDICIALES
  - 2.1. El estado del arte jurisprudencial sobre “el control oculto” bajo la vigencia de López Ribalda I
  - 2.2. ¿Aclara o ensombrece más el panorama jurídico el fallo rectificador de López Ribalda II?
3. EFECTOS DE LA PRUEBA TECNOLÓGICA POR LESIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL: ¿QUÉ IMPLICA SU EXCLUSIÓN DEL PROCESO?
4. LA (OLVIDADA) GARANTÍA REPARADORA: LA ILICITUD DE LA PRUEBA DIGITAL GENERA UN DERECHO INDEMNIZATORIO AUTOMÁTICO
5. CONCLUSIÓN

### 1. INTRODUCCIÓN: ¿GARANTIZAR EL CUMPLIMIENTO O LA EFICACIA DE LA PRUEBA DEL INCUMPLIMIENTO?

Ya antes (art. 20.3 ET), pero mucho más después, del art. 20 bis ET, en relación a los arts. 87, 89 y 90 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre (LOPDGDD), el empleador cuenta con una extensa gama de facultades de vigilancia y control tecnológico para procurarse la efectividad del cumplimiento, por las personas trabajadoras bajo su dirección (art. 1 ET), de las obligaciones contractuales de estas. Monitorización de ordenadores, geo-localización, video-vigilancia, registros mediante controles biométricos, dispositivos incorporados a la persona (“vestibles” o “wearables”), etc. forman parte ya, y lo serán más en el inmediato futuro, de la cotidianidad de las relaciones de trabajo de nuestro tiempo. Como es conocido, la garantía más elemental de legitimación del uso de estos dispositivos de control tecnológico propiedad empresarial (poder de vigilancia digital), una vez se ha constatado las limitaciones del consentimiento, más incluso, su vaciamiento de utilidad práctica (STC 39/2016, de 3 de marzo), es la transparencia. De este modo, los deberes de información útil (previa y específica) que integra su contenido actuarían de garantía sucedánea de aquél (la STSJVP 1431/2019, 16 de julio, excluye, de forma polémica, a juicio mío, entrar a valorar si concurre o no el test de información suficiente, una vez que constata un consentimiento formal por la trabajadora).

Ciertamente, bien sabido es igualmente que el juicio de transparencia informativa sobre modo y fin de este poder de control tecnológico (digital) no es el único que determina tal legitimación empresarial para su uso, debiendo sumar los relativos al test de justificación y al de proporcionalidad. Pero no menos cierto es

que, por lo común, este tipo de medidas de control hallan una gran conflictividad en la práctica del mundo del trabajo de nuestros días, con su plasmación en un creciente número de controversias judiciales, por la pretensión de la parte patronal de la relación de trabajo de camuflar o diluir lo más posible el uso de este tipo de dispositivos y sus fines disciplinarios laborales, sea de forma total o lo sea de manera parcial (ej. STSJ Cataluña 2842/ 2019, 4 de junio: pese a estar toda la empresa plagada de cámaras más que visibles e informadas, cierta zona estrictamente laboral será monitorizada por cámara oculta). ¿Por qué sigue sucediendo esto hoy, cuando todas las empresas, grandes o pequeñas, saben que informando adecuadamente de la instalación de estos dispositivos, y de la facultad de revisión y control a fines laborales, pueden hacer un extenso e intenso uso de las mismas, a tenor de la habilitación general de los arts. 87,89 y 90 LOPGDD y siempre sin perjuicio de un principio de proporcionalidad?<sup>1</sup>

La razón es simple. Con la significativa continuidad de este tipo de prácticas de control digital no (total o suficientemente) transparente, los empleadores evidenciarían que este tipo de innovaciones tecnológicas sirven más que a evitar incumplimientos a futuro (dimensión preventivo-disuasoria), en virtud de la mayor capacidad de verificación de la realidad laboral que permiten tales dispositivos, incentivando el respeto de las obligaciones, a proveerse de un conjunto de pruebas (“pruebas tecnológicas”) más contundentes que las tradicionales para desarmar, en el más que probable juicio social frente a la sanción –más si es un despido–, la posición defensiva del trabajador. Es evidente que a menor información (sobre su instalación, sobre el momento de su evaluación tecnológica, sobre sus fines concretos, etc.) mayor eficacia tendrá para la probática de las faltas. Tal preeminente utilidad procesal, por encima de la estrictamente contractual, es reseñada por la propia doctrina judicial, que tiende a fundamentar el juicio –más generoso– de proporcionalidad de los medios tecnológicos precisamente por su superioridad frente a pruebas tradicionales, como la testifical (ej. STSJ Cataluña 3754/2019, 12 de julio; STSJ Navarra 29/2018, 5 de febrero)

Este imperativo de eficacia probatoria del poder de control (“poder policía laboral”) choca con la garantía de efectividad de los derechos fundamentales de las personas trabajadoras (privacidad, intimidad, protección de datos). Un conflicto que tiende a mostrarse de análogo modo a como sucede en el ámbito de los poderes públicos (policía ciudadana<sup>2</sup>), o en actividades de investigación periodística,

<sup>1</sup> Para una visión actualizada y de conjunto vid., tempranamente, Miñarro Yanini, M. “*La Carta de Derechos digitales de los trabajadores ya es ley: menos claros que oscuros en la nueva regulación*”, Trabajo y Seguridad Social (RTSS-CEF), n. 430, enero de 2019; Preciado Domènech, C.H. *Los derechos digitales de las personas trabajadoras*, Aranzadi, 2018, pp. 112 y ss. También Baz Rodríguez, J. *Privacidad y protección de datos de los trabajadores en el entorno digital*, La Ley, Wolters Kluwer, 2019

<sup>2</sup> Vid. STEDH 4 de diciembre de 2015, asunto Roman Zakharov c. Rusia, que contiene una ilustrativa síntesis de “*las condiciones necesarias para evitar el riesgo de abuso inherente a la vigilancia secreta*” y, en consecuencia, legitimarla, como restricción excepcional de los derechos a la privacidad y al secreto de comunicaciones ex art. 8 CEDH. Vid. ampliamente Consejo de Europa. Estudio sobre

ávidos de eficacia. Precisamente, consciente de estas extendidas prácticas en todos las esferas de la vida, el Tribunal Constitucional (TC) habría venido subrayado la necesidad de reforzar la vigilancia en la protección de la vida privada para luchar contra los peligros derivados de un uso invasivo de las nuevas tecnologías (imágenes, voces), sin que la persona afectada pueda percatarse, así como su difusión ampliada (STC 12/2012, FJ 6; para el ámbito estrictamente laboral SSTC 241/2012, de 17 de diciembre, FJ 5 y 170/2013, 7 de octubre, FJ 4)–. Un reforzamiento garantista que vendría, respecto de la técnica periodística de la cámara oculta, por su prohibición general, “salvo que no existan medios menos intrusivos para obtener la información” (STC 25/2019, 25 de febrero, que corrige la posición, más liberal y generosa con la eficacia periodística, mostrada por la sala civil del TS). La prohibición es la regla, la permisión, excepción.

No es ajeno el reciente legislador de protección de datos personales en el ámbito de las relaciones de trabajo ajeno a este (intenso) conflicto entre derechos fundamentales y otro tipo de bienes constitucionales, a cuya solución transaccional o para el “justo equilibrio” ofrece una regla ciertamente polémica, no menos conflictiva en sí misma. Nos referimos a la facultad de video-vigilancia empresarial no específicamente informada que el art. 89.1, párrafo 2º, LOPDGDD otorga “en el supuesto de que se haya captado la comisión flagrante de un acto ilícito” por las personas trabajadoras. En estos casos no se exime del deber de informar previamente de uso del dispositivo de control, sino que se rebaja la intensidad de la garantía de transparencia, bastando una información genérica (dispositivo ex art. 22.4 LOPDGDD).

También parecería mostrarse comprensivo el TEDH con esta necesidad de eficacia probatoria del empleador en el asunto *T. Libert c. Francia* (STEDH 22 febrero 2018), en el que el control o monitorización del ordenador de la persona trabajadora de la que se sospechaba incumplimientos laborales graves se hizo sin presencia de, ni siquiera notificación a, a la persona trabajadora afectada. Se recordará que en este caso el conocimiento de la infracción “posible” llegó a la persona empleadora por la advertencia de un compañero de trabajo. Este, a su vez, accedió al contenido de dicho ordenador mientras el afectado se hallaba suspendido en sus funciones como consecuencia de la apertura de expediente informativo por denuncia falsa contra un subordinado suyo. Considerará el TEDH que tal injerencia en la vida privada gozó de la garantía de suficiente previsibilidad (prevista en la ley y en la jurisprudencia social), así como de las de adecuada “calidad”, justificación legítima (la tutela del interés de control empresarial al cumplimiento) y proporcionalidad

En relación a España, el TEDH se mostró inicialmente mucho menos benévolo con este imperativo de eficacia empresarial. La célebre STEDH 9 de enero de 2018

El derecho al respeto de la vida privada: los retos digitales, una perspectiva de Derecho comparado [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2018/628261/EPRS\\_STU\(2018\)628261\\_ES.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2018/628261/EPRS_STU(2018)628261_ES.pdf)

(López Ribalda I) deslegitimó el uso realizado por la empresa de la vigilancia oculta. Pero la Gran Sala –por 14 votos contra 3– acaba de rectificar su fallo. Ahora acepta que el Estado español no incurre en responsabilidad porque sus autoridades judiciales no vulneraron el art. 8 CEDH. La ponderación de derechos en juego por el uso de videocámaras ocultas (sin informar a las personas trabajadoras) fue ajustada (STEDH, Gran Sala, 17 de octubre de 2019, Lopez Ribalda c. España II). “*Donde digo: digo, ahora digo: Diego*”. Naturalmente, por unanimidad, ha reafirmado que el empleador puede acudir, en el *ejercicio de su derecho fundamental a la prueba*, inherente al derecho a un proceso justo ex art. 6 CEDH (y art. 24 CE, así como art. 47 CDFUE), a otros medios probatorios (arts. 90 LRJS y 11 LOPJ) distintos y no vinculados a la prueba tecnológica contraria al derecho fundamental (SSTC 114/1984 91/1998)<sup>3</sup>.

De este modo, observamos cómo emergen numerosas cuestiones conflictivas. Unas ya bien conocidas, pero todavía no zanjadas (quizás en espera de una decisión más definitiva del TEDH, en relación al recurso planteado por el gobierno español en el asunto López Ribalda), e incluso reactivadas con la nueva LOPD-GDD. Otras más novedosas y también más complejas, en la medida en que tiene lugar la aparición en escena de otro derecho fundamental, ahora no de la persona trabajadora, sino de la persona empleadora, como es el derecho a la prueba ex art. 24 CE, que colisiona con los derechos fundamentales de aquélla. Las repuestas divergen.

Sin ánimo de exhaustividad, ni en el listado de los problemas suscitados ni en el detalle de su análisis, al menos tres son los que aquí queremos enunciar y afrontar:

1. *Extensión y límites de la garantía de transparencia como condición de validez y eficacia* de las pruebas tecnológicas en general, y de la de video-vigilancia en particular, a la luz de la última doctrina judicial. El objeto del estudio no es, pues, una revisión completa de este conflicto entre el poder tecnológico del empleador y el conjunto de derechos fundamentales de las personas trabajadoras, objeto de diversos análisis en este mismo número, y en otros precedentes, como no lo es tampoco el estudio en detalle de los problemas generados por la nueva legislación en la materia, cuyas dudas de validez ya han sido expresadas por cierto sector de la doctrina judicial

<sup>3</sup> Ampliamente, antes de la LOPDGD, Saéz Lara, C. “*Derechos fundamentales de los trabajadores y poderes de control del empleador a través de las tecnologías de la información y las comunicaciones*”, *Temas Laborales*, n. 138, pp. 184 y ss., Barrios Baudor, G. “*La integridad y/o autenticidad de los medios de prueba digital en el proceso laboral: una aproximación al tema a propósito de los correos electrónicos*”, *Trabajo y Seguridad Social (RTSS-CEF)*, n. 415, octubre 2017, 23 y ss. y Tascón López, R. “*Tecnovigilancia empresarial y derechos de los trabajadores (intento de construcción de una regla conceptual en el Derecho del Trabajo español)*”, *Trabajo y Seguridad Social (RTSS-CEF)*, n. 415, octubre 2017, 53 y ss. Después de la LOPDGD, Preciado Domènech, C.H. *Los derechos digitales de las personas trabajadoras*, Ob. cit. 155 y ss. pp. 112 y ss.; Baz Rodríguez, J. *Privacidad y protección de datos de los trabajadores en el entorno digital*, Ob. cit., pp. 141 y ss.



- (ej. Sentencia del Juzgado de lo Social –SJS– n. 1 Pamplona, 52/2019, 18 de febrero).
2. *Los concretos efectos derivados del deber de exclusión del proceso de las pruebas (digitales) contrarias a derechos fundamentales de las personas trabajadoras* (art. 90.2 LRJS en relación al art. 11.1 LRJS), sea en los supuestos en que no media otras pruebas del incumplimiento sancionado (con despido, o con otra sanción disciplinaria) sean en los que sí concurren otras. Aunque pudiera parecer evidente a la luz de la citada regla general de exclusión de tal prueba, la cuestión dista de tener una respuesta unívoca en la actual doctrina de suplicación social, como vamos a evidenciar de inmediato.
  3. *Cómo, cuándo y dónde se resarce*, a través del derecho indemnizatorio, la lesión un derecho fundamental por la prueba tecnológica, *en especial en los supuestos en los que se declara improcedente –incluso procedente– el despido*

## 2. LA INFORMACIÓN DE CALIDAD COMO “CONDICIÓN DE VALIDEZ” DE LA PRUEBA DIGITAL: PERSISTENTES INCERTIDUMBRES JUDICIALES

### 2.1. El estado del arte jurisprudencial sobre “el control oculto” bajo la vigencia de López Ribalda I

En una etapa de la economía capitalista en la que las empresas propenden a modos de organización del trabajo basados en la “vigilancia permanente”, a través de las tecnologías de la información y la comunicación (NTIC), de modo análogo a como tienden a organizarse todos los “mundos de vida” externos a la relación laboral<sup>4</sup>, la garantía más elemental de las personas trabajadoras es el derecho a conocer cómo, por qué y para qué se le controla con tanto afán. Pese a lo elemental de la misma, su alcance viene dando lugar a una extrema conflictividad. Aunque la contundente jurisprudencia del TEDH, primero, y la LOPDGDD después, parecían destinadas a zanjarlos, o cuando menos clarificarlos, la incertidumbre sigue siendo la tónica.

Ni la sala social del TS (últimamente STS 21/2019, 15 de enero, aunque no entra en el fondo; pero la más relevante es la STS 118/2018, 8 de febrero), ni su sala penal (STS 489/2018, 23 de octubre), han resuelto aún, con la suficiente segu-

<sup>4</sup> Vid. Snowden, E. *Vigilancia permanente*, Planeta, Buenos Aires, 2019; Zuboff, S. *The Age of Surveillance Capitalism: The Fight for the Human Future at the New Frontier of Power (Le era del capitalismo de vigilancia)*, 2019. En política, recientemente vid. “Macron pide construir una “sociedad de la vigilancia” frente a la “hidra islamista”. En <https://www.elmundo.es/internacional/2019/10/08/5d9c705721efa047768b45eb.html>

ridad, el fuerte contraste existente entre la doctrina constitucional (STC 39/2016) y la jurisprudencia comunitaria, que exigiría más que matizaciones auténticas rectificaciones del Derecho de precedentes<sup>5</sup>. En este penumbroso escenario, la divergencia de posiciones, más o menos enfatizada o, al contrario, difuminada, campa por sus fueros en las doctrinas de suplicación social, que mantienen posiciones muy diversas, también a propósito de la nueva legislación. En unos casos, se muestran restrictivos con el alcance del derecho, anclada en una posición que mira más bien al pasado (función conservadora de la doctrina judicial, mientras que en otros parece abrirse camino una opción más expansiva, como corresponde a una cuestión de derechos fundamentales en todos y cada uno de los niveles del sistema múltiple de protección existente (constitucional, comunitario y europeo).

En consecuencia, a la diferencia de tratamientos según el territorio jurisdiccional en el que se impetra justicia social (quiebra de la igualdad en la interpretación de la ley), cabe añadir el riesgo de imprevisibilidad de las decisiones (devaluación de la coherencia y seguridad del sistema jurídico-laboral de ordenación del conflicto entre las facultades empresariales de control tecnológico y los derechos fundamentales de las personas trabajadoras ex art. 18.4 CE). Para no razonar solo en abstracto, dada la concreción de (crítica de la) práctica judicial que persigue este estudio, traeremos a colación algunos ejemplos de tan contradictorio estado del arte de hermenéutica judicial en esta materia.

Así, la STSPV 2469/2018, 11 de diciembre, dará por válida una prueba de video-vigilancia pese a no existir una información precisa previa sobre la finalidad de la cámara, por constatarse la presencia en el centro de los distintivos genéricos. Una doctrina judicial que parece consolidada, al menos de momento, en tanto no medie una línea correctora de doctrina jurisprudencial, a tenor de la citada STSJPV 1431/2019, de 16 de julio. Esta sentencia –que merece una fuerte crítica por la pobreza argumental de la misma, en contraste con la rica fundamentación de la sentencia de instancia, que confirma–, de un lado, se aferra a la pervivencia inalterada, como si no hubiesen pasado el TEDH y la LOPD-GDD por ella, de la doctrina constitucional que flexibilizó la exigencia de información adecuada, liberalizando el control (STC 39/2016). De otro, prima el elemento formal del consentimiento sobre el material de la debilidad del mismo:

“Empero, en nuestro caso, el debate no gira acerca de la información recibida por la trabajadora, porque ella misma consintió expresamente en su contrato la captación de su imagen a través de las cámaras colocadas en la farmacia. No resulta de aplicación la doctrina del TEDH..., pues en

<sup>5</sup> En esta dirección, por todos, Miñarro Yanini, M. “*Impacto del Reglamento Comunitario de protección de datos en las relaciones laborales: un –pretendido– “cambio cultural”*”, Trabajo y Seguridad Social (RTSS-CEF), n. 423, junio 2018, pp. 8-9; Preciado Domenech, C. *Los derechos digitales...* Ob. cit. pp. 141 y ss.

ese caso no existió ni consentimiento de los trabajadores, ni información alguna por parte del empresario acerca de la existencia de cámaras ocultas” (FJ Sexto, letra D).

Esta doctrina no tendría en cuenta la jurisprudencia europea que relativiza el valor del consentimiento en las relaciones laborales respecto del régimen de la protección de datos, por ser la parte débil, como también asume la jurisprudencia social nacional (no sin algunas contradicciones recientes –ej. STS 304/2019, 10 de abril: legitimidad de las cláusulas contractuales que autorizan usar las video-llamadas en empresas de telemarketing–). Pero tampoco atiende al imperativo de calidad de la información de la nueva regulación comunitaria: Reglamento 2016/679, Parlamento Europeo y del Consejo, del 27 de abril, sobre protección de datos personales –RGPD–. Los arts. 12-14 RGPD impone una exigencia de transparencia mayor que la doctrina constitucional –y ahora (a lo que parece) incluso más que López Ribalda II–

En esta dirección interpretativa más garantista, la también citada SJS Pamplona 52/2019, de 18 de febrero destaca que el RGPD

“...hace más exigente el deber informativo... Además de la información por capas, se establece una lista exhaustiva de la información que debe proporcionarse a los interesados...y que comprende:...la finalidad del tratamiento; la legitimación o título que legitima el tratamiento...Es importante resaltar...que no se prevé excepción...a las relaciones laborales. Por tanto, si no es por aplicación directa de la doctrina del TEDH,...los tribunales españoles deberán aplicar las mismas exigencias informativas como...consecuencia...de lo que impone el RGPD...” (FJ 2º)

Lamentablemente, no será esta la posición hermenéutica mayoritaria. Bien sea porque no la consideren aplicable por razones de tiempo, bien sea porque hagan una lectura restrictiva del régimen comunitario, la opción menos garantista para el derecho fundamental (protección de datos), más flexible para la facultad (de vigilancia), domina en los TTSSJ. Así lo confirma, entre otras, la STSJ Cataluña 3879/2019, 18 de julio.

Al respecto, partiendo de que ni el art. 55.1 ET obliga a incluir, entre los datos de la carta de despido, “la mención de la fuente u origen del conocimiento por la empresa de los hechos que se le imputan al trabajador”, ni el art. 105.2 LRJS exigiría la comunicación de los medios probatorios de oposición a la demanda de despido, tan solo “los motivos de oposición”, la sentencia referida traslada a la persona trabajadora la carga de reclamación previa frente a los eventuales defectos de información en lo concerniente a la instalación de cámaras (FJ Quinto, párrafo 5º, in fine). Reclamación o denuncia que debería de realizarse, en línea con alguna

indicación al respecto por el TC y, a su estela, por el TS, ante el propio empleador o incluso ante la AEPD, a fin de que sancionaran a la empresa, en su caso. Para esta sección de la sala catalana de duplicación social bastará con el distintivo genérico de la existencia de cámaras, con la cita expresa de la célebre –y polémica– STC 39/2016, la que, precisamente, flexibilizará las exigencias de información de calidad (información previa, útil y precisa, incluyendo la finalidad, salvo que concurra la excepción prevista por el TEDH para legitimar los sistemas de control tecnológico oculto<sup>6</sup>), que el TEDH corregiría en sustancia, si bien el fallo adoptado en el asunto López Ribalda II introduce nuevas incertidumbres.

Para la sala de duplicación catalana, al no ser nula la prueba y entender que concurre suficiente entidad del incumplimiento, concluye la procedencia del despido. También la STSJ Cataluña 59/2019, 10 de enero llegará a la convicción de que no hay vulneración del derecho a la protección de datos. No obstante, valora que no ha sido suficientemente grave el incumplimiento, declarando improcedente el despido

Sin embargo, más garantista (en línea análoga con la orientación mostrada por la sentencia de navarra citada) parece mostrarse la STSJ Cataluña 2842/2019, de 4 de junio, aunque sobre una base jurisprudencial hoy parcialmente rectificadas, como ya se ha anunciado. En efecto, en ella se parte de que, tanto el TEDH (López Ribalda I) como el citado RGPD habrían corregido parcialmente la doctrina de la STC 39/2016, cuya mayor flexibilidad respecto de aquellas fuentes superiores –internacionales, incluso comunitaria– no cabe llevarse ya a cabo “de manera automática” (FJ Segundo). Al contrario exigiría su modulación en virtud del deber de información previa

No obstante, en el caso concreto, la anulación de la prueba tecnológica vendrá no tanto de la ausencia de suficiente calidad informativa sobre el método de control (las cámaras) cuanto también, y sobre todo, del hecho de que ni tan siquiera la cámara afectada en el asunto dispondría del dispositivo informativo genérico:

<sup>6</sup> Justamente, la STSJ Cataluña 4224/2018, 12 de julio, no considerará concurrentes los criterios exigidos por el TEDH (caso Köpke<sup>6</sup>) para legitimar la videovigilancia oculta: sospecha previa, grabación limitada a las personas de quien se sospecha y limitación temporal, siempre que hubiera una mínima señalización, aun no específica. En el asunto –un detective privado elaboró un reportaje fotográfico para la empresa, incluyendo imágenes y sonidos grabados por cámaras instaladas sin informar–, si bien asume que en la carta de despido se hacía referencia a la existencia de sospechas por parte del actor de conducta desleal (aunque lo que se grabó fueron conductas de posible acoso sexual), siendo temporal el uso de tales cámaras igualmente, la sala concluye que “no existían más precisiones respecto a la naturaleza de los indicios, ni la fuente informativa de éstos, ni su destinatario. Tampoco podemos considerar que la previsión de su instalación fuera limitada en el tiempo... A ello se une el hecho de que existían medios menos lesivos para que la empresa pudiera tener conocimiento de los hechos que se investigaban, como lo es interrogar a las personas que le habían dado a la empresa la información de que el actor estaba cometiendo irregularidades.” Aunque la doctrina nos parece correcta en el caso, no deja de plantear algunos problemas en relación a la posición de la sala respecto de estos aspectos en otras sentencias, en las que devalúa tanto el deber de la empresa de informar de las fuentes en virtud de las cuales ha tenido conocimiento de los hechos (STSJ Cataluña 3879/2019, 18 de julio, citada) cuanto el valor de la prueba testifical en relación al –mayor– de la prueba documental que refleja la grabación (STSJ Cataluña 3754/2019, 12 de julio, citada)

“... de forma que aunque en el centro comercial existieran cámaras de video-vigilancia en numerosas zonas, parece evidente que dichas cámaras responden a razones de seguridad del establecimiento o finalidad protectora del patrimonio empresarial, de manera que dicha cámara efectuaba grabaciones de manera indiscriminada, afectando a cualquier persona que accediese a la zona del obrador de la planta 1, durante un periodo ilimitado en el tiempo...” (FJ Segundo, párrafo 15º).

En suma, pese a que cabe concluir que esta sentencia se mueve en dirección más protectora, a diferencia de otras claramente adherentes a la flexibilización llevada a cabo por la doctrina constitucional –y jurisprudencial social nacional–, que ahora parece encontrar mayor comprensión en el TEDH (*López Ribalda II*) no nos resuelve las dudas. En el caso concreto ni siquiera se daba el nivel mínimo de cumplimiento previsto en la propia LOPD-GDD. Insiste la sentencia en ello, algo temerosa, quizás, de chocar de raíz con la doctrina constitucional, pese al inicial correctivo del TEDH, y del RGPD, así como incluso con el tenor literal del art. 89 LOPDGDD –cuya validez no cuestiona, como sí hacía la sentencia pamplonesa, con buenas razones que siguen teniendo vigor, a muy juicio, pese al giro copernicano del fallo *López Ribalda II*–. Así:

“...la obtención de dichas imágenes se ha producido con infracción del derecho fundamental a la protección de datos del trabajador, máxime, porque, a diferencia del supuesto resuelto en la STSJ Cataluña de 8 de enero de 2019 (rec. 6190/2018), *ni siquiera se ha acreditado que existieran datos indicativos de la comisión de irregularidades laborales* por parte de la trabajadora, *no constando probado que la empresa alberga sospechas de tipo alguno*, por lo que, como bien dice el Juez “a quo”, no se supera el test de justificación de la medida y, por otro lado, aunque a efectos puramente dialécticos se considera acreditado que las imágenes han captado la comisión flagrante de un acto ilícito, ello no excluye el cumplimiento del deber de información a través del distintivo informativo, inexistente en este caso...”<sup>7</sup>

<sup>7</sup> A fin de confortar su doctrina con otras de diversos TTSSJ refiere a su convergencia hermenéutica con decisiones como la STSJ Madrid 597/2018, 13 de septiembre, o las SSTSSJ PV 470/2018, 27 de febrero y Andalucía/Sevilla 905/2019, 28 de marzo. Esta última, que constata una falta absoluta de información sobre el control del equipo informático (monitorización del ordenador), mantiene también la plena convergencia de criterios entre el TC, el TS y el TEDH: “Los trabajadores deben ser debidamente informados de la prohibición y, se entiende cumplida esta obligación, si la prohibición se contempla en el convenio colectivo, en el contrato de trabajo o, en la normativa sobre las técnicas de información y comunicación de la empresa”. Pero el TEDH es –o era– algo más exigente

## 2.2. ¿Aclara o ensombrece más el panorama jurídico el fallo rectificador de López Ribalda II?

Aunque no es el foco fundamental de análisis de este estudio, pese a actuar como su presupuesto básico, una sentencia de tal relevancia, como “López Ribalda II” si amerita alguna atención mayor. Precisamente, el texto apenas reseñado de la citada sentencia de suplicación social catalana refiere a dos argumentos que, de concurrir en el caso, sí hubiera dado lugar a la legitimación del control oculto y que serán decisivos para el giro decisional dado por el TEDH. Al respecto, el “Test López Ribalda II”, que, como se verá, viene a coincidir sustancialmente con el “Test Barculescu II”, aunque en este caso el control no transparente u oculto refiera a la monitorización de dispositivos electrónicos titularidad de la empresa –ordenadores, concretamente–, se situaría más cerca de la –garantista– STC 186/2000 que de la –liberal– STC 39/2006. Desde esta perspectiva, sólo cabría excluir el deber de transparencia previa del mecanismo de control tecnológico de forma excepcional, exigiendo, pues, interpretación restrictiva. Y esta excepcionalidad se asocia básicamente a dos condiciones:

- Justificación específica suficiente: sospechas razonables de estar cometándose infracciones laborales graves (el TEDH no precisa –como algún comentarista dice– que se trate de “delitos graves”, sino que debe tratarse de infracciones laborales graves, con notorios perjuicios a la empresa)
- Proporcionalidad: que no haya otros medios alternativos para el control eficaz

Por lo tanto, queda claro que no vale cualquier sospecha de irregularidad en las empresas para usar lícitamente de los controles ocultos (videocámaras no informadas a las personas trabajadoras, monitorización de ordenadores no informada, etc.). Pero, a mi entender, esa es poca certeza, porque es evidente que en la doctrina precedente, incluso la más liberal del TC, ya cabía sostener tan básico nivel de exigencia, hoy más elevado a partir de la STC 25/2019, de 25 de febrero. Aunque esta doctrina, prohibitiva con carácter general, de las “cámaras ocultas”, se concreta en el ámbito de las tareas periodistas, es manifiesta su vocación general y, por lo tanto, aplicable también, muy en especial, en las relaciones de trabajo. Paradójicamente, cuando el TC nacional nos parecía anunciar una senda más protectora de los derechos –protección de datos de la persona, intimidad–, el TEDH vuelve sobre sus pasos y se muestra más complaciente con las razones de defensa de la propiedad (art. 1 CEDH, art. 33 CE) y de buen orden o funcionamiento de la empresa (art. 38 CE, art. 16 CDFUE).

Pese a las autorizadas voces que ya han evidenciado algunos aspectos válidos de esta doctrina del TEDH<sup>8</sup>, a mi juicio representa una clara vuelta atrás a mecanis-

<sup>8</sup> Vid. Preciado Domenech, C.H. Comentarios de urgencia a la STEDH de 17 de octubre de 2019, caso López Ribaldad c. España, 2019. <https://baylos.blogspot.com/2019/10/los-margenes-de-la-vi-deovigilancia.html?pref=fb&fbclid=IwAR1KRCVVR1dVboj1BF7FZHk8gZLAhzlRo9cAG2OVIIdL-YijpXw51q4IeeQctY>

mos de ponderación de los derechos fundamentales menos exigentes, precisamente en aras de una tutela más efectiva del principio de actuación eficaz del empleador respecto de quienes tiene la sospecha fundada de que son “tramposos”. Se valora la confluencia de criterios con el Test Barbulescu, lo que consolidaría la doctrina y, en consecuencia, tendría efectos tanto de mejora de las garantías como de certeza en la aplicación del mismo a futuros casos (mayor protección con un incremento de la seguridad jurídica, antes ausente). Pero, a mi entender, no es así. Porque lo que hace, en realidad, es confundir los tres parámetros básicos –no hacemos alusión al cuarto, por mantenerse equivalente, relativo a la garantía de protección jurisdiccional- que se habían venido acotando para identificar las condiciones de legitimidad de los controles tecnológicos: justificación razonable, transparencia y proporcionalidad –añadida también la garantía de tutela judicial–.

Las tres tenían su autonomía, de modo que superado el control de justificación debía producirse el de transparencia y, superado este, el propio de proporcionalidad. La STC 39/2016 había enturbiado esta distinción, de modo que convalidó la ausencia de información específica previa –más allá de la genérica de la “pegatina” consabida–, por la consideración de proporcionalidad de la medida. El Test Barculescu II realizaría un análisis mucho más cuidado y exquisito de los tres criterios, evidenciando que si no se respeta el deber de transparencia útil, de calidad, no habría legitimación del control.

Ahora, el TEST RIBALDA II, pese a converger formalmente con el TEST BARCULESCU II, presenta más confusa la cuestión de la información. Así, justificada la razonabilidad de la sospecha, la información previa se puede diluir, devaluar, incluso desaparecer, pero, claro está, habrá que ser más rigurosos con la proporcionalidad. En el caso, donde su sala no vio rigor sí lo verá la Gran Sala. Tengo mis dudas, pues, de que esta sentencia mejore la rigurosidad del control tecnológico, pues más confunde que aclara, y, desde luego, no creo que sea nada garantista del derecho a la protección de datos de las personas trabajadoras, primando el interés de la eficacia. Es claro al respecto: «Por lo tanto, aunque no cabe aceptar, con carácter general, que las meras sospechas... justifique la instalación de cámaras encubiertas por parte del empleador, la existencia de sospechas razonables de que se ha cometido una infracción grave, que ha comprometido la propiedad con pérdidas de alcance, en el presente caso, puede entenderse que concurre una justificación suficiente».

En definitiva, defensa de la propiedad privada y de la libertad de empresa –en su manifestación de poder de control tecnológico para mejorar la eficacia de su interés empresarial–, emergen al primer plano de la ponderación. O mejor dicho: retorna a ese primer plano, en el que los colocó la deriva devaluación de garantías del TC, corregida en buena medida por la evolución garantista del TEDH y que, de nuevo, vuelve a sufrir grietas, ahora en el TEDH. Justo cuando el TC –prohibición general del control oculto– se decantaba en dirección contraria.

### 3. EFECTOS DE LA PRUEBA TECNOLÓGICA POR LESIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL: ¿QUÉ IMPLICA SU EXCLUSIÓN DEL PROCESO?

La violación de un derecho fundamental de la persona trabajadora (en este caso la protección de datos personales ex art. 18.4 CE, o incluso el de privacidad, o el relativo al secreto de comunicaciones, etc.) por la prueba, en nuestro caso tecnológica, conlleva, pacíficamente, su nulidad y, por tanto, la exclusión del proceso, al carecer de la más mínima trascendencia probatoria. La razón de eficacia de la probática cedería frente a la razón de efectividad del derecho fundamental que actúa como límite a la misma, en el marco del Derecho Probatorio. Pero ¿qué consecuencias tiene tal regla de exclusión sobre la legitimidad de la sanción adoptada en general, y en particular de la propia de despido, si media otros elementos probatorios de los incumplimientos que se le imputan o, incluso sin mediar, si queda constancia de que el empleador no tiene ánimo alguno de vulnerar derechos fundamentales del trabajador, sino que busca solo acreditar incumplimientos que cree existentes y de la suficiente entidad como para ser merecedores de sanción, incluida la máxima, la de despido?

Pues bien, como la citada STSJ Cataluña 2842/2019, 4 de junio, reconoce de una forma expresa, esta cuestión (suscitada especialmente en relación a la sanción de despido) “no es, en absoluto, pacífica”, y en la doctrina de suplicación social hallamos “pronunciamientos opuestos...” (FJ Tercero). Dos son, básicamente, los aspectos más conflictivos al respecto. Nos referimos, de un lado, al relativo a la calificación jurídica que ameritaría la sanción misma, en especial la de despido –situación más frecuente en la práctica forense–, en tales casos: ¿la nulidad de la prueba tecnológica alcanzaría, en todo supuesto, a la propia sanción, en particular al despido (“doctrina de los frutos del árbol envenenado”), o, producido el efecto anulatorio ex arts. 11.1 LOPJ, 90.1 LRJS y 287 LEC, cabría todavía valorar si cabe la calificación de improcedente –si no se acreditan los hechos imputados para el despido por no concurrir otra prueba válida alguna– o, incluso, la de despido procedente –por concurrir otras pruebas válidas del incumplimiento no contaminadas por la prueba tecnológica que se ha anulado? De otro, una vez constada la violación del derecho fundamental de la persona trabajadora y aceptada jurisprudencialmente la automaticidad del derecho a una indemnización de reparación íntegra y disuasoria del derecho ex art. 183 LRJS, ¿procedería reclamar tal indemnización, al margen de cuál fuese la calificación del despido, esto es, incluso si se aceptara la posibilidad de declarar el despido improcedente, o procedente, por tanto no sólo cuando el despido sea declarado nulo? Si así fuese ¿en qué procedimiento hay que reclamarla, dentro de la acción de despido o en un proceso autónomo dirigido a la reclamación de la garantía indemnizatoria propia de todo derecho fundamental que ha sido vulnerado ex art. 183 LRJS?

Veremos el primer aspecto de esta cuestión en este apartado. La segunda será



objeto de un epígrafe específico, el próximo. En cuanto, a la primera dimensión de tan relevante, aún complejo y discutido, problema, especial mención merece la posición de la doctrina de suplicación social castellano-manchega, la primera que analizó de forma muy exhaustiva, por tanto específica, esta cuestión. En ella se concluye que la nulidad de la prueba tecnológica no conlleva automáticamente la de la decisión disciplinaria, en concreto del despido ex art. 55 ET. A su entender, la nulidad de la sanción propia del despido traer causa de la vulneración directa del derecho fundamental, no cuando “la finalidad que mueve al empresario es comprobar un comportamiento del trabajador para obtener la prueba de la existencia de la causa alegada para justificar el despido (cabría decir lo mismo de otra sanción “menor”)”. Por lo tanto, el móvil empresarial de la sanción parecería ajeno a cualquier intención lesiva del derecho fundamental, dada la convicción del empleador de estar ante un auténtico incumplimiento, avalado por la prueba digital.

La nulidad de esta, pues, sólo revelaría la imposibilidad de acudir a la misma para dar crédito a los hechos imputados, pero no puede excluir el derecho del empleador –insito en su derecho fundamental a la prueba, en garantía de sus facultades de organización y de gestión–, a probarlos por otros medios. Por eso declara procedente el despido en tal caso, o, si no cuenta con otras pruebas, la improcedencia del despido (SSTSJ Castilla-La Mancha 25/2018, 12 de enero y 597/2018, 13 de septiembre).

No está solo el TSJ Castilla-La Mancha en esta posición hermenéutica flexible, comprensiva de las razones del derecho a la prueba del empleador, y por lo tanto del imperativo de eficacia de sus facultades de control. Por ceñirnos a las decisiones más recientes –anteriores en tal sentido la STSJ Canarias, 11 de mayo de 2017, Rec. 1249/2016, o la STSJ Madrid 591/2018, 13 de septiembre–, destacamos la *STSJ Asturias, 103/2019, 22 de enero*. Constatada la nulidad de la prueba [video-vigilancia] contraria a derechos fundamentales [falta la información necesaria previa y específica, sin que sirva sólo por distintivos genéricos, además de resultar desproporcionada], con especial reivindicación de la doctrina López Ribalda (pendiente de confirmación, o no, por la Gran Sala), conllevará la nulidad de la misma (arts. 11.1 LOPJ y 90.2 LRJS), *pero no la del despido, sino tan sólo su improcedencia*. Para la sala de suplicación, a falta de validez de tal prueba de visualización de imágenes –asume la contradicción entre el TEDH y el TC–, la imputación en la carta de despido resultará insuficiente para legitimar el poder disciplinario (FJ Sexto), pero no lo anula. El efecto es improcedencia: readmisión o indemnización de cese<sup>9</sup>.

La sentencia contiene múltiples aspectos de interés que aquí no pueden ser objeto de mayor análisis, por razones de espacio. En este sentido, no es baladí llamar la atención sobre el peso que otorga tanto a la garantía de justificación como a la más

<sup>9</sup> Distinto es el caso donde la prueba se tiene por válida, por responder tanto al principio de transparencia como al de proporcionalidad. Vid. SJSO n. 1 Soria 198/2018, 3 de octubre (residencia geriátrica en la que una de las gero-cultoras maltrata a una residente, siendo grabada por cámaras).

típica de proporcionalidad, una vez evidencia, como se ha dicho, la equivocidad de las posiciones en torno a la garantía de transparencia. En tal sentido, recuerda que la

“instalación de una sistema de grabación...no queda a la conveniencia de la empresa ni puede justificarse sólo por la circunstancia de tener atribuida la facultad de dirección y control del cumplimiento del contrato de trabajo, pues en la medida que supone una injerencia en el ámbito de derechos fundamentales de la trabajador debe cumplir rigurosamente los requisitos que habilitan para afectar esa esfera protegida de la trabajadora” (FJ Sexto).

Curiosamente, tan contundente defensa de la posición jurídica de la persona trabajadora luego se difumina notablemente en la fijación de efectos, de modo que el modelo de tutela fuerte o real se torna meramente obligacional, pues tal nulidad solo conllevaría la improcedencia –la vulneración no impide, pues, la pérdida del empleo, que se intercambia por una indemnización de improcedencia, dejando el derecho sin reparar realmente–, porque

“Ningún otro medio probatorio identifica...como prueba de cargo..., pues la finalidad de los demás medios de prueba...es la aportación de datos complementarios para poner en contexto y facilitar el significado de las grabaciones (por ejemplo, las reglas en el uso de la caja), o sobre aspectos accesorios (presentación de denuncia penal, etc.) que, por sí solos, no sustentan la imputación descrita en la carta de despido. El efecto es la improcedencia del despido (arts. 55.4 ET y 108.1 LJS), con las consecuencias establecidas en los arts. 56.1, 2 y 3 ET y 110.1 y 3 LRJS”.

Es especialmente reseñable esta sentencia porque mantiene una posición muy diferente, tanto que resulta opuesta lisa y llanamente, a la sostenida por la misma sala tres años antes. *La STSJ Asturias 83/2016, de 22 de enero* extiende la nulidad propia de la prueba tecnológica por falta de la debida información (garantía de transparencia) al despido mismo. En el caso se constató un doble sistema de video-vigilancia. Uno, consistente en un circuito cerrado de televisión y grabación, solo para el trabajador denunciado, obediente en exclusiva a la finalidad de “identificar al autor de las supuestas irregularidades con relevancia disciplinaria”. Otro, compartido, para trabajadores y clientes, como medida general de instalación de sistemas de control y seguimiento tecnológicos del trabajo. El primero se mantuvo oculto –a fin de garantizar la eficacia de su objetivo probatorio–, el segundo fue informado solo a la representación de los trabajadores, pero no así al trabajador afectado<sup>10</sup>.

<sup>10</sup> La sentencia (dictada antes del asunto López Ribalda) asume que la regla general es la transparencia previa (necesidad de informar previamente al afectado), pero admite como excepción, por lo

Este incumplimiento informativo anula no solo la prueba sino el despido mismo, pues “la nulidad del despido constituye el efecto necesario y adecuado de la actuación empresarial” ex art. 55.5 ET, pues si bien carece en este caso de un móvil lesivo de derechos fundamentales sí se hace “con violación” de ellos. La instalación y uso por la empresa del sistema de video vigilancia en la tienda constituyo elemento fundamental en la decisión de despedir al demandante.

El intento de la empresa de devaluar el alcance de la prueba tecnológica anulada, evidenciando que el mismo resulta se logra con otras pruebas, chocaría con la propia carta despido, en la que la grabación fue un medio fundamental para adoptar la medida disciplinaria. Paradójicamente, está nulidad no conllevó indemnización adicional alguna por violación del derecho fundamental a la protección de datos (tan solo por cantidades correspondientes a créditos retributivos no pagados –horas extras, por ejemplo–). Ya veremos que, lamentablemente, no es la única decisión deficiente en tal sentido, evidenciando las disfunciones de justicia social resarcitorio-disuasoria en esta y otras muchas materias relacionadas con la violación recurrente de derechos fundamentales<sup>11</sup>

Prueba de la complejidad y la (extrema) confusión en esta materia es que no será el único Tribunal Superior de Justicia que incurra en contradicciones internas. En efecto, la STSJ Cataluña 2842/2019, 4 de junio, citada, en línea con los precedentes pioneros y más garantistas (ej. STSJ PV 10 de mayo de 2011, rec. 644/11 y 9 de abril de 2015, rec. 445/13), a su vez seguidos en otros precedentes propios (SSTSJ Cataluña 1887/2018, 22 de marzo), apuesta por la declaración de nulidad del despido, a partir de la prevalencia de los derechos fundamentales y de una interpretación literal del art. 55.5 ET. Para la norma legal la nulidad procedería tanto si el móvil se vincula a la violación del derecho fundamental cuanto si se adopta en un escenario que constata su lesión (“con vulneración”), por tanto al margen de la intencionalidad, evidenciando la situación objetivada de violación, dado que si la prueba ilícita no hubiera existido no se hubiera podido producir el despido. Para esta sentencia:

“...la reparación de dicha lesión conlleva la eliminación absoluta de sus efectos, lo que comporta la nulidad del despido y no la mera improcedencia..., por lo que la prueba ilícita... trasciende el ámbito meramente

tanto de aplicación restrictiva, el control oculto, cuando concurren estrictas condiciones para ello. En cambio, el “interés empresarial de controlar la actividad laboral a través de sistemas sorpresivos o no informados de tratamiento de datos que aseguren la máxima eficacia en el propósito de vigilancia no tiene una prevalencia que permita exceptuar la aplicación de la regla general y al respecto la jurisprudencia constitucional es concluyente y en el mismo sentido se pronuncia la doctrina de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en la sentencia de 13 de mayo de 2014 (rec. 1685/2013)”.

<sup>11</sup> Vid. Molina Navarrete, C. Indemnizaciones disuasorias, nueva garantía de efectividad de la tutela social: entre retórica judicial y prácticas innovadoras. Bomarzo, Albacete, 2019, en especial pp. 87 y ss.

procesal y repercute en el ámbito sustantivo, afectando a la calificación del despido” (FJ Tercero)

No obstante, la sentencia parece admitir, a sensu contrario, que de producirse el conocimiento de los hechos por otros medios (incluido el “hallazgo casual” o incluso la denuncia por parte de compañeros), y siendo válidos y suficientes, sí cabría entrar en la valoración de las demás pruebas. Parece matizarse, pues, implícitamente tal posición de defensa de la irradiación de la nulidad de la prueba a la nulidad también del despido. Seguramente en aras del también derecho fundamental del empleador ex art. 24 CE (el derecho a la prueba es inherente a su derecho fundamental a la efectividad de la tutela judicial, de la que también goza el empleador, aunque no sea exactamente con la misma “paridad de armas procesales”).

Sea como fuere, la STSJ Cataluña 4224/2018, 12 de julio, asume expresamente que la anulación de la prueba tecnológica conllevará la improcedencia, pero no la nulidad:

“Por eso entendemos que, en este caso, aunque una video grabación limitada en el tiempo para detectar las irregularidades hubiera podido ser válida hipotéticamente, no lo es por faltar la más mínima información sobre la instalación de las cámaras de grabación en el recinto del centro de trabajo y por incluir, además, la posibilidad de grabación de las conversaciones mantenidas por el trabajador con terceras personas. Así pues, la prueba de cargo... fue obtenida... violentando sus derechos o libertades fundamentales, por lo que la misma no puede surtir ningún efecto... La vulneración de los derechos fundamentales del trabajador por parte de la empresa por la ilicitud de la prueba implica que los hechos imputados en la carga de despido no hayan resultado acreditados”

En esta misma dirección, la STSJ Cataluña 2650/2019, 23 de mayo, pese a que anula la prueba tecnológica (en este caso la monitorización del ordenador, porque si bien hubo suficientemente información, así como indicios suficientes de un uso ilícito o abusivo de aquel –para fines particulares, pese a la prohibición empresarial–, no se hizo la auditoría del ordenador con presencia de la trabajadora, cuando era requisito de obligado cumplimiento según la norma interna –protocolo– de la empresa –Colegios de Procuradores–), consideró el despido precedente. Y ello porque:

“dado dicho incumplimiento no puede validarse las imputaciones realizadas en la carta de despido y relativas a la utilización de las redes informáticas de la empresa para cuestiones ajenas a la misma, ahora bien, en la carga de despido sí se contienen otras imputaciones ajenas a “correos

electrónicos y navegación por internet”, como son...las recogidas en los hechos décimo sexto y décimo séptimo, incumplimientos que han sido detectados, tras alguna denuncia de procuradores, mediante documentos de cada procurador, listado de facturación por meses, etc. y que no se ven comprometidos por las exigencias...de presencia de la actora...” (FJ Segundo).

Esta misma posición, muy garantista respecto de la exigencia de transparencia del medio de control tecnológico a fin de validarlo procesalmente, y flexible o generosa con la facultad del empleador de probar los incumplimientos por otras vías admitidas en Derecho, siempre que no se vean contaminadas por la anulada (doctrina de los frutos del árbol envenenado), es la que defiende la citada SJS n. 1 Pamplona 52/2019. Cierto, recordamos que esta sentencia tiene un doble fundamento, uno legal, que no ha cambiado y otro jurisprudencial, que sí. El primero el RGPD. El segundo el asunto López Ribalda I, que era mucho más exigente con el deber de transparencia que lo es ahora López Ribalda II que, en última instancia, es la que cuenta.

En suma, no pueden ser mayores las contradicciones entre las diversas doctrinas de suplicación social, incluso dentro de una misma sala. En esa misma dirección propicia a dar una “segunda oportunidad” al empleador para probar los incumplimientos, pese a la nulidad de la prueba tecnológica, se situaría la STSJ Andalucía/Sevilla, 905/2019, ya citada, según la cual, anulada la prueba tecnológica, debe ser el juez de instancia social, que no la apreció, la que tenga que pronunciarse nuevamente sobre los hechos que se imputan al trabajador, atendiendo a las demás pruebas y excluyendo, como es lógico, la anulada. Así:

“Por lo tanto, se entiende vulnerado el artículo 18.4 de la Constitución, que consagra el derecho a la protección de datos personales, con la consiguiente declaración de nulidad de la prueba así obtenida. Huelga, por tanto, el análisis de los restantes motivos de recurso esgrimidos por la parte recurrente. Procede, en consecuencia, con estimación del recurso de suplicación, decretar la nulidad de la actuaciones, retro trayéndolas al momento anterior al dictado de la sentencia, para que por el órgano judicial de instancia, se dicte otra, con entera libertad de criterio, partiendo de la nulidad de la prueba obtenida por el empresario a raíz del acceso al ordenador facilitado por la empresa al actor” (FJ Único, in fine).

En medio de esta desmesurada equivocidad judicial, incluso en un escenario de tan intensas contradicciones, a mi juicio, si una interpretación literal del art. 55.5 ET debería llevar a la declaración de nulidad del despido siempre que se declare violación de la prueba de despido por violación de derechos fundamentales (posición garantista unilateral), una comprensión más sistemática del mismo, aten-

diendo a que en juego hay también un derecho fundamental –como mínimo– del empleador –el derecho a la prueba válida–, exige ponderar el juego de validez y eficacia de las pruebas que sean realmente autónomas o ajenas a la prueba ilícita. Para ello, el juez debe extremar su juicio de valoración de la validez de las demás pruebas, asegurándose que no hay una mínima contaminación o irradiación de la ilícita en las demás, en línea con lo que tuvo lugar en el asunto López Ribalda I y confirma también, lógicamente, López Ribalda II. El TEDH no considera tampoco violado el derecho a un proceso justo ex art. 6 CEDH.

Al respecto, si bien es cierto que afirma que no puede entrar a enjuiciar las validez de las pruebas judiciales usadas en el proceso nacional, sí que realiza más de una reflexión que resulta muy útil para comprender más adecuadamente el juego de la prueba ilícita por violación de derechos fundamentales y la incidencia de la doctrina de los “frutos del árbol prohibido o envenenado” en los procesos laborales. Así, cuando en el supuesto se identifica medios probatorios desligados de la prueba tecnológica que ha sido invalidada, tendrán plena validez y eficacia (art. 11 LOPJ). Aunque, debe de quedar muy claro: la violación del derecho fundamental siempre debe resarcirse.

En suma, el Derecho del Trabajo debe disuadir de usos ilícitos de los medios de prueba (tecnológicos). Pero no puede –o no debería, so pena de una visión que de tan unilateralmente garantista sería miope, ajena a la realidad de la ambivalencia de la norma laboral– dejar desarmado procesalmente al empleador en sus facultades de probática lícita.

#### **4. LA (OLVIDADA) GARANTÍA REPARADORA: LA ILICITUD DE LA PRUEBA DIGITAL GENERA UN DERECHO INDEMNIZATORIO AUTOMÁTICO**

Ciertamente, cualquier que sea la tesis asumida finalmente, y que seguramente deberá darla la sala de casación en unificación de doctrina ante tanta contradicción –al margen del extremado rigor de la barrera del art. 219 LRJS para alcanzar un juicio de estas características en materias propias del despido, siempre ensombrecidas por la regla del extremo casuismo–, lo auténticamente cierto e irrefutable es que cuando hay una violación del derecho fundamental por un ejercicio contrario al mismo de la prueba tecnológica debe haber un resarcimiento de los daños ex art. 183 LRJS. Sea nulo –en este caso es más fácil su aplicación práctica, pues deviene hoy casi “natural”, obvia–, sea improcedente o, incluso procedente, el despido realizado constatando una lesión del derecho fundamental –a la protección de datos personales, en nuestro caso, como más general, u otro derecho de la personalidad: intimidad, honor, propia imagen, etc.–, requiere reparación indemnizatoria. Pese a lo elemental que hoy debiera resultar este efecto, atendiendo a la evolución juris-

prudencial hacia la automaticidad del derecho a la indemnización por vulneración de derechos fundamentales (ej. últimamente STS 347/2019, 8 de mayo), lo cierto es que resulta totalmente ignorado u olvidado.

Pudiera entenderse que así sucediera hace años –ej. STSJ Extremadura de 30 de julio de 2014, rec. 284/2014–, cuando la doctrina de casación no aceptaba el juego automático del derecho indemnizatorio ex art. 183 LRJS. Pero no hoy. De forma muy sorprendente, sigue sucediendo, como se decía, aun declarado el despido nulo. En este sentido, la *STSJ Cataluña 1887/2018, 22 de marzo*, deja sin indemnización por daño moral un despido anulado por violación del derecho a la intimidad en la prueba tecnológica [grabación con cámaras instaladas en el almacén] usada para intentar acreditar los incumplimientos [fumar y consumir productos de la empresa de alimentación en la que trabaja sin pasarlos por caja]. La sala de suplicación social catalana revocó la sentencia de instancia social, que había estimado la procedencia del despido realizado por la empresa. A diferencia de la instancia, la suplicación valoró la prueba de video-vigilancia como vulneradora tanto del derecho a la protección de datos como a la privacidad ex art. 18.1 CE de la persona trabajadora [no constaba ni la información previa suficiente ni se respetaba la proporcionalidad].

Pese a eso, asumirá que no habría más efectos que readmisión-salarios de tramitación. ¿Rara avis? Lamentablemente no.

La STSJPV 470/2018, 27 de febrero, declaró *la nulidad del despido (expulsión) de una socia trabajadora de cooperativa de consumo (EROSKI)*, también por la ilegitimidad de la prueba de video-vigilancia (FJ Cuarto, in fine). Sin embargo, no fija indemnización adicional ¿Por qué no se pidió?

En este estado de deficiencias y olvidos no ayuda mucho tampoco ni el TS ni el TEDH, garante europeo último de los derechos fundamentales de esta naturaleza ex art. 8 CEDH. Si el primero mantiene una fragante contradicción, el segundo perpetúa una permanente incertidumbre, en la medida en que ha ido dejando pasar todas las oportunidades que ha tenido, tanto la sala social como la sala penal, de zanjar, en lo posible, tan significativa cuestión jurídica.

En lo que hace a la posición del TEDH, es posible expresar cierta perplejidad respecto de las decisiones jurisdiccionales nacionales que, primando la doctrina López Ribalda, dejan sin indemnización adicional por daño moral la lesión del derecho fundamental a la privacidad con pruebas tecnológicas ilegítimas. El mayor compromiso garantista con el precedente europeo López Ribalda se frenará, una vez más, en la tutela resarcitorio-disuasoria. En efecto, se recordará que habiendo solicitado las trabajadoras demandantes una indemnización por daño moral –identificada con el mínimo sancionador español ya normalizado: 6.250€–, el TEDH aceptó la existencia de tal daño moral:

“...que no puede ser compensado únicamente por la constatación de una violación. El Tribunal concede a cada solicitante [fueron 5] 4.000 € en concepto de daños inmateriales, más cualquier impuesto que pueda ser imputable a dichos importes” (apartado 104).

Es importante este reconocimiento del plus indemnizatorio que amerita toda violación de un derecho fundamental de la personalidad, porque, como también se recordará, la Gran Sala del TEDH, en el *caso Barbulescu*, confirmará la negativa a una indemnización adicional por daños personales en estos casos. Al respecto, pese a que el trabajador vio truncada toda su carrera por un uso ilegítimo de la prueba de monitorización del ordenador por la empresa, reclamando 200.000€ en concepto de daño moral sufrido como consecuencia de su despido [se truncó su carrera, perdió oportunidades de empleo al no poder encontrar, su nivel de vida se deterioró, se degradó su condición social, su novia decidió poner fin a su relación, etc.], el TEDH se descolgará con una afirmación tan sorprendente como irrealista, e injusta:

“El Tribunal considera [siguiendo estrictamente la alegación del Gobierno rumano] que *la constatación de una violación constituye una satisfacción suficiente y justa por cualquier daño moral sufrido* por el demandante” (Apartado 147)

No merece mucho comentario tan disparatada posición hermenéutica –rayana en la soberbia judicial– de quien es el máximo garante de los derechos civiles humanos de las personas, también de las trabajadoras. No solo nos hace dudar de la visión que de la realidad tiene el TEDH, sino que evidencia que no siempre asume el papel de “héroe social” que se le atribuye, también protagoniza a veces el de “villano social” (con la sentencia López Ribalda II lo ha vuelto a confirmar, no tanto porque se ponga del lado del empleador que pretende evitar apropiaciones indebidas en su empresa, lo que es muy legítimo, incluso debido, sino por su debilidad argumental).

El TEDH propicia, pues, situaciones de reduccionismo de la tutela del derecho fundamental a una pura simbología, dejando la tutela en meramente testimonial. El trabajador rumano se ha hecho célebre mundialmente, pero habrá sido despedido de forma “inconstitucional”, contrariando los derechos humanos, ocasionándole perjuicios de todo tipo, patrimoniales y personales. Frente a esa auténtica realidad perjudicial, el TEDH se vanagloria –en este caso, no en el asunto López Ribalda– con la satisfacción moral que supondría, por sí sola, una victoria en tan ilustre nivel jurisdiccional, por lo que sería bastante tutela.

Tampoco hallamos la debida certidumbre hermenéutica en el ámbito nacional. Pese a que tanto en la STS 118/2018 (orden social), como en la STS 489/2018



(orden penal) se suscitó el debate jurídico, ninguna lo ha abordado frontalmente hasta ahora. La primera validó la prueba tecnológica (anulada por la sentencia de suplicación), con lo que fue avalada la procedencia del despido, por lo que ningún pronunciamiento indemnizatorio cabe. Y en la segunda, la devolución a la instancia penal de los autos, por nulidad de la prueba digital (en línea con lo que ha hecho la citada sentencia de la sala de suplicación sevillana), al entender que median otras pruebas válidas que podrían incidir en la calificación del delito, nos dejó también en suspense.

A mi juicio, *la posición excluyente de la indemnización adicional por daño personal a raíz de la violación de un derecho fundamental con la prueba tecnológica* (protección de datos, intimidad, etc.) *es inasumible en nuestro sistema jurídico*. Éste gozar de plena libertad para mejorar la protección ofrecida por el TEDH, como se deriva de la actual interpretación del art. 183.2 LRJS por la jurisprudencia social consolidada. En virtud de la comprensión hermenéutica de este precepto legal, *la indemnización resarcitorio-disuasoria procede en todo caso ex art. 183 LRJS*. Y ello, como se dijo, al margen de cuál sea la calificación del despido –nulo, improcedente o procedente– mediando prueba tecnológica contraria a derechos fundamentales.

Por lo tanto, no siendo dudosa la procedencia de este derecho resarcitorio (con la finalidad doble ex art. 183 LRJS: reparación íntegra del daño moral y efecto disuasorio de estos usos de las pruebas tecnológicas), el debate jurídico se desplazaría, de nuevo, a sede procesal: ¿en qué proceso se exige tal tutela indemnizatoria por violación de un derecho fundamental? ¿En el mismo de despido o en otro diferenciado y autónomo, de reclamación de cantidad con causa de pedir asentada en la violación del derecho fundamental, ya declarado? Si el despido se declarara improcedente, no nulo, o, más aún, procedente, por lo que no procedería más acción que la del art. 109 LRJS, en el que se prohíbe cualquier indemnización, así como los salarios de tramitación ¿cómo se puede resolver *lege data* estos obstáculos procesales?

Ciertamente, puede pensarse que existe un importante obstáculo procesal a reclamar y obtener, en el procedimiento de despido, una indemnización específica por la violación del derecho fundamental en virtud de una prueba tecnológica contrario a él, aunque el despido no termine calificándose de nulo, sino improcedente, e incluso procedente, como se ha visto. La prohibición de acumular una acción de reclamación de cantidad a la de despido (art. 26.1 LRJS), o incluso la falta de previsión de una indemnización adicional si el despido se declara procedente (art. 109 LRJS), o improcedente (art. 110 LRJS). Por lo tanto, la solución a esta insuficiencia de justicia resarcitorio-disuasoria vendría de la mano de interponer una demanda por vulneración de derechos fundamentales, actuando la sentencia que declara nula la prueba por violación de derecho fundamental como cosa juzgada (para algunos problemas ligados a esta cuestión en la materia vid. STSJ Cataluña 3760/2019, 12 de julio, citada).

Ahora bien, con ser racional, e incluso razonable, esa opción para adecuar el derecho sustantivo con el imperativo procesal, entiendo que no es ni la única opción posible ni la óptima desde el Derecho vigente. A mi juicio, existen razones jurídicas más sólidas para que proceda en el mismo proceso de despido la indemnización, aunque se declare procedente o improcedente, no nulo, como en todo caso exigiría un sector de doctrina científica y judicial –la nulidad de la prueba debería determinar la nulidad del despido, en todo caso–. De un lado, el propio art. 26.2 LRJS prevé la posibilidad de acumular a todo proceso la acción de indemnización de daños por violación de derechos fundamentales. De otro, tampoco el art. 113 LRJS contempla para la acción de despido el efecto de la indemnización adicional, pero eso no impide que sea una doctrina consolidada ya su exigencia, integrando la laguna persistente con el art. 183 LRJS. Finalmente, también los principios de economía procesal, así como de efectividad de la tutela judicial (el derecho de protección de datos personales es materia de Derecho de la UE, haciendo aplicable también el art. 47 CDFUE)

## 5. CONCLUSIÓN

Con insignes procesalistas, también del trabajo, hay que recordar que la búsqueda exacerbada de la verdad material se fundaría en un “mito inmerso en la más rancia concepción autoritaria del Estado, concepción que incluso puede calificarse de totalitaria”<sup>12</sup>. Qué duda cabe de que ese juicio es también válido para el principio de autoridad del empleador en la empresa, por lo que no cabe sacrificar en el altar de sus legítimos intereses a la eficacia del control los derechos fundamentales del trabajador.

Naturalmente, esta observación jurídica, elemental e irrefutable en un Estado Constitucional de Derecho, coherente con la posición de preferencia de los derechos fundamentales de las personas en él, también exige transparentar una realidad que a veces queda en segundo plano, sino totalmente olvidada: las personas empleadoras son también portadoras de derechos fundamentales cuando ejercen sus facultades de control empresarial. Y no ya solo por la integración de las mismas en la libertad de empresa, hoy derecho económico fundamental comunitario (art. 16 Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea), sino por la confluencia con el derecho humano fundamental a la efectividad de la tutela judicial (art. 47 CDFUE en relación art. 24 CE), en el que el derecho a la prueba aparece igualmente concernido. Por eso, siendo estos casos (pese a la nueva regulación legislativa –comunitaria y nacional–, cuyo grado de ajuste de la segunda –ley española– a la primera –reglamento comunitario– está todavía por dilucidar jurídicamente), un

<sup>12</sup> Vid. Montero Aroca, J. (Director). *La Prueba*. Consejo General del Poder Judicial. Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid. 2000, p. 289

campo abonado al método ponderativo y del justo equilibrio entre posiciones –de derechos fundamentales– opuestos, con claras desigualdades de poder real, no se olvide, conviene recordar algo también elemental

“La ponderación es... la optimización relativa a principios contrapuestos (...) Cuanto mayor sea el grado de insatisfacción o de detrimento de un derecho o de un principio, mayor debe ser la importancia de satisfacer el otro”<sup>13</sup>.

En suma, la ponderación de derechos e intereses legítimos contrapuestos en juego ha de resolverse menos con el total sacrificio de los de una parte respecto de los de otra y más con una adecuada ponderación, un justo equilibrio. A mi juicio, este ideal ponderativo se concreta, para nuestro caso, en dos reglas precisas y prácticas. De un lado, en la necesidad de no dejar sin reparar ni una sola violación de un derecho fundamental de las personas trabajadoras, como las que se producen con el ejercicio anticonstitucional de las facultades de prueba digital (o tecnológica en general), lo que generará en muchos casos la nulidad no tan solo de la prueba sino de la medida –el despido–, con indemnización adicional ex art. 183.2 LRJS.

Pero tampoco, de otro lado, tampoco infravalorar el derecho fundamental del empleador a la prueba de los incumplimientos. Debe asumirse la validez y eficacia de la probática descontaminada de la vulneración del derecho –esta afirmación si es una de las certezas que ha creado la Gran Sala del TEDH con López Ribalda II–, declarando la improcedencia del despido, si las pruebas válidas no dejan acreditado la suficiente entidad del incumplimiento, o la procedencia, si concurren otras válidas que sí son suficientemente eficaces a tal fin. Pero siempre, se insiste, reparando –de forma íntegra, en lo posible, y disuasoria– la violación del derecho sustantivo fundamental mediante una prueba tecnológica injustificada, no transparente o desproporcionada. Y todo ello en unidad de proceso.

Veremos cómo resuelve la doctrina de casación social la actual polémica al respecto, también el nuevo envite del TEDH en relación al sentido y alcance real del deber de transparencia previa, y por tanto la prohibición general de controles ocultos, a propósito de la doctrina López Ribalda II. Aunque la tentación será a ratificarse, puesto que la rectificación del TEDH eso pareciera alumbrar, convendría no olvidar que nunca se puede volver al mismo lugar y en las mismas condiciones, porque uno u otras, o las dos, ya han cambiado. Ahora la doctrina constitucional es otra y el RGPD no prevé, de forma expresa, excepciones, por lo que las contempladas deben fijarse de una manera más restrictiva que lo ha hecho, por ejemplo, el art. 89 LOPD-GDD. Pero esa es otra historia, que aquí no podemos contar. Tiempo habrá.

<sup>13</sup> Vid. Alexy, R. Teoría de los derechos fundamentales, CEC, Madrid, 2002, p. 162

## **CALL FOR PAPERS FOR THE 2020 MARCO BIAGI AWARD**

To stimulate scholarly activity and broaden academic interest in comparative labour and employment law, the International Association of Labour Law Journals announces a Call for Papers for the **2020** Marco Biagi Award. The award is named in honor of the late Marco Biagi, a distinguished labour lawyer, victim of terrorism because of his commitment to civil rights, and one of the founders of the Association. The Call is addressed to doctoral students, advanced professional students, and academic researchers in the early stage of their careers (that is, with no more than three years of post-doctoral or teaching experience).

1. The Call requests papers concerning *comparative and/or international* labour or employment law and employment relations, broadly conceived. Research of an empirical nature within the Call's purview is most welcome.
2. Submissions will be evaluated by an academic jury to be appointed by the Association. Submitted papers should include an abstract.
3. The paper chosen as the winner of the award will be assured publication in a member journal, subject to any revisions requested by that journal.
4. Papers may be submitted preferably in English, but papers in French or Spanish will also be accepted. The maximum length is in the range of 12,500 words, including footnotes and appendices. Substantially longer papers will not be considered.
5. The author or authors of the paper chosen as the winner of the award will be invited to present the work at the Association's **2020** meeting which is to be announced soon on the website of the Association. Efforts are being undertaken to provide an honorarium and travel expenses for the presentation of the paper. Until that effort bears fruit, however, the Association hopes that home institutional funds would be available to support the researcher's presentation.
6. The deadline for submission is 31 March **2020** (final date of submission). Submissions [*and a short bio of the author*] should be

sent electronically in Microsoft Word both to *Lavoro e diritto* at [lavoroediritto@unife.it](mailto:lavoroediritto@unife.it) and to Frank Hendrickx, the President of the Association, at [frank.hendrickx@kuleuven.be](mailto:frank.hendrickx@kuleuven.be) and his secretariat: [iar@kuleuven.be](mailto:iar@kuleuven.be)