

¿Saber es poder?: conectividad empresarial, geolocalización (GPS) y autodeterminación digital del trabajador

Comentario a la **Sentencia del Tribunal Superior de Justicia
de Andalucía/Granada 1937/2017, de 18 de septiembre**

Cristóbal Molina Navarrete

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad de Jaén*

«El nuevo derecho fundamental a la protección de datos personales no puede ser enmarcado en el esquema de "ser dejado solo" [clásico derecho a la intimidad], sino que se concreta en la atribución a cada uno del poder de "gobernar" la circulación de las informaciones que le conciernen. Se transforma así en elemento capital de la libertad del ciudadano en la sociedad de la información y de la comunicación. Esta distinción no es solo un aspecto externo»

STEFANO RODOTÀ¹

1. EL MARCO REGULADOR: LOS DATOS OBTENIDOS POR GPS SON DATOS PERSONALES, SUJETOS A SU LEY DE PROTECCIÓN

La instalación de los célebres GPS (*Global Positioning System*) o «geolocalizadores» en diversos equipos de trabajo (vehículos, teléfonos móviles, etc.), a fin de una organización y un control más eficaz de las actividades realizadas fuera de los centros de trabajo, va en aumento en las empresas, urgidas y, al tiempo, provistas por el mercado de los más variados servicios de conectividad total y permanente. La extraordinaria difusión de la telefonía móvil, tanto en la sociedad como en las empresas, merced a la cual cada persona puede llevar siempre un dispositivo mediante el que se le puede localizar, está en la base del aumento tan significativo. Una vez más, algo sabido antaño –y temido– se hace hogaño en la vida de todos nosotros por la posibilidad tecnológica de «uso masivo» (de la tecnológica informático-digital).

¹ [Democracia y protección de datos.](#)

Desde que el Grupo de expertos comunitario en protección de datos personales constatará que los problemas relativos al uso de los datos de localización tomaban una «gran actualidad»², no han hecho más que crecer, también su gran conflictividad judicial. Habida cuenta de que los datos de localización se refieren siempre a una persona física identificada o identificable, les son de aplicación las disposiciones de protección de «datos personales»³. Su tratamiento (almacenamiento y «tráfico») es un «asunto especialmente sensible» por afectar significativamente a dos aspectos básicos de la esfera personal: la libre circulación anónima de las personas (art. 19 *Constitución española* –CE– y art. 6 *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea* –CDFUE–) y su privacidad, al posibilitar que se construyan perfiles de su conducta (art. 18 CE y art. 8 CDFUE).

El legislador europeo –convencido de la posibilidad de mantener un nivel de protección razonable o útil de la privacidad de la persona en un escenario socioeconómico de invasión y exhibición continuas de la misma– habría adoptado normas específicas que obligan a recabar el consentimiento o, en todo caso, a informar de las condiciones de uso como datos de tráfico (art. 9 en relación con art. 2 de la *Directiva 2002/58/CE*). Aunque no hay una norma específica laboral, son de aplicación las genéricas, sin perjuicio de las matizaciones consabidas (art. 6.2 *Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal*–LOPD–). Frente a la corriente de doctrina judicial que no advierte esta intrusión de los datos de geolocalización en la vida privada del trabajador, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos –TEDH– ha dejado claro, para el ámbito penal, que sí existe (*STEDH de 2 de septiembre de 2010, caso Uzun c. Alemania, 35623/05*). Y, para el ámbito laboral, expertos comunitarios en protección de datos (*Dictamen 5/2005*) y autoridad española (Agencia Española de Protección de Datos –AEPD–) exigen que se informe *ex artículo 5* de la *LOPD*, sin aplicar la excepción de su apartado 3 (*Informe AEPD 2008\193*).

Dejamos ahora de lado la interesante cuestión de si se reconoce o no en el ámbito laboral (lo sugiere la *STSJ del País Vasco de 10 de mayo de 2011, rec. 644/2011*, firme por *STS de 21 de junio de 2012, rec. 2194/2011*) un genuino «derecho a no estar localizado» de modo continuo por medios electrónicos colocados en sus equipos, sin su consentimiento (o «derecho a que los demás no sepan» donde se está en cada instante, viejo enfoque del «derecho a estar solo»; y, en cierto modo, conexo al reciente «derecho al olvido» informático). Lo que debe quedar claro, es que sí existe una garantía legal fuerte del derecho a la información suficiente (art. 5.4 *LOPD*).

² *Vid.* Grupo del artículo 29 - Dictamen 5/2005 sobre el uso de los datos de localización con vistas a prestar servicios con valor añadido. Disponible en <http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/wpdocs/2005/wp115_es.pdf>.

³ Por tal se entiende «cualquier dato tratado en una red de comunicaciones electrónicas que indique la posición geográfica del equipo terminal de un usuario de un servicio de comunicaciones electrónicas disponible para el público» [art. 2, letra c), de la *Directiva 2002/58/CE*, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas].

2. SUPUESTO DE HECHO: BREVE RELATO FÁCTICO PARA LA NORMA DEL CASO

Una empresa decide implantar para los gestores comerciales, entre otros aspectos de informatización del conjunto de la organización y gestión del trabajo, un sistema GPS, no solo a fin de tener localizada la posición del dispositivo en cada momento durante la jornada laboral, sino también como fichaje de entrada, con lo que los trabajadores están obligados a activarlo a la hora de acceso. Tras varios problemas de funcionamiento, con reiterados avisos de «GPS desactivado», se logra normalizar su correcto uso, avisando desde la dirección de la empresa de que, a partir de ese momento, «si no hay notificación de errores en vuestros terminales, el no uso de este sistema será un problema disciplinario». Una trabajadora, en un contexto de alta conflictividad (despidos nulos por discriminación tras embarazo, sanciones varias tras reducciones de jornada por bajo rendimiento, anuladas judicialmente o retiradas por la empresa), recibe carta de despido por imputación de diversos incumplimientos en el uso de los nuevos sistemas de trabajo, entre ellos, continuar sin usar el dispositivo GPS.

La trabajadora demanda a la empresa por entender que el despido es nulo, violando sus derechos fundamentales, sin que ninguno de los incumplimientos exista realmente, sino que obedecen a represalia empresarial. En relación con la pretendida inactivación voluntaria del sistema GPS pone de manifiesto que no puede imputársele, pues deriva de la mala calidad del sistema y no le consta que su mal uso genere sanción disciplinaria, al no ser informada de ello de forma específica, habiéndosele comunicado su carácter obligatorio solo a partir de abrirle el expediente disciplinario, que entiende, solo obedece a represalia. El juzgado la desestima.

3. LA DOCTRINA JUDICIAL: BREVIARIO DE RAZONES JURÍDICAS PARA EL FALLO

La sala de suplicación granadina desestima igualmente el recurso. Pese a reconocer los indicios necesarios para acreditar un panorama indiciario de discriminación y represalia, con lo que traslada la carga de la prueba de la eventual procedencia al empleador (art. 96.1 [Ley reguladora de la jurisdicción social](#)), considera que ha «logrado acreditar» los incumplimientos imputados en la carta de despido.

Entre ellos (como la transgresión de la buena fe por inobservancia continuada del método de trabajo consistente en un procedimiento de envío temporal por mail de la previsión de líneas en venta para informar puntualmente y de forma individualizada del estado de aquellas para cada comercial), por lo que aquí interesa, destaca el de indisciplina grave y culpable [[art. 54.2 b\) Estatuto de los Trabajadores –ET–](#)]. La causa residiría en infringir «su obligación de activar el dispositivo GPS de seguimiento y control de rutas e inicio y fin de jornada», así como del complementario «deber de comunicar» eventuales incidencias del sistema (no atendió las peticiones de explicación que desde la jefatura de operaciones se le cursaban).

4. LA TRASCENDENCIA DE LA DOCTRINA MÁS ALLÁ DEL CASO: JUICIO DE COHERENCIA Y DE PREVISIBILIDAD EN EL ESCENARIO PRESENTE Y FUTURO

4.1. *¿Cumplimiento o novación contractual? La gestión diligente del dispositivo GPS como nueva obligación exigible en ejecución de contrato*

La sentencia que comentamos presenta un notorio interés, doctrinal y práctico. En el plano doctrinal porque, a diferencia de lo que viene siendo más frecuente, el problema de fondo no es la validez de la prueba de datos de geolocalización para acreditar eficazmente los incumplimientos imputados al trabajador. Una cuestión significativa en la experiencia más reciente del foro, tanto cuando aflora en el debate judicial como cuando se omite en casos, en exceso frecuentes, en que debió debatirse, pero la defensa legal «lo olvida» o «lo obvia», como dejan en evidencia en más de una ocasión los tribunales⁴. Sin embargo, se decía, lo original de la sentencia de nuestro diálogo es que asume con normalidad la introducción de este tipo de dispositivos y la nueva obligación que genera para los trabajadores, no ya solo de fichar a través de esta vía, sino de gestión diligente del sistema para que pueda cumplir eficazmente con su finalidad de control del trabajo.

A partir de esta normalización del uso del dispositivo para fines de estricto control, sin exigir causa específica, sino como instrumento ordinario, ni se preocupa de determinar si supone o no novación alguna, que exigiría consentimiento (sigue, aun sin cita, la jurisprudencia que considera cumplimiento del poder de novación ordinario los cambios debidos a procesos de digitalización; [STS 653/2017, de 20 de julio](#)), ni tampoco hace esfuerzo argumental para verificar la suficiencia del deber informativo previo y específico. A tal fin, le bastará con constatar el envío de un mail por el jefe de operaciones en el que, una vez se había resuelto el problema de funcionamiento del dispositivo GPS, se les recordaba que su inactivación podía tener consecuencias disciplinarias. En este caso, la defensa legal del trabajador no incurre en el frecuente déficit de presumir la corrección del GPS –y de sus datos derivados–, pero la valoración judicial sí prescindirá de someter la decisión empresarial, con el rigor y seriedad debidas, en los términos del TEDH, al test de garantía de la privacidad, en su doble vertiente: la general de respeto a la intimidad (art. 18.1 [CE](#) y art. 7 [Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo](#)) y la específica de garantía de la protección de datos (art. 18.4 [CE](#), arts. 5 y 6 [LOPD](#) y art. 8 [CDFUE](#)).

Lamentablemente, no es una excepción, sino que refleja una posición debilitadora de la garantía legal de información previa, específica e inequívoca (art. 5.4 [LOPD](#)) muy extendida en la práctica judicial. Más aún. A día de hoy, no solo persisten en la doctrina judicial sobre la

⁴ Ejemplo: la [STSJ de Asturias 2191/2017, de 3 de octubre](#), califica el despido como procedente a partir de dicha prueba, pero hasta dos veces advierte la falta de cuestionamiento por la demanda; en cambio, declaró la nulidad, entre otras cosas, por la invasión de la vida privada que supuso esta prueba al ser oculta y sistemática, la [STSJ de Asturias de 30 de marzo de 2017, recurso 2997/2016, comentada por el profesor Cabeza en el número 415 de esta revista](#).

legitimidad de los datos de geolocalización las mismas deficiencias reprobadas por la doctrina del TEDH para la videovigilancia y la vigilancia cibernética (control informático), sino que se reproduce, al menos, una corriente significativa, un error originario: tiende a primar la libertad de ejercicio por la legitimación de origen del poder de control sobre su carácter condicionado, en virtud de la habilitación *ex artículo 20.3 del ET* (y art. 6.2 *Ley Orgánica del Poder Judicial –LOPJ–*, incluso art. 5.3 *LOPD*), bastándole el saber meramente presunto del trabajador. Una nueva brecha en detrimento de la tutela de la «ciudadanía laboral» con la tutela de la ciudadanía «civil» (tutela como persona) que, por lo comentado en el [diálogo anterior](#) y por lo que se abundará, requiere corrección.

4.2. *Un déficit de práctica judicial previo: persistentes dificultades para distinguir entre la esfera de respeto de la intimidad y la propia de protección de datos*

Al margen de las orientaciones de doctrina judicial que consideran que los dispositivos GPS no afectan realmente a la vida privada del trabajador, si se mantienen en el tiempo de trabajo (ej. [STSJ de Cataluña 1706/2012, de 5 de marzo](#)), no estando en juego entonces derecho fundamental alguno, consideración judicial hoy generalmente abandonada, la primera gran cuestión jurídica que se suscita es la precisión de los derechos en juego respecto de los datos de geolocalización de los trabajadores. Al respecto, lo más habitual había venido siendo la referencia genérica al respeto –vertiente negativa– del derecho a la vida privada y su norma civil de desarrollo, orillando u obviando la referencia más específica, la obligación –positiva– de protección de los datos personales, contenido esencial del derecho fundamental autónomo a la libertad o a la autodeterminación informativa *ex artículo 18.4 de la CE* (*SSTC 198/2000 y 29/2013*, entre muchas). Sin embargo, más consciente de la diferencia entre el mero control por sistemas de videovigilancia y el que proporcionan los dispositivos de control cibernético o digital ([STSJ de Cantabria 48/2007, de 18 de enero](#)), la práctica judicial hoy, incluso la corriente de valoración más laxa o flexible respecto del cumplimiento del deber de información suficiente, razona sobre la doble exigencia constitucional y legislativa civil, dominando la referencia a la *LOPD*. No cabe duda de que tal evolución, progresiva pero apreciable, no adquiere solo un significado dogmático (enfoque teórico), sino también práctico. La invocación del derecho del artículo 18.4 de la *CE* ha favorecido un relativo incremento de la tasa de éxito de la acción de tutela de la privacidad.

Esta parece más vulnerable, o sucumbiría más fácilmente al sacrificio en el altar del poder de control empresarial, cuando se invoca solo la esfera de reserva de intimidad *ex artículo 18.1 de la CE* que cuando se acompaña con la obligación de tutela de datos personales. Excepción fue la [STSJ del País Vasco de 10 de mayo de 2011, recurso 644/2011](#), que declaró la nulidad del despido por vulneración del artículo 18.1 de la *CE*, por la ilicitud de la prueba de datos derivados del GPS instalado por un detective contratado por su empresa para verificar incumplimientos. También la citada [STSJ de Asturias de 30 de marzo de 2017](#) declara la nulidad del despido por la violación del artículo 18 de la *CE* en virtud del exceso de intrusión en la vida privada que supuso la introducción, con ocultación, del GPS en el vehículo puesto a disposición del trabajador. Sin embargo, en este caso, sería la empresa la que lo introduciría, no el detective privado

contratado, y la desmesura vendría por el exceso de imágenes captadas del trabajador en su vida privada. Confirmando los defectos que se siguen presentando en esta materia a la hora de identificar los derechos vulnerados, en especial con conductas «pluriofensivas», como estas, la sala vasca rechazó pronunciarse sobre la vulneración del artículo 18.4 de la CE (no fue invocado en el proceso ni en el recurso). También la sala asturiana rechazó pronunciarse sobre la vulneración del derecho a la imagen, reconocido en el artículo 18 de la CE igualmente, pero como derecho autónomo, por silenciarlo la sala y no invocarse en el recurso tampoco. En fin, en estos dos casos, la deficiente defensa no tuvo efectos negativos en el trabajador; en otros muchos, sí.

Precisamente, el arraigo de la dimensión laboral de esta normativa civil en la doctrina judicial posterior será uno de los factores más determinantes para mejorar la protección del trabajador, frente a usos extremadamente liberales o flexibles de los dispositivos GPS. Sin duda, el paradigma de esa evolución jurídico-judicial es la doctrina sentada por la sala de suplicación madrileña en la muy referenciada (auténtico *leader case*) STSJ de Madrid 260/2014, de 21 de marzo (seguida, con el mismo éxito, por su Sentencia 739/2014, de 29 de septiembre, y por la reciente 735/2017, de 11 de septiembre, aunque en este caso la acción fracasó, por mediar respeto a la LOPD). En el precedente de doctrina judicial referencial citado se dejaba constancia de que la información sobre la introducción del dispositivo sin especificar el uso laboral es ilegal, reclamando el rigor garantista de la STC 29/2013, de 11 de febrero, y STS de 13 de mayo de 2014, recurso 1685/2013.

4.3. *¿El conocimiento informado del dispositivo GPS es condición de su legitimidad de uso?: la diversidad de doctrinas de suplicación en espera de jurisprudencia*

En nuestro caso, la sala andaluza consideró suficiente el mail del jefe de operaciones que informaba de que, verificado que el nuevo sistema de GPS sí funcionaba, debía entenderse hábil para ejercer el poder disciplinario si no se atendía debidamente. No dedicó ni una línea a citar las exigencias de transparencia suficiente, clave de bóveda —excepcionado en sede laboral el derecho al consentimiento informado ex art. 6.2 LOPJ y STC 39/2016; la entrada en vigor el próximo 25 de mayo del Reglamento (UE) 2016/669, de 27 de abril, no parece que vaya a variar la situación, a tenor de su art. 6.1. a)— de la analizada STEDH de 9 de enero 2018, López Ribalda *et alii*. No obstante, como recuerda la STSJ de Madrid 735/2017, de 11 de septiembre, los criterios no son a día de hoy uniformes, en espera de jurisprudencia al respecto, que no existe todavía (FJ 8.º). Llama la atención también sobre esta divergencia de doctrinas la STSJ de la Comunidad Valenciana 1165/2017, de 2 de mayo. Pero esta última, evidenciando que es una «patata caliente», prefiere no terciar en la polémica en torno a la intensidad exigible del conocimiento previo del trabajador ex artículo 5.4 de la LOPJ («con independencia de este conocimiento...») y avalar («procede examinar la licitud de la prueba» ex art. 11 LOPJ) el uso disciplinario del GPS en atención al socorrido juicio de proporcionalidad.

Sin perjuicio y más allá del carácter circunstancial de esta materia, encontramos, en efecto, dos posiciones respecto a la intensidad del conocimiento del uso laboral concreto del dispositivo como condición de legitimidad de ejercicio. A saber:

- a) Doctrina del conocimiento presunto del trabajador respecto del uso disciplinario del GPS en virtud de su inherencia a la potestad de control (ej.: las SSTSJ de [Cataluña 1706/2012, de 5 de marzo](#), y [Galicia 2348/2017, de 26 de abril](#), entre otras). En última instancia, implica que la legitimidad del fin debe hacer presumir la legitimidad de uso, siempre que se mantenga en el ámbito laboral sin afectar al privado.
- b) Doctrina del conocimiento específico como condición necesaria de legitimidad del GPS (SSTSJ de [Madrid 260/2014](#), cit., y de [Castilla-La Mancha 487/2015, de 28 de abril](#), aplicando la doctrina de la [STC 29/2013](#)). La legitimidad del fin no justificaría la flexibilización del uso si no se garantiza una información específica y, además, se mantiene un estricto juicio de proporcionalidad: los datos GPS no deben valorarse como indispensables por ser más eficaces ([STSJ de Asturias de 30 de marzo de 2017](#), cit.)

Las doctrinas de suplicación suelen ubicarse, de un modo más o menos preciso, en una u otra dirección, aun siempre invocando los mismos precedentes y normativa. En este sentido, una sentencia precedente de la sala de suplicación granadina dará pleno valor a la prueba de GPS, decantándose por la línea más flexible de valoración judicial, confirmando el despido de la trabajadora ([STSJ de Andalucía/Granada 1608/2015, de 15 de julio](#)). Al respecto, tampoco hallamos una posición suficientemente cierta, por lo tanto previsible, en torno a esta cuestión, aun dentro de una misma sala de suplicación. Así, por ejemplo, en la sala castellano-manchega podemos dar cuenta de hasta 3 tipos de decisiones diferenciadas, en principio reclamándose en el seno de una misma doctrina judicial:

- a) En [STSJ de Castilla-La Mancha de 23 de marzo de 2015, recurso 1775/2014](#), «el trabajador conocía la instalación del GPS y (...) había suscrito documento en el que daba su conformidad al tratamiento de datos». De ahí la legitimidad plena de la prueba electrónica. Precisamente, la [STSJ de Castilla-La Mancha 715/2014, de 17 de junio](#), apuntaba hacia la exigencia no solo de información (implantación y finalidad de control), sino incluso de su consentimiento (autorización).
- b) En su [Sentencia de 31 de marzo de 2015, recurso 19/2015](#), «se declara expresamente probado que el interesado conocía la instalación del GPS, pero no se considera acreditado que hubiera prestado consentimiento al tratamiento de datos». Sin embargo, el dato se considera «irrelevante» porque «los datos GPS utilizados son exclusivamente» los asociados al tiempo de trabajo, no a momentos externos. Una orientación judicial de control flexible que avala la [STSJ del País Vasco 1325/2013, de 9 de julio](#) (FJ 3.º), pues tales usos irían de suyo (en línea con el art. 5.3 LOPD, que excluye del deber de información los supuestos en que su contenido se evidencia con claridad del tipo de datos).
- c) [Sentencia 487/2015, de 28 de abril](#): no consta ni consentimiento ni información previa. De ahí que declare la ilegitimidad de la prueba y la improcedencia del despido. Es muy interesante porque no reclama como precedente propio el de [31 de](#)

marzo de 2015, sino el de [23 de marzo de 2015](#). Asumiendo como referencia principal el precedente de la citada [STSJ de Madrid de 21 de marzo de 2014, recurso 1952/2013](#), excluye que sirva la referencia genérica a «razones de seguridad», por más que sea habitual en el sector de transportes (ej. [STSJ de Madrid 726/2017, de 20 de julio](#)).

Consolidada en la doctrina judicial la exclusión del consentimiento del trabajador para usos laborales de los datos GPS (pese al [Dictamen 5/2005](#) del Grupo de expertos comunitarios y la prohibición legal en otros países), se duda sobre la intensidad del deber de información previa. Al respecto, el carácter invasivo de los dispositivos de geolocalización (de la intimidad; de la libertad informática; libertad de circulación *ex art. 17 CE*; salud laboral, etc.), más en usos de control sistemático ([STSJ de Asturias de 30 de marzo de 2017](#), cit.), exige la aplicación de la nueva doctrina de la garantía del efecto útil aportada por el «test Bărbulescu de garantía de la privacidad» (TBGP). La reproducción respecto de la geovigilancia de los problemas, de inicio y posteriores, conduce a errores interpretativos –«tropezando (más de) dos veces con la misma piedra»– sobre las condiciones de legitimidad del poder tecnológico que deberán corregirse.

Se recordará –lo hemos comentado en el [primer diálogo](#)– que la [STS, 4.^a, de 31 de enero de 2017, recurso 3331/2015](#), quiso abrir una nítida frontera entre la vigilancia «por razones de seguridad» (pública) y la vigilancia «por razones de efectividad del control laboral», traicionándose en la decisión de fondo al incluir en «razones de seguridad –ciudadana o pública–» las «razones de seguridad patrimonial o económica» de la empresa. También la comentada [STS de 2 de febrero de 2017, recurso 554/2016](#), aun fiel servidora de la doctrina constitucional más debilitadora del derecho a la suficiencia de información, aceptó presumir que el trabajador sabía o conocía el uso disciplinario dado a un sistema de control por videovigilancia por su sola existencia, «sin que deba especificar, más allá de la mera vigilancia, la finalidad exacta que le ha asignado a ese control...». Así, presume la sala social, aun sin citar, la vigencia de la excepción de la «información clara» u «obvia» *ex artículo 5.3 de la LOPD*.

Pues bien, por las razones ya desarrolladas, es manifiesto que también tal jurisprudencia, y por supuesto la doctrina judicial que la sigue en el ámbito de la vigilancia por geolocalización del trabajador, es disconforme al TBGP y debe rectificarse. La doctrina correcta es la de la sala madrileña (últimamente, [STSJ de Madrid 735/2017](#), cit.). Tampoco hay que alarmarse, desde el plano de la abogacía de empresa, en la medida en que la mayor parte de las empresas ya incorporan en sus políticas y prácticas de los dispositivos con GPS una información del uso laboral (ej.: [STSJ de Castilla-La Mancha 951/2015, de 17 de septiembre](#)). Las empresas son cada vez más conscientes de que informar facilita «poder» despedir basado en lo (mucho) que se «sabe» a partir de los datos de geolocalización. En tales casos, «saber» el trabajador de su existencia y uso le «desarmaría» en buena parte de «poder» alegar en su defensa ilicitud de la prueba, salvo que acredite que ha habido un uso desproporcionado (tercer y último juicio que abrirá o cerrará la puerta de la legitimidad del dispositivo).

4.4. Poder tecnológico y transgresión de la buena fe: la implantación diligente del GPS favorece la procedencia del poder disciplinario

Desde esta perspectiva de gestión empresarial del poder tecnológico, la práctica pone de manifiesto el favor judicial hacia el uso disciplinario normalizado del GPS (en contra de las recomendaciones del Grupo de expertos comunitarios en protección de datos, que rara vez se cita). Un favor confirmado por la gran frecuencia de las calificaciones de procedencia de los despidos cuando se asocian a los datos de geolocalización válidos, reafirmando su eficacia. A ello suele contribuir el que, al margen de la suerte que corra la calificación de los concretos incumplimientos laborales imputados (como la inasistencia al trabajo o la reducción de rendimiento), la concurrencia de esta prueba suele desplazar el interés de la valoración del juez hacia el «cajón de sastre» bien conocido, por su efecto ampliador de las razones de deuda del trabajador: la vulneración de la buena fe y confianza legítima. Es el caso de la [STSJ de Asturias 2191/2017, de 3 de octubre](#), cit., o de la de [Castilla-La Mancha 287/2016, de 3 de marzo](#) (conductora de autobús), en la que –una vez más, la defensa legal del trabajador «olvidó» cuestionar la licitud de la prueba derivada del sistema GPS establecido– los datos de geolocalización resultaron fundamentales para acreditar la transgresión de la buena fe. En igual sentido decide la más reciente [STSJ de Baleares 405/2017, de 18 de octubre](#), que rechaza la inclusión de la conducta dentro de la disminución de rendimiento, pero sí en la transgresión de la buena fe –tampoco se discute aquí la prueba derivada del GPS–.

Aunque la sentencia de nuestro análisis sí verificaría el imputado incumplimiento de la reducción de rendimiento, su mayor centro de interés está, como se vio, en normalizar una nueva obligación de conducta diligente asociada al deber de ejecución del contrato de buena fe por los trabajadores (aun si el deber de transparencia, contrapartida del empresario asociada a su buena fe, no se exige con la misma intensidad), cual es la de activar el GPS y cuidar de su perfecto uso. En caso contrario, se desplegaría el poder disciplinario, en ocasiones con el máximo rigor, atendiendo, naturalmente (teoría gradualista), a la gravedad y culpabilidad. Al respecto, cabría distinguir básicamente dos tipos de acciones sancionables: (1) la neutralización deliberada del GPS y (2) su uso reiterado negligente.

En el primer caso, la transgresión grave de la buena fe contractual sería evidente. Así lo asume, con buen criterio, la [STSJ de Castilla y León de 8 de mayo de 2013, recurso 453/2013](#). Para la sala, la sanción previa, no recurrida (consiente), evidenciaba que el trabajador debía saber que no podía decidir dejar de trabajar las tardes de verano. Pero no fue la razón decisiva para declarar procedente el despido, sino su decisión de desviar el móvil de empresa al suyo particular, haciendo imposible su control remoto, de ahí que contratara un detective. Aunque la «fêchoría» (que enervaría al juez Dedov, como ilustra su literario y moralista voto particular en el [comentario López Ribalda et alii](#)) es inaceptable jurídicamente, no justifica que la defensa letrada orillara cuestionar la implantación del dispositivo por falta de información adecuada. En todo caso, debe quedar clara la autoría del trabajador, como recuerda la [STSJ de Canarias/Santa Cruz de Tenerife 351/2015, de 11 de mayo](#), que declaró el despido improcedente por dudas en torno a la autoría de la conducta maliciosa.

No tiene dudas, en cambio, la sentencia de nuestro dialogo, de que la trabajadora incurre en una conducta dolosa al considerar probado el «(...) incumplimiento continuado (...) de su obligación de activar el dispositivo GPS de seguimiento y control de rutas e inicio y fin de jornada, y omisión del deber de atender las peticiones de explicaciones de la empresa de por qué no activaba dicho dispositivo». Tras el correo del jefe en torno al funcionamiento correcto de la nueva versión, la sala no acepta que puedan continuar los problemas, pues los demás trabajadores ya no se quejarían y, en consecuencia, presume que tal desactivación solo puede venir de la voluntad contumaz de la trabajadora.

4.5. De la transparencia a la proporcionalidad del poder tecnológico, más allá y más acá de la jornada: derecho a la desconexión, autodeterminación y salud psicosocial

Superado el control de transparencia suficiente del dispositivo, que se ejerza el control tecnológico dentro de la jornada laboral (insiste la [STSJ de la Comunidad Valenciana 1165/2017, de 2 de mayo](#), alineada en la corriente de flexibilización del requisito de información previa) no garantiza plenamente su legitimidad. Como evidenciara el Grupo de expertos comunitario ([Dictamen 5/2005](#)) y alguna de las sentencias referidas en este diálogo (ej. [SSTSJ de Castilla-La Mancha 715/2014](#), cit., y del [País Vasco de 10 de mayo de 2011, rec. 644/2011](#), cit.), además de insistir en que la legalidad de estas operaciones de tratamiento de datos de localización no debería depender exclusivamente del consentimiento del empleado (ya se ha visto la distancia con ese estándar técnico-civil de la doctrina laboral nacional), previene sobre el uso extralimitado («excesivo») que supondría primar la finalidad de control. De ahí que ponga en duda la normalización del uso de control laboral, recordando que hay países que prohíben expresamente evaluar el rendimiento del trabajador a través del GPS. Y, en todo caso, recomienda la inclusión en el dispositivo de un «sistema que les permita desactivar la función de localización» ([Dictamen 5/2015](#)). Aquí, la práctica actual española (empresarial, consultora y forense) dista muchísimo de adecuarse a tales estándares.

La sentencia de nuestro diálogo obvia esta cuestión. Sin embargo, no ha sido ajena la doctrina judicial nacional a estos graves riesgos de uso cotidiano extremadamente invasivo del GPS como instrumento de control laboral. Para la [STSJ del País Vasco de 2 de julio de 2007, recurso 1175/2007](#) (despido basado en prueba de localización GPS del móvil), el respeto a la intimidad –no refiere a la libertad informática– limita las formas de control sistemático, fuera de la jornada, pero también dentro, cuando se realice de continuo. Una advertencia del exceso de control, incluso si se hace en vías públicas, de este tipo de dispositivo presente en la [STSJ de Asturias 870/2017, de 30 de marzo](#), que hace un test de proporcionalidad intenso –cierto que mezclado con lo invasivo de la prueba de detectives–.

Por su parte, y anticipando en gran medida el debate más reciente sobre el célebre «derecho a la desconexión digital» (sobre el mismo, de interés el [análisis de la profesora Vallecillo en el núm. 408 de esta revista](#)), la importante [STSJ de Cataluña 3613/2013, de 23 de mayo, recurso 6212/2012](#), reclamará la atención, junto al derecho a la intimidad, sobre un derecho fundamen-

tal adicional de la persona del trabajador para valorar la legitimidad de este tipo de dispositivos tecnológicos: la integridad personal y la salud psicosocial del trabajador. Exigir al trabajador responsabilidad sobre el dispositivo electrónico fuera de la jornada constituye un factor de estrés laboral que, no evaluado, quiebra los derechos fundamentales (FJ 13.º).

4.6. La devaluada consecuencia de la inconstitucionalidad de la prueba proporcionada por el GPS: el favor por la improcedencia del despido

La demanda pidió nulidad del despido por la ilicitud de la obligación asociada al GPS, en conexión con otros indicios de despido por represalia, rechazado por la sala. Emerge, así, una cuestión relevante, como es si la eventual nulidad de la prueba de GPS supone la calificación de nulidad del despido. La doctrina de suplicación mayoritaria niega tanto esa consecuencia de la nulidad de la prueba como la contaminación misma del resto de pruebas de la infracción (no acepta la «doctrina del fruto del árbol envenenado»). La [STSJ de Castilla-La Mancha 715/2014, de 17 de junio](#), afronta expresamente todas estas cuestiones, llegando a la conclusión de que la nulidad de tal prueba –como concluyó, por falta de información adecuada– determina la improcedencia, al faltar otras relevantes en el caso, pero no la nulidad, ni siquiera una indemnización de daños por la violación declarada. En la misma línea, la [STSJ de Galicia 2348/2017, de 26 de abril](#), que revoca la decisión de instancia que estimó la demanda de la parte actora por nulidad del despido.

En cambio, la [STSJ del País Vasco de 10 de mayo de 2011](#), cit., sí declaró la nulidad del despido. La razón la sitúa en que la decisión del empleador tuvo como única prueba del incumplimiento la utilización de los datos de localización por GPS ilegalmente obtenida, pues el conocimiento empresarial de los hechos se derivaría del desconocimiento del trabajador de tal instalación electrónica, si bien, en ese caso, se debió a la conducta del detective contratado, no directamente del empleador, y en el coche particular. Justamente, la [STSJ de Asturias 870/2017, de 30 de marzo](#), cit., que imputa directamente tal lesión al empleador (colocó el dispositivo sin informar de él en el vehículo de la empresa), también califica el despido de nulo. No obstante, en este segundo caso, hay circunstancias añadidas de lesión que justificarían claramente que el despido sí tuvo por causa la lesión de los derechos fundamentales del trabajador. Finalmente, se recordará que también la comentada Sentencia 453/2017, de 17 de noviembre (Autos 737/2017), del Juzgado de lo Social número 40 de Madrid, la primera que aplica en España el TBGP, declaró la nulidad del despido como consecuencia de la nulidad de la única prueba de cargo.