



LaBoUR & Law Issues
Rights | Identity | Rules | Equality

Nuevas tecnologías y control empresarial de la actividad laboral en España

J. A. FERNÁNDEZ AVILÉS – V. RODRÍGUEZ-RICO ROLDÁN
Universidad de Granada

vol. 2, no. 1, 2016

ISSN: 2421-2695





Nuevas tecnologías y control empresarial de la actividad laboral en España

JOSÉ ANTONIO FERNÁNDEZ AVILÉS

Universidad de Granada

jfaviles@ugr.es

VICTORIA RODRÍGUEZ-RICO ROLDÁN

Universidad de Granada

victoriarrico@ugr.es

ABSTRACT

The new information and communication technologies launch new challenges for the protection of fundamental rights in labour relations. Their use in fact allows new intense and pervasive forms of control and supervision of worker activities hitherto unthinkable.

This study analyses the situation of Spanish law, both in the light of the technique of the balancing of fundamental rights using the proportionality test, used by legal theory and by the Constitutional Tribunal, and through the analysis of settled case law on the most common methods of remote control of workers (control of electronic mail, installation of video surveillance systems, geolocalization).

The conclusion is that, in the absence of more specific legislative development, the assessment criteria are likely to be overly general and conditioned by a case law investigation that produces different solutions according to the specific nature of the actual case.

Keywords: employer's monitoring powers; privacy; employee's dignity

Nuevas tecnologías y control empresarial de la actividad laboral es España

SOMMARIO: 1. Las nuevas tecnologías en las relaciones de trabajo: una aproximación general. - 2. El poder de dirección del empresario y el derecho a la intimidad del trabajador: exigencias de ponderación - 2.1. Los derechos fundamentales del trabajador en el marco de las relaciones laborales. - 2.2. Los límites al ejercicio de los derechos fundamentales. - 2.3. El juicio de proporcionalidad: articulación y presupuestos. - 3. Especial referencia a algunos de los supuestos problemáticos más actuales. - 3.1 La utilización del correo electrónico para fines extralaborales y su control. - 3.2 La instalación de cámaras de videovigilancia y circuitos cerrados de televisión. - 3.3 Los dispositivos de geolocalización: el GPS. - 4. Conclusiones.

1. Las nuevas tecnologías en las relaciones de trabajo: una aproximación general.

No es nada nuevo señalar que las tecnologías de la información y la comunicación llevan tiempo instaladas, entre otros muchos escenarios, en el propio de las relaciones laborales. Ciertamente, los centros de trabajo asisten a una creciente implementación (e innovación) tecnológica en la pretendida búsqueda de la reducción de los costes y la mejora de la producción. Aspectos tales como los procesos productivos, con la irrupción de formas atípicas de servicios dependientes y la flexibilización de la concreción horaria tradicional de la jornada de trabajo, la gestión empresarial, la organización económica o la misma selección de personal se hallan insertos en un dinámico proceso de tecnificación.

El poder directivo encuentra en las nuevas tecnologías un instrumento clave para mejorar la efectividad de la organización y el rendimiento del trabajador, cuya actividad se ve facilitada con la utilización de las herramientas de trabajo adaptadas a las nuevas tecnologías. Pero la generalización tecnológica a la que se asiste hoy día no sólo se traduce en ventajas, pues el empleo de dispositivos tecnológicos en la empresa genera a su vez no escasas disyuntivas. Como se ha sostenido (1), el empleo abusivo de instrumentos tecnológicos de trabajo supone para el empleador un daño económico, *lucrum cesans*, concretado en el tiempo que el trabajador dedica a cuestiones distintas y ajenas a las propiamente laborales; de otro lado, aparece la amenaza a la capacidad del sistema informático corporativo y la seguridad, imagen y competitividad de la empresa en el caso de que datos confidenciales sean transmitidos fuera del ámbito laboral. En todo caso, es en las facultades de control empresarial donde las mencionadas disyuntivas se hacen más evidentes en forma de

(1) RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: *Poder de control empresarial, sistemas tecnológicos y derechos fundamentales de los trabajadores*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, págs. 14 y 15.

controversias jurídicas no siempre fáciles de resolver. Y es que los avances en la tecnología habilitan nuevas posibilidades de supervisión que, en muchos casos de tipo simultáneo, favorecen el almacenamiento y tratamiento de información, bien mediante registros de soportes informáticos que siendo propiedad de la empresa son puestos a disposición del trabajador, bien mediante filmaciones almacenadas, a partir de las cuales el empresario puede reconstruir los perfiles de los trabajadores. Es así como los métodos más tradicionales propios del sistema de producción *fordista*, basados en la vigilancia personal, directa e inmediata de la ejecución del trabajo, son paulatinamente desplazados conforme avanza la implantación de medios tecnológicos que permiten un *control más penetrante e incisivo, por continuo y exhaustivamente panorámico* (2). En este sentido, las nuevas formas de control tecnológico moldean el poder de dirección del empresario con nuevas herramientas que permiten una vigilancia a distancia en términos espaciales y temporales y una intensa recogida de datos, muchos de corte laboral, siendo otros ajenos al contexto de la prestación de servicios. No extraña así que se haya llegado a afirmar que la profecía orwelliana del gran hermano adquiere dimensiones laboralizadas (3).

A título ilustrativo, junto a las técnicas de reproducción de la imagen y el sonido, de monitorización de ordenadores, o de supervisión de conexión a internet y correspondencia electrónica mediante la instalación de programas espía, emergen otras nuevas como las propias de geolocalización (el sistema de posicionamiento global o GPS permite conocer la situación exacta de los usuarios a través de satélites) o de control biométrico de los trabajadores. El avance tecnológico permite, por tanto, que el control empresarial gane en cantidad y en calidad, pues habilita un mayor número de instrumentos capaces de fiscalizar más aspectos de los controlables mediante la vigilancia tradicional, siendo además más precisos y detallados, al tiempo que abren un gran número de posibilidades de almacenamiento y de reproducción. Como se ha denunciado (4), estas técnicas permiten al empresario obtener un perfil bastante acabado del trabajador a partir de reelaboraciones e interconexiones sectarias, arbitrarias, desactualizadas y, sobre todo, no controladas, que pueden llevar a continuas valoraciones inexactas a lo largo de las distintas fases de la relación contractual: desde el momento de la selección, pasando por el desarrollo del contrato (al servir para poder valorar, por ejemplo, el rendimiento a efectos retributivos o de ascensos) y llegando incluso a la posibilidad de su extinción (justificando un despido por disminución voluntaria y continuada en el rendimiento, un despido objetivo también vinculado a la productividad, o incluso actuando como criterio de selección de trabajadores a la hora de amortizar puestos de trabajo o proceder a despidos

(2) 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, pág. 147.

(3) TASCÓN LÓPEZ, R.: “El lento (pero firme) proceso de decantación de los límites del poder de control empresarial en la era tecnológica”, *Aranzadi Social*, núm. 17, 2007.

(4) RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: *El derecho a la protección de datos personales de los trabajadores: nuevas perspectivas*, Bomarzo, Albacete, 2009, pág. 89.

colectivos por causas técnicas, económicas, organizativas o de producción). Asimismo, y atendiendo a sus efectos en la persona del trabajador, diversos estudios han concluido que los trabajadores que son objeto de monitorización tienen más probabilidades de sentirse desconfiados, bajar en iniciativa, desmotivarse para sobrellevar mayores cargas de trabajo o para desempeñar puestos de responsabilidad, tener menores sentimientos de lealtad y sufrir mayor estrés, con el riesgo de producirse ciertos “efectos panópticos”, incluyéndose entre ellos un sentido reducido de la privacidad, una creciente inseguridad en el trabajo y una menor comunicación (5).

En contra de lo que cabría pensar, la ingente tecnificación del proceso productivo no introduce mayores dosis de flexibilización en la subordinación del trabajador. Las altas posibilidades de supervisión que propician los avances tecnológicos y que dan lugar a un tipo de control empresarial extremadamente intenso abocan a una rigidez de la dependencia jurídica a medida que las prestaciones de servicios experimentan una intensificación máxima del control empresarial antes desconocida (6). La cuestión se complica si se tiene en cuenta que la generalización tecnológica exige un continuo proceso de actualización legislativa pues, como se ha indicado de forma muy ilustrativa, “una de las características de las nuevas tecnologías es que, en realidad, siempre son nuevas” (7). En este sentido, los instrumentos de control tecnológicos se encuentran sometidos a una constante evolución, de forma que las soluciones dadas en la actualidad a las controversias jurídicas derivadas de su uso en el ámbito laboral quedarán más pronto que tarde desfasadas porque las posibilidades que brindara el instrumento en cuestión habrían quedado superadas y los problemas serían otros distintos.

De lo anterior no resulta costoso colegir que la innovación tecnológica plantea distintos desafíos en una dialéctica por otra parte nada novedosa: la que enfrenta al poder de dirección del empresario y los derechos fundamentales del trabajador. Si bien es cierto, como se acaba de señalar, que el impacto de las nuevas tecnologías en los procesos productivos se halla en directa conexión con las facultades de control empresarial, que se ven acrecentadas con este cambio tecnológico, no es menos cierto que al frente se impone el derecho a la intimidad del trabajador, derecho que viene a constituir una suerte de límite en la operatividad de aquéllas. Efectivamente, el desarrollo de las nuevas tecnologías se ha visto acompañado en el tiempo de un paralelo proceso de centralidad del derecho a la intimidad del trabajador, conforme se asumía el riesgo que generan aquéllas en la protección de este derecho. En esta dicotomía, connatural a la propia de la relación

(5) GUDE FERNÁNDEZ, A.: “La videovigilancia laboral y el derecho a la protección de datos de carácter persona”, *Revista de Derecho Político*, núm. 91, 2014, págs. 46 y 47.

(6) SELMA PENALVA, A.: “Las peculiaridades prácticas del control en la empresa”, *Anales de Derecho*, núm. 27, 2009, pág. 95.

(7) SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C. y SEMPERE NAVARRO, A. V.: *Las TICs en el ámbito laboral*, Francis Lefebvre, Madrid, 2015, págs. 10 y 11.

jurídico-laboral, se inscribe precisamente el presente artículo y a ella se dedican las páginas que siguen. Se trata de valorar la potencialidad lesiva que el control tecnológico incorpora respecto de los derechos fundamentales del trabajador, principalmente el de la intimidad, sin perjuicio de que se invoque cada vez más al efecto el derecho al secreto de las comunicaciones y a la protección de datos. En este sentido, sostener que el desarrollo de la técnica no debe verse acompañado de las necesarias garantías de los derechos fundamentales de los trabajadores supondría descartar un punto crucial de partida. El principal problema estriba en determinar hasta qué punto las técnicas avanzadas permiten controlar la actividad del trabajador o bien la misma persona del trabajador. En principio, es claro que dichas técnicas deben abstenerse de toda intromisión en la esfera privada e íntima del trabajador y de hacer uso de lo así conocido, pero es aquí donde radican las principales dificultades de deslinde.

La problemática relativa a la colisión entre la vigilancia empresarial y el derecho a la intimidad del trabajador es de orden material, vinculada al alcance del poder de control del empresario en la ejecución de la prestación laboral, pero también desde luego de orden procesal, toda vez que esta temática suele emerger con fuerza a propósito de la validez de la prueba para determinar si ha sido obtenida o no mediante violación de derechos fundamentales, procediendo en su caso la declaración de nulidad de la decisión extintiva de la relación laboral, con la consecuente obligación de readmitir al trabajador en la empresa (8).

En efecto, a través de las técnicas enunciadas líneas arriba, los empresarios obtienen datos que pueden servir posteriormente en sede judicial para acreditar el incumplimiento contractual del trabajador. Cuando dicho incumplimiento se hubiese constatado a través de medios ilícitos en cuanto vulneradores de alguno de los derechos fundamentales del trabajador, no cabría defensa alguna de la validez del despido, imponiéndose la necesidad de emplear otros medios de prueba que sí resultasen respetuosos con tales derechos. En este sentido, conviene recordar que el art. 90.2 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social prohíbe la admisión de pruebas que tuvieran su origen o que se hubieran obtenido, directa o indirectamente, mediante “procedimientos que supongan violación de derechos fundamentales o libertades públicas”. En cualquier caso, rara vez se dirime la cuestión atinente a la validez de la prueba que ha servido de base al despido mediante la vía del proceso especial de tutela de los derechos fundamentales porque haya impugnado el trabajador directamente un determinado medio de control.

(8) Véase al respecto DESDENTADO BONETE, A. y MUÑOZ RUIZ, A. B.: “Trabajo, videovigilancia y controles informáticos. Un recorrido por la jurisprudencia”, *RGDTSS*, núm. 39, 2014, *iustel.com*, pág. 2 y ss.

2. El poder de dirección del empresario y el derecho a la intimidad del trabajador: exigencias de ponderación

2.1. Los derechos fundamentales del trabajador en el marco de las relaciones laborales

Mediante la celebración del contrato de trabajo, nace a favor del empresario el denominado poder de dirección. Inserto con carácter más general en la libertad de empresa que consagra el art. 38 CE en el marco de la economía de mercado, este poder engloba la facultad de control para fiscalizar el cumplimiento del trabajador respecto de las obligaciones contractuales atendiendo en todo caso las instrucciones dadas por el empleador en el ejercicio de la potestad referida (9). Así pues, el trabajador se inscribe en la misma organización empresarial y queda sometido a la vigilancia del empresario en el desarrollo de la prestación de servicios. Esta no es sino directa consecuencia de la *dependencia* como una de las notas definidoras de la relación jurídico-laboral (10). A este respecto, conviene insistir en que la evolución de la tecnología ha avivado el control empresarial, pero también el debate sobre los límites que cabe oponer al mismo en virtud del derecho a la intimidad del trabajador.

El art. 20 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (en adelante, ET), tras prescribir en su apartado primero que el trabajador estará obligado a realizar el trabajo convenido bajo la dirección del empresario o persona en quien éste delegue, señala en el tercero que el empresario podrá adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales, guardando en su adopción y aplicación la consideración debida a su dignidad y teniendo en cuenta, en su caso, la capacidad real de los trabajadores con discapacidad. El precepto adolece, desde luego, de un carácter sumamente impreciso por lo escueto de su contenido, al tiempo que hoy día se manifiesta un tanto desfasado al omitir toda referencia a la implementación tecnológica que caracterizan las nuevas formas de control empresarial en la actualidad. Son dos únicamente los límites que el art. 20.3 ET parece imponer en la delimitación de la facultad de control del empresario, de modo que no cabría entender que, en su ejecución, éste dispusiese de absoluta libertad (11). De un lado, la

(9) El art. 5.c) ET señala, entre los deberes básicos de los trabajadores, el cumplimiento de las órdenes e instrucciones del empresario en el ejercicio regular de sus facultades directivas.

(10) El art. 1.1 ET dispone que “esta ley será de aplicación a los trabajadores que voluntariamente presten sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario”.

(11) LÓPEZ AHUMADA, J. E.: “La tutela del derecho a la intimidad del trabajador y el control audiovisual de su actividad laboral”, *RGDTSS*, núm. 14, 2007, pág. 9. En el mismo sentido, CHACARTEGUI JÁVEGA, C.: *Dignidad de los trabajadores y derechos humanos del trabajo según la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Bomarzo, Albacete, 2013, pág. 91.

actividad empresarial debe orientarse necesariamente al control del debido cumplimiento de las obligaciones vinculadas con el trabajo pactado en el contrato, sin que queden incluidas en este poder las indagaciones que excedan del ámbito laboral en el que se desarrolle la prestación de servicios. El control del empresario se encuentra condicionado por los propios límites de la relación jurídica de trabajo, de manera que no puede alcanzar más que a los extremos que estén en conexión directa con la misma, lo que impide cualquier fiscalización de la vida privada del trabajador desvinculada de los aspectos técnico-organizativos del trabajo. De otro lado, cualquier medio empleado en la vigilancia de la actividad laboral ha de respetar ineludiblemente la dignidad del trabajador. Reconocida en el art. 10.1 CE como fundamento del orden político y de la paz social, la dignidad humana se erige en un límite de gran amplitud pues, como ha señalado el Tribunal Constitucional (12), “obliga a reconocer a cualquier persona, independientemente de la situación en que se encuentre, aquellos derechos o contenidos de los mismos imprescindibles para garantizarla”. Aun cuando el control empresarial obedezca a una finalidad legítima de supervisión de la actividad laboral, se habrá de determinar si el modo de ejecutarlo, esto es, los mecanismos de vigilancia de la actividad laboral utilizados por el empleador, cumplen con la debida garantía de la dignidad del trabajador.

En todo caso, conviene matizar, el necesario respeto a la dignidad que debe guardar cualquier instrumento de fiscalización no habilita al trabajador a invocar un pretendido “derecho a la conservación incondicional de la intimidad”, pues las especiales características del contrato de trabajo convierten en ilegítima una cierta reducción de la zona protegida por la norma, de forma que la misma idea del ingreso en la organización empresarial comporta una cierta compresión de los derechos de los que el individuo es titular (13), sin que ello pueda justificar en ningún caso medidas incompatibles con la dignidad de la persona del trabajador. Encontrar el equilibrio en esta dinámica resulta, en ocasiones, tan complejo como necesario.

La referencia a la dignidad humana, fundamento común de todos los derechos fundamentales, enlaza necesariamente con el discurso de los derechos en el trabajo. Lo cierto es que los derechos fundamentales tienen implicaciones no sólo frente a los poderes públicos sino también entre agentes privados en el marco de sus relaciones privadas. Es la denominada teoría de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales o *Drittwirkung*. El laboral es precisamente uno de los contextos más privilegiados para aseverar esta proyección de los derechos subjetivos en las relaciones de derecho privado. Es doctrina constitucional la que sostiene que “la celebración de un contrato de trabajo no implica en modo alguno la privación para una de las partes, el trabajador, de los derechos que la Constitución le concede como ciudadano”, de modo que “ni las organizaciones empresariales forman mundos

(12) STC 236/2007, de 7 de noviembre.

(13) CARDONA RUBERT, M. B.: “Las relaciones laborales y el uso de las tecnologías informáticas”, *Lan Harremanak. Revista de Relaciones Laborales*, núm. extra, 2003, págs. 167 y 168.

separados y estancos del resto de la sociedad, ni la libertad de empresa que establece el art. 38 del texto constitucional legitima el que quienes prestan servicios en aquéllas por cuenta y bajo la dependencia de sus titulares deban soportar despojos transitorios o limitaciones injustificadas de sus derechos fundamentales y libertades públicas, que tienen un valor central y nuclear en el sistema jurídico constitucional. Las manifestaciones de feudalismo industrial repugnan al Estado social y democrático de Derecho y a los valores superiores de libertad, justicia e igualdad a través de los cuales ese Estado toma forma y se realiza (art. 1.1)” (14).

El trabajador no sólo goza de derechos laborales en sentido estricto, esto es, derechos específicos inherentes a su condición de trabajador, que despliegan efectos concretos en el ámbito de las relaciones laborales, pues también es titular de los comúnmente denominados derechos de la persona a los que desde luego no renuncia por constituir parte contractual de la relación jurídica de trabajo. Por tanto, los derechos fundamentales cuentan con plena efectividad también en el contexto laboral. Como ha señalado el Tribunal Constitucional, el contrato de trabajo no puede considerarse como un título legitimador de recortes en el ejercicio de los derechos fundamentales que incumben al trabajador como ciudadano, que no pierde su condición de tal por insertarse en el ámbito de una organización privada (15). Se trata de derechos fundamentales inespecíficos, definidos como aquellos reconocidos a toda persona (caracterizados por su universalidad, indisponibilidad y reconocimiento expreso en la norma constitucional) y que son ejercitados por los trabajadores en el marco de la relación laboral, convirtiéndose en verdaderos derechos laborales por razón de los sujetos y de la relación jurídica en que se hacen valer. Precisamente por ser ejercidos en el interior de la organización empresarial, estos derechos van a verse sometidos a una serie de límites justificados en el poder empresarial y las obligaciones propias del contrato de trabajo, configurándose así una peculiar ciudadanía en la empresa para el trabajador (16). Entre estos derechos fundamentales inespecíficos, interesa detenerse, por razón del objeto del presente trabajo, en el derecho a la intimidad.

El nexo entre libertad e intimidad resulta evidente a estos efectos, pues la intimidad implica autonomía en el sentido de autodeterminación de la información que los demás obtienen de nosotros. Con BOBBIO puede afirmarse que el desarrollo de la teoría de la libertad comprende el que “todo ser humano deba tener una esfera de actividad personal protegida contra la injerencia de todo poder externo” (17). En este sentido, el Tribunal Constitucional sostiene que el atributo más importante de la intimidad, como núcleo central de la personalidad, es la facultad de exclusión de los demás, de abstención de injerencias por parte de otro, tanto en lo

(14) STC 88/1985, de 19 de julio.

(15) STC 126/2003, de 30 de junio.

(16) GUTIÉRREZ PÉREZ, M.: *Ciudadanía en la empresa y derechos fundamentales inespecíficos*, Laborum, Murcia, 2011, págs. 17-40.

(17) BOBBIO, N.: *El tiempo de los derechos*, Sistema, Madrid, 1991, pág. 44.

que se refiere a la toma de conocimientos intrusiva, como a la divulgación ilegítima de estos datos (STC 142/1993, de 22 de abril). En otras palabras, el reconocimiento del derecho a la intimidad personal tiene por objeto garantizar al individuo un ámbito reservado de su vida, vinculado con el respeto de su dignidad como persona, frente a la acción y el conocimiento de los demás, sean éstos poderes públicos o personas particulares, de suerte que atribuye a su titular el poder de resguardar ese ámbito reservado frente al conocimiento de terceros y a la publicidad no querida, evitando así las intromisiones arbitrarias en la vida privada (SSTC 231/1988, de 2 de diciembre y 197/1991, de 17 de octubre). Asimismo, y ya en el contexto laboral, el máximo intérprete de la Constitución ha afirmado que el derecho a la intimidad implica 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” (SSTC 98/2000, de 10 de abril y 186/2000, de 10 de julio). En la actualidad existe un concepto actualizado de intimidad (18), el cual ha evolucionado desde su definición original en tanto “derecho a ser dejado solo” hasta el poder de controlar las informaciones que conciernen a cada uno y decidir las modalidades de construcción de la propia esfera privada.

El derecho a la intimidad, derecho de personalidad con rango de derecho fundamental, queda constitucionalmente consagrado en el art. 18.1 de la Carta Magna (“se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen”). En desarrollo del precepto constitucional, la Ley Orgánica 1/1982, de 5 mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen enuncia en su art. 7 lo que considera “intromisiones ilegítimas” y, en particular, el emplazamiento en cualquier lugar de aparatos de escucha, de filmación, de dispositivos ópticos o de cualquier otro medio apto para grabar o reproducir la vida íntima de las personas; así como la captación, reproducción o publicación por fotografía, filme o cualquier otro procedimiento, de la imagen de una persona en lugares o momentos de su vida privada o fuera de ellos, salvo los casos previstos en el art. 8.2 del mismo texto legal. Ya en el plano laboral, el derecho a la intimidad encuentra reconocimiento en el art. 4.2.e) ET, según el cual, el trabajador tiene derecho “al respeto de su intimidad y a la consideración debida a su dignidad” en la relación de trabajo. Se advierte, pues, que el valor de la dignidad vuelve a ser referido en este precepto como indisolublemente vinculado a la intimidad a la que el trabajador tiene derecho en el desarrollo de su actividad laboral.

2.2. Los límites al ejercicio de los derechos fundamentales

Concluido como se acaba de hacer que la celebración de un contrato de trabajo no exceptúa el reconocimiento de los distintos derechos fundamentales que asisten al trabajador, lo cierto es que sí modula en cierta forma el alcance de los

(18) RODOTÀ, S.: *Democracia y protección de datos, Cuadernos de Derecho Público*, núms. 19-20, 2003, pág. 17.

mismos. Luego aunque se reconozca a los trabajadores iguales derechos que al resto de ciudadanos, la protección puede ser más limitada por restrictiva en la lógica de las relaciones laborales (19). En este sentido, el Tribunal Constitucional viene sosteniendo que el contrato entre trabajador y empresario genera un complejo de derechos y obligaciones recíprocas que condiciona, junto a otros, también el ejercicio de los derechos de los que son titulares los trabajadores, de modo que manifestaciones de los mismos que en otro contexto pudieran ser legítimas no tienen por qué serlo necesariamente en el marco de dicha relación (20). No cabe perder de vista que en el marco de las relaciones laborales operan igualmente intereses constitucionales. La libertad de empresa implica poderes empresariales entre los que el control por parte del empresario de las obligaciones laborales es un insigne ejemplo. El trabajador se inserta en el marco organizativo y se halla subordinado (conforme a la misma naturaleza de las posiciones connatural al contrato de trabajo) a las instrucciones de aquél, quedando limitado el alcance de los derechos de los trabajadores. Pero limitación, conviene insistir, no equivale a privación. Es necesario amparar fórmulas jurídicas que permitan conciliar las exigencias propias de la dignidad y privacidad del trabajador con la renovación de los aparatos productivos (21). Planteado el conflicto o colisión entre los derechos de ambas partes, la solución vendría canalizada mediante la ponderación. Y es que, a su vez, la consagración de los derechos fundamentales en el interior de la empresa va a tener, entre otros efectos, la modulación de los poderes empresariales, muy en particular el de control, de modo que suponen un decidido límite en la operatividad de los mismos, superando la versión estrictamente patrimonialista de la relación y operando como derecho de defensa frente al ejercicio ilegítimo de tales potestades (22).

Atendiendo a lo recién expuesto, el derecho a la intimidad lejos de resultar absoluto es susceptible de ser objeto de limitación. Limitación que sólo estaría justificada en la correlativa protección de otro valor considerado digno de protección en el ordenamiento jurídico. Luego aunque la existencia de la relación contractual puede llegar a imponer límites al ejercicio de los derechos fundamentales, estos límites resultan asimismo acotados por “la noción de imprescindibilidad”, que es consecuencia de la posición prevalente que en nuestro ordenamiento poseen los derechos fundamentales (23). El Tribunal Constitucional ha remarcado que el

(19) SEMPERE NAVARRO, A. V. y MATEOS Y DE CABO, O.: “Uso y control de herramientas informáticas en el trabajo (marco legal, pautas judiciales y convencionales)”, en AA. VV.: *Tecnologías de la información y la comunicación en las relaciones de trabajo: nuevas dimensiones del conflicto jurídico*, SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C. (Dir.), Eolas, 2014, págs. 110-114.

(20) SSTC 120/1983, de 15 de diciembre; 6/1988, de 21 de enero; 4/1996, de 16 de enero; 106/1996, de 12 de junio; 1/1998, de 12 de enero; 20/2002, de 28 de enero; 126/2003, de 30 de junio; o 151/2004, de 20 de septiembre.

(21) PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: *Nuevas tecnologías y relación de trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1990, pág. 90.

(22) GUTIÉRREZ PÉREZ, M., op. cit., págs. 165-167 y 185.

(23) SSTC 90/1999, de 26 de mayo, y 213/2002, de 11 de noviembre.

ejercicio de los derechos fundamentales del trabajador sólo admite sacrificios en la medida en que se desenvuelve en el seno de una organización que refleja otros derechos reconocidos constitucionalmente, como el derecho a la libertad de empresa del art. 38 CE, perspectiva ésta desde la que deben valorarse las específicas limitaciones que a los derechos fundamentales les pueda imponer el propio desarrollo de la relación laboral (24). Ahora bien, sin perjuicio de que el derecho a la intimidad no resulte absoluto, tampoco puede atribuirse dicho carácter a los límites a los que puede someterse su ejercicio (25). Luego cabe modular el derecho a la luz del interés del empresario, pero éste no puede adquirir en ningún caso una importancia nuclear, ni siquiera preeminente.

Dado que no se disponen de pautas limitativas claras en el plano legislativo (más allá de la escueta referencia a la debida consideración a la dignidad del trabajador en la adopción y aplicación de las medidas de vigilancia), corresponde a los órganos judiciales preservar el necesario equilibrio entre las obligaciones del trabajador dimanantes del contrato de trabajo y el ámbito de sus derechos y libertades constitucionales. Y es que si se tiene en cuenta la posición preeminente de éstos en el ordenamiento jurídico, en cuanto proyecciones de los núcleos esenciales de la dignidad de la persona y fundamentos del propio Estado democrático, la modulación que el contrato de trabajo puede producir en su ejercicio ha de ser la estrictamente imprescindible para el logro de los legítimos intereses empresariales, proporcional y adecuada a la consecución de tal fin (26).

2.3. El juicio de proporcionalidad: articulación y presupuestos

Como ha señalado el Tribunal Constitucional, el empresario no queda apoderado para llevar a cabo, so pretexto de las facultades de vigilancia y control que le confiere el artículo 20.3 LET, intromisiones ilegítimas en la intimidad de sus empleados en los centros de trabajo. Los equilibrios recíprocos que se derivan para ambas partes del contrato de trabajo suponen que también las facultades organizativas empresariales se encuentran limitadas por los derechos fundamentales del trabajador, quedando obligado el empleador a respetar aquéllos (STC 186/2000, de 10 de julio). De este modo, el ejercicio de las facultades organizativas y disciplinarias del empleador no puede servir en ningún caso a la producción de resultados inconstitucionales o lesivos de los derechos fundamentales del trabajador. Precisamente para determinar si son legítimas o no, habrá que estar al juicio de proporcionalidad, el cual permite corregir los límites impositivos a los derechos fundamentales. Este test de proporcionalidad, aplicado en el ámbito laboral por la doctrina constitucional desde la STC 99/1994, de 11 de abril, implica que la doctrina

(24) STC 98/2000, de 10 de abril; 99/1994, de 11 de abril; 6/1995, de 10 de enero; 106/1996 de 12 de junio; y 136/1996, de 23 de julio.

(25) STC 20/1990, de 15 de febrero.

(26) SSTC 213/2002, de 11 de noviembre; 20/2002, de 28 de enero; 151/2004, de 20 de septiembre; y 170/2013, de 7 de octubre.

constitucional no concede el mismo valor a los intereses de los trabajadores y a los de la empresa, de forma que el equilibrio entre derechos fundamentales del trabajador y poder de dirección del empresario no se halla en el punto medio entre ambos, pues uno y otro no coinciden en el mismo plano de relevancia constitucional. Sólo cuando se supere el referido test cabe imponer límites a los derechos de los trabajadores (27), esto es, sólo en los supuestos en que dichos límites se revelen necesarios para lograr un fin constitucionalmente legítimo, proporcionados para alcanzarlo y, en todo caso, respetuosos con el contenido esencial del derecho (28).

El juicio de proporcionalidad, plenamente asentado en la jurisprudencia del TEDH (29) y proclamado a nivel comunitario en el art. 52 CDFUE, emerge en este contexto en una herramienta indispensable que se convierte en parámetro de determinación de la validez de las posibles acciones restrictivas de derechos, verificando su adecuación en función de una finalidad que ha de resultar legítima y proporcionada. Se trata de determinar, en fin, la idoneidad, necesidad y proporcionalidad de la medida para conseguir un fin legítimo. En el juego de las obligaciones recíprocas de empresario y trabajador se admiten por tanto ciertos condicionamientos o modulaciones al ejercicio del derecho fundamental a la intimidad, siempre a la luz del principio de proporcionalidad. En todo caso, no es suficiente alegar la mera conveniencia de introducir una determinada restricción a los derechos, pues se deben invocar motivos objetivos. Así lo entiende el Tribunal Constitucional, que asevera que desde la prevalencia de tales derechos, su limitación por las facultades empresariales solo puede derivar, bien del hecho de que la propia naturaleza del trabajo contratado implique la restricción del derecho (30), bien de una acreditada necesidad o interés empresarial, sin que sea suficiente su mera invocación para sacrificar el derecho fundamental del trabajador (31).

Por tanto, es preciso garantizar el necesario equilibrio entre las obligaciones dimanantes del contrato para el trabajador y el ámbito (modulado por el contrato, pero en todo caso subsistente) de su libertad constitucional, pues dada la posición preeminente de los derechos fundamentales en nuestro ordenamiento, esa modulación sólo debe producirse en la medida estrictamente imprescindible para el correcto y ordenado respeto de los derechos fundamentales del trabajador y, muy especialmente, del derecho a la intimidad personal que protege el art. 18.1 CE,

(27) SEMPERE NAVARRO, A. V. Y MATEOS Y DE CABO, O., op. cit., págs. 121 y 122.

(28) SSTC 57/1994, de 28 de febrero; 143/1994, de 9 de mayo; 98/2000, de 10 de abril; 186/2000, de 10 de julio; y 156/2001, de 2 de julio.

(29) AROLD LORENZ, N.-L.; GROUSSOT, X. y PETURSSON, G. T.: *The European Human Rights Culture - A Paradox of Human Rights Protection in Europe?*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2013, pág. 81.

(30) SSTC 99/1994, de 11 de abril y 106/1996, de 12 de junio.

(31) SSTC 99/1994, de 11 de abril; 6/1995, de 10 de enero; 136/1996, de 23 de julio; y 98/2000, de 10 de abril.

teniendo siempre presente el principio de proporcionalidad (32). De ahí que la constitucionalidad de cualquier medida restrictiva de derechos fundamentales venga determinada por la estricta observancia de dicho principio. En coherencia con ello, ha de existir una ponderación de los fines y bienes jurídicos tutelados, de manera que la identidad de los valores del derecho fundamental de que se trate (y que lo hacen reconocible como tal) no se encuentre afectada en sí por ninguna restricción o limitación jurídica que resulte contraria a las exigencias de proporcionalidad. En concreto, 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: que la medida sea susceptible de conseguir el objetivo propuesto, esto es, que haya correlación de medios a fines (*juicio de idoneidad*); que sea necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia y, por tanto, que resulte ser la menos agresiva de las medidas posibles (*juicio de necesidad*); que sea 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*) (33). De la máxima de la proporcionalidad en sentido estricto, es decir, del mandato de ponderación se sigue, en la teoría de ALEXY (34), que los principios son mandatos de optimización con relación a las posibilidades jurídicas, mientras que las máximas de la necesidad y la adecuación se siguen del carácter de los principios como mandatos de optimización con relación a las posibilidades fácticas.

A título ilustrativo, el juicio de proporcionalidad, con los tres requisitos recién enunciados, fue utilizado para determinar la constitucionalidad de la intromisión en la intimidad del trabajador de la que trajo causa la STC 86/2000, de 10 de abril. En dicho pronunciamiento se concluyó que “la medida de instalación de un circuito cerrado de televisión que controlaba la zona donde el demandante de amparo desempeñaba su actividad laboral 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)”. La superación de tales requisitos llevó al Tribunal Constitucional, en aquella ocasión, a

(32) STC 6/1998, de 13 de enero.

(33) Entre otras, SSTC 207/1996, de 16 de diciembre; 49/1999, de 5 de abril; 159/2009, de 29 de junio; 86/2006, de 27 de marzo; 206/2007, de 24 de septiembre; 173/2011, de 7 de noviembre; y 96/2012, de 7 de mayo.

(34) ALEXY, R.: *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pág. 111.

descartar que se hubiese producido lesión alguna del derecho a la intimidad personal consagrado en el art. 18.1 CE.

3. Especial referencia a algunos de los supuestos problemáticos más actuales

3.1. La utilización del correo electrónico para fines extralaborales y su control

El correo electrónico constituye en nuestros días una herramienta común de trabajo que incorpora indudables ventajas del lado de la productividad, al tiempo que favorece el contacto del trabajador tanto con el personal de la empresa como con terceros ajenos a la misma (clientes o proveedores, por citar algunos ejemplos). Ahora bien, es por todos conocido que un uso abusivo o desviado de dicha herramienta puede suponer, por el contrario, serios perjuicios para la empresa. En este sentido, se suele aludir al daño económico, en su versión de *lucrum cesans*, valorado en el tiempo que el trabajador deja de dedicar a la prestación efectiva del trabajo para centrarse en actividades o cometidos que además de implicar la disminución de su rendimiento, redundan en el de los otros compañeros a los que envía los mensajes. Asimismo, ese uso excesivo del correo electrónico puede comprometer la capacidad del sistema informático para transmitir información, la seguridad, imagen o competitividad de la empresa, facilitando datos confidenciales relativos a empleados, clientes o proveedores, o incluso a terceros ajenos a la empresa (35). Como medio que el empresario pone a disposición del trabajador, la utilización del correo electrónico debe someterse a las instrucciones recibidas al respecto, lo que no puede llevar a pensar que el silencio empresarial implique un permiso para toda suerte de uso desviado, pues ello supondría una transgresión de la buena fe contractual (art. 5.a. ET).

De lo anterior se explica que el control de cualquier extralimitación en el uso de los servicios de mensajería puede revestir gran utilidad en el marco del poder de vigilancia que asiste al empresario, pues téngase en cuenta que el correo no deja de ser un medio que, perteneciente al patrimonio empresarial, es puesto a disposición del trabajador para ser utilizado en el cumplimiento de la prestación laboral. La cuestión, como siempre, radica en determinar hasta qué punto esa injerencia colisiona con el derecho a la intimidad del trabajador, cuando no con el derecho al secreto de las comunicaciones (36), ya que junto al uso laboral se produce un uso personal de los medios informáticos, sin perjuicio de que llegue a proyectarse dicho control incluso sobre terceros ajenos a la relación laboral que entran, a través de

(35) CARDONA RUBERT, M. B., loc. cit., pág. 166.

(36) Véase ALGAR JIMÉNEZ, C.: *El Derecho laboral ante el reto de las nuevas tecnologías*, Difusión jurídica y temas de actualidad, Madrid, 2007, págs. 45-49.

dichos medios, en comunicación con los trabajadores (37). Y es que, como dejó sentado el TEDH en su Sentencia de 3 de abril de 2007, asunto *Copland c. Reino Unido*, “los correos electrónicos enviados desde el lugar del trabajo están incluidos en el ámbito de protección del art. 8 del Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, por cuanto pueden contener datos sensibles que afecten a la intimidad y al respeto de la vida privada del trabajador”. En coherencia con ello, el Tribunal Constitucional ha precisado que la cobertura del derecho fundamental a la intimidad se extiende al contenido de los mensajes electrónicos, en la medida en que estos correos, escritos o ya leídos por su destinatario, quedan almacenados en la memoria del terminal informático utilizado (STC 173/2011, de 7 de noviembre).

Como garantía de un ejercicio ponderado del control empresarial ha venido exigiéndose que la vigilancia de las comunicaciones cuente, en coherencia con las exigencias de la buena fe, con la debida política explícita sobre la utilización de las herramientas informáticas y el modo de articulación de su control, debiendo ser notificada a todos los trabajadores a fin de que asuman las directrices al respecto. En este sentido, desde la STEDH recién referida (que censuró la obtención y almacenamiento de información sobre correo electrónico y navegación por internet sin que lo supiera la trabajadora afectada), se entiende que la expectativa de intimidad en el uso de una herramienta informática sólo desaparece con la previa información que la empresa facilita al trabajador sobre la vigilancia que puede ejercer al respecto. Así pues, los empleados han de conocer la advertencia empresarial del uso exclusivamente laboral que debe darse al correo electrónico y de su posible control, advertencia generalmente incorporada en protocolos, instrucciones, circulares o acuerdos, asumido el escaso número de convenios que incorporan cláusulas al respecto, a pesar de la actualidad del tema y de su conflictividad (38).

Siendo así, resulta razonable que cualquier uso que contradiga las instrucciones facilitadas habilite el control empresarial sin que quepa invocar de contrario una pretendida expectativa de confidencialidad por parte del trabajador. Esta posición fue ratificada en las SSTS de 26 de septiembre de 2007 y de 8 de marzo de 2011. En ambas entiende el Alto Tribunal que el trabajador no tiene derecho al uso personal de los medios que la empresa pone a su disposición, si bien en todo caso el control debe hacerse con garantías que parten de la previa información a los

(37) DESDENTADO BONETE, A. Y MUNOZ RUIZ, A. B.: *Control informático, videovigilancia y protección de datos en el trabajo*, Lex Nova, Valladolid, 2012, pág. 139.

(38) Únicamente en convenios colectivos como el IV Convenio colectivo de Iberdrola Inmobiliaria, SAU, BOE de 23 de febrero de 2016, (art. 42); el Convenio colectivo estatal para el sector de ortopedias y ayudas técnicas, BOE de 15 de marzo de 2016 (art. 54.9); el Convenio colectivo de empresas vinculadas a Telefónica de España, SAU, Telefónica Móviles España, SAU y Telefónica Soluciones de Informática y Comunicaciones, SAU, BOE de 21 de enero de 2016 (art. 168); o el XVIII Convenio colectivo general de la industria química, BOE de 19 de agosto de 2015 (art. 8), se contienen cláusulas relativas a la utilización de los medios informáticos propiedad de la empresa para fines distintos de los relacionados con el contenido de la prestación laboral.

trabajadores al respecto y unas reglas de uso que han de ser conocidas por los empleados. Y es que, dada la expectativa de intimidad que asiste al trabajador en su vida diaria, la utilización de medios de control que puedan incidir en su derecho requiere que la empresa informe previamente de su existencia (39). Los pronunciamientos referidos sentaron importantes criterios en el marco del control del correo electrónico en la empresa (40), a saber, el art. 20.3 ET permite que el empresario fiscalice el uso del ordenador de sus empleados, sin que sea aplicable la regulación del registro personal (art. 18), pensado para supuestos excepcionales; la práctica de controles informáticos no precisa que esté en juego la protección del patrimonio empresarial, ni se requiere una justificación específica caso por caso, ni que se realice en tiempo y lugar de trabajo o en presencia del trabajador; en todo caso, para evitar posibles vulneraciones de los derechos fundamentales que amparan al trabajador, la empresa ha de dejar claro que el contenido del ordenador o de las comunicaciones puede ser examinado, poniéndolo en conocimiento de aquél.

Ahora bien, el Tribunal Supremo, en Sentencia de 6 de octubre de 2011, matizó esta posición en lo que puede ser interpretado como un paso atrás, al flexibilizar el control de la legalidad de la actuación empresarial (41). Y es que en este pronunciamiento se dejan de exigir estrictos protocolos de uso y de información al entender que bastaría una prohibición absoluta del uso de las herramientas informáticas para fines ajenos a los estrictamente laborales para entender inoperativa la expectativa de confidencialidad. Esto es, el Alto Tribunal considera en el citado pronunciamiento que la prohibición del uso personal de instrumentos informáticos puede interpretarse como una suerte de advertencia implícita sobre la instalación de sistemas de control, sin que quepa invocar lesión alguna del derecho a la intimidad del trabajador cuya actividad es fiscalizada.

En una clara línea de continuidad con esta visión más flexibilizada del deber de información, la STC 170/2013, de 7 de octubre, también estima suficiente la prohibición de una determinada conducta para que el empresario pueda controlar la actuación de los trabajadores sin necesidad de tener que facilitarles ninguna información adicional a los mismos acerca de los posibles medios de control a utilizar para comprobar el uso exclusivamente laboral del correo. En concreto, la información previa al trabajador se entiende salvada en dicha sentencia con la previsión convencional que cataloga como falta leve el empleo de los instrumentos para fines distintos de los relacionados con la prestación laboral. El Tribunal

(39) FERRANDO GARCÍA, F. M.: “Vigilancia y control de los trabajadores y derecho a la intimidad en el contexto de las nuevas tecnologías”, *RTSS. CEF*, núm. 399, 2016, págs. 43 y 44.

(40) SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C. y SEMPERE NAVARRO, A. V., op. cit., pág. 14.

(41) Un comentario crítico en CARRIZOSA PRIETO, E.: “El control empresarial sobre el uso de los equipos informáticos y la protección del derecho a la intimidad de los trabajadores”, *Temas Laborales*, núm. 116, 2012, págs. 251-267, y en SEPÚLVEDA GÓMEZ, M.: “Los derechos fundamentales inespecíficos a la intimidad y al secreto de las comunicaciones y el uso del correo electrónico en la relación laboral. Límites y contra límites”, *Temas Laborales*, núm. 122, 2013, págs. 197-214

Constitucional estimó implícita en dicha cláusula la posibilidad de implantar sistemas de control, desapareciendo para el trabajador cualquier expectativa fundada y razonable de confidencialidad (42) respecto al conocimiento de las comunicaciones mantenidas a través de la cuenta de correo proporcionada por la empresa. Y ello porque, tal y como se argumentó, “en atención al carácter vinculante de la regulación colectivamente pactada, cabe concluir que, en su relación laboral, sólo estaba 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 LET, 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, de acuerdo con la doctrina constitucional expuesta, cabe entender también en el presente supuesto que no podía existir una expectativa 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”.

Sea como fuere, de no existir ninguna previsión al respecto, no suele aceptarse que la titularidad empresarial del medio de trabajo (razonamiento tradicionalmente invocado del lado empresarial) sea suficiente justificación para proceder al control del correo electrónico del que hace uso el trabajador en la empresa. En estos casos, el trabajador contaría con una expectativa general de confidencialidad. Y es que la ausencia de instrucciones se entiende como una suerte de tolerancia empresarial hacia el uso extralaboral de las herramientas informáticas. Por razones de buena fe, cualquier cambio en esta postura exigiría una comunicación previa al trabajador.

Pero no sólo la información juega un papel determinante en este ámbito, pues el juicio de proporcionalidad sigue siendo determinante en la valoración de posibles vulneraciones de los derechos de los trabajadores. En este sentido, debe

(42) Concepto de origen norteamericano y que ha empleado el Tribunal de Estrasburgo en las SSTEDH de 25 de junio de 1997, asunto *Halford c. Reino Unido*, y de 3 de abril de 2007, asunto *Copland c. Reino Unido*.

evitarse toda suerte de injerencia indiscriminada, esto es, el control debe ejecutarse de modo proporcional a la finalidad perseguida, superando el triple test de proporcionalidad aludido en el epígrafe anterior (43). Conviene emplear, pues, medios que rehúyan del contenido del correo prefiriéndose el control de elementos circunstanciales como el destinatario del mensaje o su asunto, así como el número y frecuencia de mensajes enviados (44). La vigilancia en relación con la mensajería electrónica sigue los mismos cánones de actuación que los generalmente aceptados en relación con la navegación por internet y su control con el objeto de verificar posibles consultas de páginas para fines particulares (45). También en este ámbito, la máxima de la proporcionalidad, con sus tres máximas parciales de adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, exige que se opte por un control indirecto atinente a la frecuencia y tiempo de conexión a sitios web no autorizados por ajenos a los intereses profesionales, si es que resulta suficiente para el fin pretendido, antes que el control del contenido de las páginas visitadas (46). De este modo, el control empresarial debe presentar un carácter restrictivo, en cuanto ha de existir una justificación relevante, no debe haber otra medida menos gravosa que permita obtener los mismo resultados, al tiempo que la duración de este control no puede alargarse innecesariamente ni resultar indefinida. Parece evidente que, en este ámbito, el tan traído juicio de proporcionalidad aconseja la adopción de medidas precautorias como son la instalación de advertencias automáticas o de filtros que impidan visitar las páginas no autorizadas.

3.2. La instalación de cámaras de videovigilancia y circuitos cerrados de televisión

La videovigilancia de los trabajadores constituye otra modalidad común de control tecnológico de la actividad laboral con la que cuentan los empresarios a través de la captación de la imagen en un soporte físico por medio de circuitos cerrados de televisión, instalación de cámaras o dispositivos webcam. Al respecto, una de las principales cuestiones a dilucidar radica en el concreto lugar de instalación de medios audiovisuales de control. Según el Tribunal Constitucional (47), la

(43) SEGOVIANO ASTABURUAGA, M. L.: “El difícil equilibrio entre el poder de dirección del empresario y los derechos fundamentales de los trabajadores”, *Revista jurídica de Castilla y León*, núm. 2, 2004, págs. 159-161.

(44) THIBAUT ARANDA, J.: *Control multimedia de la actividad laboral*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

(45) Los sistemas de control existentes hoy día en relación con las visitas a páginas web suelen concretarse en programas de monitorización que permiten saber en tiempo real las páginas visitadas, la duración de la conexión y la frecuencia de las visitas; cortafuegos que impiden el acceso a determinadas páginas; y sniffers que, instalados en el servidor, alertan sobre lo que el trabajador realiza en la jornada laboral. Véase RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: *Poder de control empresarial, sistemas tecnológicos y derechos fundamentales de los trabajadores...* op. cit., pág. 86.

(46) ROIG, A.: *Derechos Fundamentales y Tecnologías de la Información y de las Comunicaciones (TICs)*, Bosch, 2011, págs. 22-24.

(47) STC 98/2000, de 10 de abril.

vigilancia en zonas de descanso o esparcimiento, vestuarios, aseos, comedores y análogos resulta lesiva en todo caso del derecho a la intimidad de los trabajadores (no así si se graba el acceso a dichos espacios (48)), sin más consideraciones, por resultar ajenas a la prestación laboral de servicios, sin perjuicio de que pueda lesionar otros derechos fundamentales como la libertad sindical si la instalación se produce en los locales de los delegados de personal o de las secciones sindicales. Pero ello no significa que dicha lesión no pueda producirse igualmente en aquellos espacios donde tiene lugar la actividad laboral, si la instalación de tales medios no supera el test de proporcionalidad. Según se colige, la concreta ubicación física de las cámaras deja de ser el elemento determinante para apreciar vulneración o no del derecho a la intimidad de los trabajadores, como se había considerado tradicionalmente (49). Ese criterio, focalizado en el lugar objeto de grabación, ha sido desplazado por el juicio de las circunstancias del caso concreto a la luz ponderativa del juicio de proporcionalidad.

Así pues, es comúnmente admitido que los requisitos de adecuación, pertinencia y prohibición de exceso operan como límites a la captación y almacenamiento de los datos (50). En concreto, las cámaras han de ser el único medio al que el empresario puede acudir para lograr la vigilancia de su empresa por no disponer de otro instrumento menos restrictivo de los derechos fundamentales en la búsqueda de este objetivo. A este respecto, la simple grabación de imágenes, sin sonido, resulta menos gravosa para el derecho a la intimidad que la captación simultánea de imágenes y sonido, pues puede afectar al contenido de conversaciones ajenas al trabajo que los empleados pueden tener lícitamente y que el empresario no tiene por qué conocer. De este modo, dichas técnicas sólo son admisibles cuando resulten indispensables para el buen funcionamiento de la empresa y no exista otro mecanismo menos invasivo (51). Además, es conveniente descartar la ubicación de cámaras por toda la empresa, debiéndose limitar la grabación exclusivamente a aquellos lugares en que sea estrictamente necesario, a la vigilancia del cumplimiento de las obligaciones y deberes laborales y por el tiempo mínimo indispensable para satisfacer el interés legítimo del empresario.

Con carácter general, en la doctrina constitucional no existe una prohibición radical del uso de videocámaras sino llamadas a la debida ponderación en su articulación. Así, en la STC 186/2000, de 10 de julio, se concluyó que la medida de

(48) STS de 7 de julio de 1998.

(49) Recuérdese que la STSJ de Andalucía (Sevilla), de 17 de enero de 1994, estimó que la actuación empresarial no vulneraba el derecho a la intimidad del trabajador, al quedar reducido el control sólo a las dependencias de trabajo, sin afectar los espacios personales, de modo que la actividad de vigilancia a través de cámaras de vídeo es enteramente lícita “como lo es la que pudiera ejercer directamente el Director gerente o cualquier otro Jefe o Superior de la empresa”.

(50) Véase al respecto GUDE FERNÁNDEZ, A., loc. cit., págs. 62 y 63.

(51) POQUET CATALÁ, R.: *El actual poder de dirección y control del empresario*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2013, pág. 255.

instalación de un circuito cerrado de televisión que controlaba la zona donde el demandante de amparo desempeñaba su actividad laboral 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 la comisión de las irregularidades sospechadas), 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). En particular, se consideró en aquella ocasión que la intimidad del recurrente no resultó agredida por el mero hecho de filmarse cómo desempeñaba las tareas encomendadas en su puesto de trabajo, pues esa medida no resultaba arbitraria ni se pretendía con la misma divulgar su conducta, sino que se trataba de obtener un conocimiento de cuál era su comportamiento laboral, pretensión justificada por la circunstancia de haberse detectado irregularidades en la actuación profesional del trabajador, constitutivas de transgresión a la buena fe contractual.

En todo caso, y como sucedía en relación con el control del correo electrónico, la legalidad del control empresarial no queda supeditada exclusivamente a la superación del triple test de proporcionalidad, pues debe atenderse asimismo a la exigencia de información a los trabajadores sobre la fiscalización de la actividad laboral a través de medios audiovisuales (52). En efecto, el previo conocimiento de la instalación de cámaras de videovigilancia y su finalidad de control empresarial constituye un requisito imprescindible en la determinación de la validez de dicho control. Pero, conviene enfatizar, información no equivale a consentimiento y, en este sentido, el art. 6 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal (en adelante, LOPD), tras establecer en su apartado primero que el tratamiento de los datos de carácter personal requerirá el consentimiento inequívoco del afectado, matiza en el segundo una serie de excepciones en las que no resulta preciso el consentimiento, entre las que incluye “cuando se refieran a las partes de un contrato o precontrato de una relación comercial, laboral o administrativa y sean necesarios para su mantenimiento o cumplimiento”. Por tanto, el empresario puede implantar sistemas de videovigilancia aun sin contar con la autorización del trabajador, sobre la base del poder de vigilancia que le otorga el artículo 20.3 del ET. Se exige su conocimiento, sin que sea la aceptación por el mismo un requisito de la legalidad del medio de control.

Es preciso, pues, que se informe debidamente del fin del control de la actividad, sin que simples anuncios o carteles indicadores de los dispositivos de vigilancia resulte suficiente. Así se estimó en la STC 29/2013, de 11 de febrero, en la que se concluyó que sólo cabe el uso empresarial de la información obtenida por estos medios para los fines que se hubieran comunicado al trabajador de forma expresa, de modo que la instalación de cámaras con el fin de prevenir delitos así

(52) RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: *Poder de control empresarial, sistemas tecnológicos y derechos fundamentales de los trabajadores...*, op. cit., págs. 70 y 71.

comunicada al trabajador no podría servir para invocar la justificación de un despido disciplinario a raíz de las imágenes obtenidas. Esta sentencia es de gran relevancia puesto que supuso el primer pronunciamiento en valorar la controversia a la luz de los principios de la protección de datos (53), atendiendo al denominado *derecho a la autotutela informativa* y dejando al margen el de intimidad, a pesar de que era este último el que había sido invocado por el propio recurrente (54). En concreto, en el marco del art. 18.4 CE (55), y no en el del art. 18.1 CE, el Tribunal Constitucional determinó la ilegalidad de unas grabaciones empleadas para fines distintos a los previstos con su implantación, incumplándose así el deber de información del art. 5.1 LOPD. En concreto, este precepto dispone que los interesados a los que se soliciten datos personales deberán ser previamente informados de modo expreso, preciso e inequívoco: a) 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; b) del carácter obligatorio o facultativo de su respuesta a las preguntas que les sean planteadas; c) de las consecuencias de la obtención de los datos o de la negativa a suministrarlos; d) de la posibilidad de ejercitar los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición; e) de la identidad y dirección del responsable del tratamiento o, en su caso, de su representante (56). Así pues, el incumplimiento del deber de información previa al trabajador acerca de la instalación de sistemas audiovisuales de control y su finalidad fue estimado suficiente para declarar la existencia de una lesión del artículo 18.4 de la CE (57), sin que el Tribunal Constitucional entrase a valorar si el órgano judicial había ponderado previa y adecuadamente si el uso que se le había dado a las imágenes captadas por las cámaras de seguridad había respetado el derecho a la intimidad de los trabajadores con arreglo

(53) Téngase en cuenta que el artículo 5.1.f) del Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la LOPD, incorpora como definición de los datos de carácter personal “cualquier información numérica, alfabética, gráfica, fotográfica, acústica o de cualquier otro tipo concerniente a personas físicas identificadas o identificables”. Según doctrina constitucional, son elementos característicos de la definición constitucional del derecho fundamental a la protección de datos personales “los derechos del afectado a consentir sobre la recogida y uso de sus datos personales y a saber de los mismos. Y resultan indispensables para hacer efectivo ese contenido el reconocimiento del derecho a ser informado de quién posee sus datos personales y con qué fin”. STC 292/2000, de 30 de noviembre.

(54) Se trata de un derecho que concede a su titular la facultad de decidir sobre la revelación y el uso de los datos personales, en todas las fases de elaboración y utilización de los mismos, es decir, su acumulación, su transmisión, su modificación y cancelación. DE VICENTE PACHÉS, F.: “Las facultades empresariales de vigilancia y control en las relaciones de trabajo”, *Tribuna Social*, núm. 57, 2004, pág. 30.

(55) El precepto dispone 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, siendo después del portugués uno de los primeros textos constitucionales en reconocer dicha premisa.

(56) El art. 18 del Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la LOPD, especifica que esta obligación de información se ha de llevar a cabo a través de un medio que permita acreditar su cumplimiento.

(57) DOCTOR SÁNCHEZ-MIGALLÓN, R.: “La vigilancia de la actividad del trabajador mediante videocámaras y circuitos cerrados de televisión”, *IUSLabor*, núm. 3, 2014, pág. 6.

al test de proporcionalidad. Recuérdesse que el art. 4.2 LOPD establece que los datos de carácter personal objeto de tratamiento no pueden usarse para finalidades incompatibles con aquellas para las que los datos hubieran sido recogidos.

La falta de información previa sobre la finalidad del control de la actividad laboral también fundamentó la nulidad de la prueba pretendida en el caso que dio lugar a la STS de 13 de mayo de 2013, relativa a la utilización de cámaras de videovigilancia para sancionar a una trabajadora por el alegado incumplimiento de sus obligaciones laborales. Se trataba, en concreto, de la utilización no consentida ni previamente informada de las grabaciones de imagen para un fin desconocido por la trabajadora afectada y distinto del expresamente señalado por la empresa (prevención de hurtos por clientes y no para el control de la actividad laboral). En esta sentencia se insiste en la información previa como necesario requisito de la legitimidad del control y se sostiene que el trabajador debe conocer no solo que está siendo grabado, sino también que dicha grabación puede ser utilizada a efectos disciplinarios. Literalmente concluye que “el mero hecho de la instalación y del conocimiento de la existencia de tales cámaras puede comportar la consecuencia de entender acreditado el que existiera evidencia de que podían utilizarse aquéllas para el control de la actividad laboral y para la imposición de sanciones disciplinarias por incumplimientos contractuales, puesto que expresamente, como hemos indicado, en el presente caso la representación empresarial, tras la instalación de la cámaras, comunicó a la representación de los trabajadores que la finalidad exclusiva era la de evitar robos por parte de clientes y que no se trataba de un sistema de vigilancia laboral”.

En lo que se ha considerado una evolución de una tesis más garantista con los derechos de los trabajadores a una posición destinada a asegurar el interés empresarial (58), la STC 39/2016, de 3 de marzo, da una vuelta de tuerca a la problemática de la información previa. Al haberse advertido desde tiempo atrás sustanciales descuadres en su contabilidad, la empresa (una tienda del grupo Inditex) decide instalar un dispositivo de grabación en el espacio en el que se ubicaba la caja registradora. Lo controvertido de la cuestión radicaba en que la cámara se instaló sin previa comunicación a los trabajadores, si bien en el escaparate del establecimiento se colocó un distintivo informativo en lugar visible. Las cámaras de videovigilancia instaladas en la tienda donde prestaba sus servicios la recurrente en amparo captaron su imagen apropiándose de dinero y realizando, para ocultar dicha apropiación, operaciones falsas de devoluciones de venta de prendas. Ante estos hechos la trabajadora fue despedida. En esta ocasión, el Tribunal Constitucional entiende que el distintivo informativo situado en el escaparate del comercio es suficiente para que se entienda que los trabajadores tienen conocimiento de las técnicas de control, sin que se haya de informar sobre la finalidad exacta asignada a dicho control, desmarcándose claramente de la STC 29/2013. Esta interpretación podría ser

(58) FERRANDO GARCÍA, F. M., loc. cit., pág. 45.

cuestionada a la luz del art. 5 LOPD que exige de forma explícita información a los interesados, colectivo en el que se entenderían incluidos los trabajadores. En todo caso, lo cierto es que se siguió en esa ocasión la línea argumental de la STEDH de 12 de enero de 2016, asunto *Barbulescu c. Rumanía*, en la cual se consideró que no se había vulnerado el derecho a la intimidad del trabajador mediante la fiscalización empresarial del servicio de mensajería instalado con fines laborales y cuyo uso para propósitos ajenos a los mismos estaba prohibido. El Tribunal de Estrasburgo rechazó, por tanto, que existiese vulneración del art. 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos, a cuyo tenor “toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia”.

Una vez estimado cumplido el deber de información, el Tribunal Constitucional, en la sentencia referida, también entiende que la medida de instalación de cámaras de seguridad que controlaban la zona de caja donde la demandante de amparo desempeñaba su actividad laboral superaba el test de proporcionalidad. Y ello porque era una medida justificada (ya que existían razonables sospechas de que alguno de los trabajadores que prestaban servicios en dicha caja se estaba apropiando de dinero), idónea 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), 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). En consecuencia, se termina descartando cualquier lesión del derecho a la intimidad personal consagrado en el art. 18.1 CE.

3.3. Los dispositivos de geolocalización: el GPS

El GPS se sitúa entre las últimas tecnologías en incorporarse al control empresarial de la actividad laboral. Consiste en un sistema de geolocalización (Global Positioning System) que se acopla a una red digital de comunicaciones móviles GSM (Global System for Mobile Communications). En concreto, se articula mediante la instalación de localizadores en vehículos, teléfonos móviles, tablets y otros dispositivos de la empresa que son programados para determinar permanentemente la ubicación de la persona o del vehículo y verificar, así, el cumplimiento de las obligaciones contractuales. La utilidad de este sistema de vigilancia se advierte fundamentalmente respecto de trabajadores que prestan sus servicios fuera de los centros de trabajo, como es el caso de los vigilantes de seguridad, de los transportistas o de los comerciales, por citar algunos ejemplos. El GPS ha venido a reemplazar al tradicional tacógrafo a través del cual se controlaban ciertos datos de interés como la duración de los desplazamientos, los kilómetros recorridos, las paradas o el horario de arranques. Frente a aquél, el GPS permite una información mucho más exhaustiva y un seguimiento más preciso, pero también, todo sea dicho, plantea mayores problemas de confrontación con los derechos del trabajador.

Los datos recogidos por el GPS, en cuanto asociados a la información propia de una persona física identificada o identificable, entran dentro de la consideración de datos personales cuyo tratamiento queda sujeto a la regulación de la LOPD. De ahí que la Agencia Española de Protección de Datos recuerde en su informe 193/2008 que es necesario garantizar la debida información sobre los dispositivos GPS a los trabajadores a través de notas informativas, siendo citados para estar presentes durante la instalación del correspondiente dispositivo. Luego las empresas que pretendan hacerse valer de este medio de control han de comunicarlo previamente al trabajador, sin obviar su finalidad, cerciorándose de que su uso cumple los requisitos exigidos por la LOPD. Así pues, no sólo han de superarse los requisitos propios del test de proporcionalidad, evitando controles abusivos que excedan del horario de trabajo, pues también será preciso el conocimiento suficiente con anterioridad por parte del trabajador vigilado mediante dichas técnicas. En este sentido, la STSJ de Castilla-La Mancha, de 23 de marzo de 2015, ha señalado que “no será suficiente que el tratamiento de datos resulte en principio lícito, por estar amparado por la 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 sobre la instalación y finalidad de estas técnicas”. Según se advierte, el control mediante GPS no se distancia en este punto de lo previsto respecto del uso del correo electrónico o de la instalación de cámaras de videovigilancia, de modo que de nuevo en este ámbito el trabajador debe conocer debidamente que el GPS puede ser utilizado para fiscalizar dónde se encuentra en cada momento con fines de control laboral, sin que pueda usarse para otros fines distintos. Así se indicó en las SSTSJ de Madrid de 20 de septiembre de 2014, de Galicia de 6 de junio de 2014, de Castilla-La Mancha de 10 de junio de 2014 y de País Vasco de 10 de mayo de 2011 (59). En coherencia con este razonamiento, los registros obtenidos con el GPS no pueden hacerse valer para propósitos distintos de aquellos que fueron comunicados al trabajador objeto de control.

Conviene insistir en que es la información el requisito exigido, pero no el consentimiento del trabajador. Como argumenta la AEDP (60), el art. 6 LOPD establece que “el tratamiento de los datos de carácter personal requerirá el consentimiento inequívoco del afectado, salvo que la ley disponga otra cosa”. No obstante, su número segundo prevé que dicho consentimiento puede ser exceptuado en determinados supuestos, que a los efectos que aquí interesan quedan limitados al

(59) Hay pronunciamientos que, contrariamente, flexibilizan el requisito de la información previa cuando no existe otro medio eficaz y la instalación del dispositivo GPS satisface el juicio de proporcionalidad. En este sentido, SSTSJ de Galicia, de 17 de enero y de 6 de junio de 2014; y de Cataluña, de 5 de marzo de 2012.

(60) Informe jurídico 2009-0090, relativo a la proporcionalidad en el tratamiento de datos de localización

recogido en el primer inciso de dicho número, según el cual “no será preciso el consentimiento cuando los datos de carácter personal se recojan para el ejercicio de las funciones propias de las Administraciones públicas en el ámbito de sus competencias; cuando se refieran a las partes de un contrato o precontrato de una relación negocial, laboral o administrativa y sean necesarios para su mantenimiento o cumplimiento”. Esta excepción tiene su fundamento en la existencia de un consentimiento previo, otorgado en el momento de constitución de la relación de que se trate, al tratamiento de los datos personales necesarios para el mantenimiento o cumplimiento de dicha relación. Lo anterior sirve a la AEPD para concluir que el tratamiento de los datos de localización de un escolta durante la prestación del servicio (inicio y fin del servicio o las incidencias ocurridas durante su prestación) exige el cumplimiento previo del deber de información al afectado. En esta línea se inscribe la doctrina constitucional, que mantiene que 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. Así pues, si la dispensa del consentimiento prevista en el art. 6 LOPD se refiere a los datos necesarios para el mantenimiento y el cumplimiento de la relación laboral, la excepción abarca sin duda el tratamiento de datos personales obtenidos por el empresario para velar por el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de trabajo. El consentimiento se entiende, en definitiva, implícito en la propia aceptación del contrato que implica reconocimiento del poder de dirección del empresario (STC 39/2016, de 3 de marzo).

Pero, según se ha avanzado líneas arriba, no sólo el cumplimiento del deber de información va a ser clave en la admisión del mencionado control a través de GPS, pues también resulta preceptiva la debida superación del juicio de proporcionalidad. Éste se entiende generalmente insatisfecho cuando la fiscalización excede de la jornada laboral del trabajador. En este punto, conviene destacar la STS de 21 de junio de 2012, que trajo causa del despido disciplinario de un trabajador por transgresión de la buena fe contractual, deslealtad y abuso de confianza, fundado en las actividades que realizó durante el periodo de tiempo en que se encontraba en incapacidad temporal y de las que tuvo conocimiento la empresa mediante la instalación y posterior utilización de un localizador GPS en el vehículo privado del actor por un detective privado. La sentencia confirma la STSJ del País Vasco de 10 de mayo de 2011. En esta última se trataba de determinar si la colocación del GPS sin conocimiento ni autorización del afectado y sin que concurriesen circunstancias especiales que pudieran justificar dicha instalación, implicaba o no una injerencia desproporcionada en el derecho a la intimidad personal. Tras la aplicación del juicio de proporcionalidad, el TSJ arroja una respuesta positiva al interrogante anterior. En concreto, argumenta en primer lugar que la implementación de un sistema de

monitorización en tiempo real del vehículo particular del demandante durante una semana en que su contrato de trabajo estaba suspendido afecta a una de las manifestaciones de su derecho a la intimidad, entendido como el derecho a no estar localizado de manera continua por medios electrónicos colocados en sus bienes contra la voluntad del afectado. Y es que esa técnica permitía al detective, y por extensión al empresario que le contrató, “tener un conocimiento permanente, a lo largo del día y de la noche, del lugar donde se encuentra el trabajador, a través de la posición de su vehículo, así como de otros datos complementarios, como los tiempos de utilización del vehículo, los itinerarios, las pausas, los kilómetros recorridos, o la velocidad de circulación”. Asimismo se concluyó que el mecanismo en cuestión resultaba totalmente innecesario atendiendo al objetivo perseguido de comprobar las actividades realizadas por el demandante en los espacios públicos y privados de acceso libre, respondiendo a la mera conveniencia del investigador, lo que no justificaba el uso de un medio tan invasor de la vida privada, pudiendo haberse utilizado otros métodos de vigilancia directos y menos invasivos.

4. Conclusiones

La generalización de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación en las empresas ha supuesto importantes avances en los sistemas de producción, los cuales se han visto agilizados, pero también ha incorporado nuevos desafíos desde el punto de vista del control empresarial de la actividad laboral imprescindible para la buena marcha de la organización productiva. Y es que la innovación tecnológica ha reforzado el poder empresarial de fiscalización de la ejecución de la prestación de servicios al incrementar las posibilidades de control. La vigilancia deviene así cada vez menos presencial e inmediata, al tiempo que gana en intensidad. Sin embargo, la problemática surge a la hora de afrontar aquellos supuestos, nada infrecuentes, en que dichas técnicas de control empresarial colisionan con la protección de derechos fundamentales del trabajador, señaladamente el derecho a la intimidad.

Lo cierto es que no existen disposiciones normativas suficientes que, asumida la intensificación del uso de las nuevas tecnologías, contribuyan a resolver los conflictos entre control e intimidad, conflictos, por lo demás, connaturales a la propia dicotomía que caracteriza la relación jurídica laboral. El art. 20.3 ET, impregnado de conceptos jurídicos indeterminados, contiene una regulación imprecisa donde las haya y, por tanto, nada añade para deslindar las facultades de control empresarial y los límites que se pueden imponer a los derechos fundamentales de los trabajadores. Cabe aseverar, así, que los cambios tecnológicos no han sido *positivizados* en términos de control en este apartado tercero del art. 20 ET, en lo que puede considerarse un claro desfase entre la realidad de los hechos y la regulación jurídica. Dicho en otros términos, la legislación no ha evolucionado al ritmo con que las nuevas tecnologías plantean retos en el ámbito objetivo de las

relaciones de trabajo.

En ausencia de una regulación legal específica que atienda las controversias jurídicas derivadas del uso de las nuevas tecnologías en el ámbito laboral, la jurisprudencia juega un papel determinante en la construcción de criterios jurídicos debido, en gran medida, a la gran casuística que incorpora el tema en cuestión. Ciertamente, éste se caracteriza por una marcada circunstancialidad, por lo que toda aproximación requiere una exigente labor de espiguelo en los factores que concurren en cada supuesto concreto. Y ello porque, generalmente, las facultades de control empresarial y las exigencias propias de los derechos de los trabajadores no se presentan en su pureza conceptual, sino que lo hacen en circunstancias que suelen dificultar su articulación combinadamente pacífica. Es lugar común señalar que el derecho a la intimidad de los trabajadores no puede oponerse de modo insalvable a la utilización de las diversas técnicas de control empresarial, pues carece de un carácter absoluto. Si bien, en su articulación, éstas quedan moduladas a la luz del principio de proporcionalidad. Siendo así, sólo cabe imponer límites a los derechos de los trabajadores en los supuestos en que se revelen como necesarios para lograr un fin constitucionalmente legítimo, proporcionados para alcanzarlo y, en todo caso, respetuosos con el contenido esencial del derecho de que se trate. De ahí que la máxima de la proporcionalidad, con las tres máximas parciales que incorpora (*idoneidad*, o que la medida sea susceptible de conseguir el objetivo propuesto; *necesidad*, o que no exista otra medida más moderada para la consecución del fin con igual eficacia; y *proporcionalidad en sentido estricto*, o que la medida resulte ser equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios) constituya parámetro de determinación de la validez de las posibles acciones restrictivas, verificando su adecuación en función de una finalidad que ha de resultar legítima y proporcionada.

Ahora bien, por asentada que pueda estar la solución del juicio de proporcionalidad, ha de admitirse que la misma adolece de una gran imprecisión y está condenada a la búsqueda casuística de la solución para saber cuándo la medida restrictiva del derecho resulta necesaria, idónea y proporcionada. En este sentido, no está de más señalar que la jurisprudencia no se halla del todo consolidada y suele mostrarse titubeante en la articulación de los límites del derecho a la intimidad de las personas en el marco de sus relaciones de trabajo y el alcance del control por el empresario de esa actividad laboral, lo que se advierte fundamentalmente en la determinación del deber de información al trabajador de la instalación de medios tecnológicos de control (vigilancia de correo electrónico o programas espía de internet, instalación de cámaras de videovigilancia o de sistemas de geolocalización) y de la finalidad pretendida con los mismos. Ciertamente, es en este extremo en el que más se evidencia lo vacilante de la doctrina judicial al respecto, pues no es extraño encontrar pronunciamientos que, en una dinámica pendular, dificultan la construcción de criterios sólidos que puedan resultar aplicados para casos diferentes,

desatendiéndose en muchas ocasiones soluciones precedentes y el sentido de las mismas (como hace la STC 39/2016 respecto de la STC 29/2013). No en vano, con frecuencia los pronunciamientos que resuelven las tensiones entre las facultades de control empresarial y los derechos de los trabajadores en la empresa a partir de la ponderación de los intereses de ambas partes incorporan votos particulares, en lo que no es sino plena evidencia de lo controvertido de la cuestión.

En el curso de los años, se asiste por tanto a posiciones divergentes que, lejos de poner orden y coherencia en el tratamiento de la temática, arrojan aún más confusión. En los conflictos entre el derecho a la intimidad del trabajador y el interés empresarial de controlar el cumplimiento de las obligaciones contractuales, se alternan interpretaciones más rígidas (del tipo de las contenidas en la STC 29/2013, de 11 de febrero y la STS de 13 de mayo de 2013, en relación con las técnicas de grabación) que exigen la debida información al trabajador tanto de la existencia de medios de vigilancia como de la finalidad de su implantación para que pueda estimarse que la expectativa de intimidad del trabajador desaparece, con otras más flexibles del deber de información (STS de 6 de octubre de 2011 y STC 170/2013, en el ámbito del uso del correo electrónico) que estiman implícitamente cumplido dicho deber con la mera prohibición de una determinada conducta, y dejan así la puerta abierta a la utilización de los medios de control oportunos. Más aún, la simple prohibición incluida en un convenio colectivo llevaría implícita la facultad de la empresa de controlar la utilización del instrumento informático en cuestión, sin necesidad de tener que suministrar ninguna información adicional a los trabajadores. Este carácter vacilante en las diversas soluciones judiciales (cuyo último exponente ha venido de la mano de la STC 39/2016, de 3 de marzo, que ha considerado que el simple distintivo informativo sobre la instalación de dispositivos de grabación en el escaparate de un comercio es suficiente para que se entienda que los trabajadores tienen conocimiento de las técnicas de control, sin que se haya de informar sobre la finalidad exacta asignada a dicho control) también se evidencia en relación con la exigencia de información previa sobre la instalación y utilización de dispositivos GPS, sin que sea inusual toparse con pronunciamientos dispares de los Tribunales Superiores de Justicia al respecto.

La cuestión, según se advierte, no está en modo alguno cerrada. El amplio dinamismo que rezuma la materia tecnológica dificulta encontrar al respecto unanimidad de criterios, sin perjuicio de ciertas pautas básicas que, como el juicio de proporcionalidad, aparecen comúnmente en la argumentación principal de todos los pronunciamientos judiciales. Todo parece indicar que seguirá siendo la jurisprudencia y la doctrina constitucional la que, atendiendo a las circunstancias de cada supuesto, asuman el protagonismo en el tratamiento de la temática. Sería deseable, en todo caso, que se adoptase en la articulación de las correspondientes soluciones una línea clara de continuidad interpretativa, a fin de acabar con la inseguridad jurídica que generan soluciones incoherentes con las precedentes. Desde estas líneas no se

desconoce, desde luego, la dificultad que entraña responder a todos los interrogantes al mismo ritmo (frenético) con el que la evolución tecnológica plantea los problemas en cuestión, pero ello no es óbice para apelar a la necesidad de una articulación consistente y uniforme de dichas respuestas.

Bibliografía:

- ALEXY, R.: *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.
- ALGAR JIMÉNEZ, C.: *El Derecho laboral ante el reto de las nuevas tecnologías*, Difusión jurídica y temas de actualidad, Madrid, 2007.
- AROLD LORENZ, N.-L; GROUSSOT, X. y PETURSSON, G. T., *The European Human Rights Culture - A Paradox of Human Rights Protection in Europe?*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2013.
- BOBBIO, N.: *El tiempo de los derechos*, Sistema, Madrid, 1991.
- CARDONA RUBERT, M. B.: “Las relaciones laborales y el uso de las tecnologías informáticas”, *Lan Harremanak. Revista de Relaciones Laborales*, núm. extra, 2003.
- CARRIZOSA PRIETO, E.: “El control empresarial sobre el uso de los equipos informáticos y la protección del derecho a la intimidad de los trabajadores”, *Temas Laborales*, núm. 116, 2012.
- CHACARTEGUI JÁVEGA, C.: *Dignidad de los trabajadores y derechos humanos del trabajo según la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Bomarzo, Albacete, 2013.
- PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: *Nuevas tecnologías y relación de trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1990.
- DE VICENTE PACHÉS, F.: “Las facultades empresariales de vigilancia y control en las relaciones de trabajo”, *Tribuna Social*, núm. 57, 2004.
- DOCTOR SÁNCHEZ-MIGALLÓN, R.: “La vigilancia de la actividad del trabajador mediante videocámaras y circuitos cerrados de televisión”, *IUSLabor*, núm. 3, 2014.
- GUDE FERNÁNDEZ, A.: “La videovigilancia laboral y el derecho a la protección de datos de carácter persona”, *Revista de Derecho Político*, núm. 91, 2014.
- LÓPEZ AHUMADA, J. E.: “La tutela del derecho a la intimidad del trabajador y el control audiovisual de su actividad laboral”, *RGDTSS*, núm. 14, 2007.
- DESDENTADO BONETE, A. Y MUNOZ RUIZ, A. B.: *Control informático, videovigilancia y protección de datos en el trabajo*, Lex Nova, Valladolid, 2012.
- DESDENTADO BONETE, A. Y MUNOZ RUIZ, A. B.: *Trabajo, videovigilancia y controles informáticos. Un recorrido por la jurisprudencia*, RGDTSS, núm. 39, 2014.
- FERRANDO GARCÍA, F. M.: “Vigilancia y control de los trabajadores y derecho a la intimidad en el contexto de las nuevas tecnologías”, *RTSS. CEF*, núm. 399, 2016.
- 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.
- GUTIÉRREZ PÉREZ, M.: *Ciudadanía en la empresa y derechos fundamentales inespecíficos*, Laborum, Murcia, 2011.
- POQUET CATALÁ, R.: *El actual poder de dirección y control del empresario*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2013.
- RODOTÀ, S.: “Democracia y protección de datos”, *Cuadernos de Derecho Público*, núms. 19-20, 2003.

- RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: *El derecho a la protección de datos personales de los trabajadores: nuevas perspectivas*, Bomarzo, Albacete, 2009.
- *Poder de control empresarial, sistemas tecnológicos y derechos fundamentales de los trabajadores*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- ROIG, A.: *Derechos Fundamentales y Tecnologías de la Información y de las Comunicaciones (TICs)*, Bosch, 2011.
- SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C. y SEMPERE NAVARRO, A. V.: *Las TICs en el ámbito laboral*, Francis Lefebvre, Madrid, 2015.
- SEGOVIANO ASTABURUAGA, M. L.: “El difícil equilibrio entre el poder de dirección del empresario y los derechos fundamentales de los trabajadores”, *Revista jurídica de Castilla y León*, núm. 2, 2004.
- SELMA PENALVA, A.: “Las peculiaridades prácticas del control en la empresa”, *Anales de Derecho*, núm. 27, 2009.
- SEMPERE NAVARRO, A. V. y MATEOS Y DE CABO, O.: “Uso y control de herramientas informáticas en el trabajo (marco legal, pautas judiciales y convencionales)”, en AA. VV.: *Tecnologías de la información y la comunicación en las relaciones de trabajo: nuevas dimensiones del conflicto jurídico*, SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C. (Dir.), Eolas, 2014.
- SEMPERE NAVARRO, A. V. y SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.: *Nuevas tecnologías y Relaciones Laborales*, Aranzadi, Cizur Menor, 2002.
- SEPÚLVEDA GÓMEZ, M.: “Los derechos fundamentales inespecíficos a la intimidad y al secreto de las comunicaciones y el uso del correo electrónico en la relación laboral. Límites y contra límites”, *Temas Laborales*, núm. 122, 2013.
- TASCÓN LÓPEZ, R.: “El lento (pero firme) proceso de decantación de los límites del poder de control empresarial en la era tecnológica”, *Aranzadi Social*, núm. 17, 2007.
- THIBAUT ARANDA, J.: *Control multimedia de la actividad laboral*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.