

TECNOVIGILANCIA EMPRESARIAL Y DERECHOS DE LOS TRABAJADORES (INTENTO DE CONSTRUCCIÓN DE UNA REGLA CONCEPTUAL EN EL DERECHO DEL TRABAJO ESPAÑOL)

Rodrigo Tascón López

*Profesor titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de León
Magistrado suplente. Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León/Valladolid*

Este trabajo ha obtenido el **Accésit del Premio Estudios Financieros 2017** en la modalidad de **Trabajo y Seguridad Social**.

El jurado ha estado compuesto por: don Cristóbal MOLINA NAVARRETE, don Ignacio CARVAJAL GÓMEZ-CANO, doña Lourdes LÓPEZ CUMBRE, doña Paz MENÉNDEZ SEBASTIÁN, don Alberto NOVOA MENDOZA y don ANTONIO PEDRAJAS QUILES.

Los trabajos se presentan con seudónimo y la selección se efectúa garantizando el anonimato de los autores.

EXTRACTO

Los increíbles avances tecnológicos han encontrado una de sus manifestaciones más vistosas (y jurídicamente delicadas) en la redimensionada capacidad de control por parte del empresario respecto de la prestación laboral desarrollada por los trabajadores. El artículo 20.3 del ET, llamado a fijar los límites de actuación en la materia, apenas sí remite de forma difusa a la dignidad humana sin que el legislador haya procedido a actualizar un precepto preinformático.

En este contexto, ha sido la jurisprudencia (tanto del Tribunal Constitucional como del Tribunal Supremo) la encargada de asumir una labor cuasilegislativa e ir procediendo a decantar los límites del poder de control empresarial cuando chocan con los derechos fundamentales inespecíficos (a la intimidad –art. 18.1 CE–, al secreto de las comunicaciones –art. 18.3 CE– o a la autodeterminación informativa –art. 18.4 CE–) de los trabajadores.

El presente trabajo pretende, a partir del análisis de las doctrinas utilizadas por los altos tribunales patrios en pronunciamientos, ya clásicos, ya recientes (proporcionalidad de la medida empresarial, expectativa de intimidad del trabajador y autodeterminación informativa o protección de datos personales), construir una regla de síntesis que permita perfilar un poco más y mejor los límites del poder de control empresarial a partir del uso de las nuevas tecnologías.

Palabras clave: vigilancia empresarial; poder de control empresarial; nuevas tecnologías.

Fecha de entrada: 03-05-2017 / Fecha de aceptación: 04-07-2017 / Fecha de revisión: 11-09-2017

**ENTERPRISE CORPORATE
TECNO-SURVEILLANCE AND WORKERS' RIGHTS
(ATTEMPT TO CONSTRUCT A CONCEPTUAL
RULE IN SPANISH LABOR LAW)**

Rodrigo Tascón López

ABSTRACT

The incredible technological advances have found one of its most colorful (and legally delicate) manifestations in the resized capacity of control on the part of the employer with respect to the work performance developed by the workers. The article 20.3 ET, called to fix the limits of action in the matter, hardly if it refers diffusely to human dignity, without the legislator proceeded to update a pre-IT precept.

In this context, it has been the jurisprudence (both the Constitutional Court and the Supreme Court) to take on a quasilegislative work and to proceed to decant the limits of the power of business control when they collide with non-specific fundamental rights (to privacy- art 18.1 EC -to the secrecy of communications- art. 18.3 EC -or to self-determination of the workers- art. 18.4 EC).

From the analysis of the doctrines used by the high courts of the country in pronouncements, classic and recent (proportionality of the business measure, expectation of worker privacy and information of personal data), to construct a rule of synthesis that allows to outline a little more and better the limits of the power of business control from the use of new technologies.

Keywords: workers monitoring; workers control; new technologies.

Sumario

- I. El redimensionado poder de control empresarial a partir de la incorporación de las nuevas tecnologías al ámbito laboral
 1. El poder de control empresarial en el contexto de las relaciones laborales tecnificadas
 2. El trabajador desnudado por la tecnología a merced del empresario
- II. Análisis sustantivo de los límites del poder de control empresarial por medios tecnológicos
 1. La doctrina de la proporcionalidad como criterio general para la resolución de conflictos entre los derechos fundamentales del trabajador y el poder de control empresarial
 2. La doctrina de la creación de un espacio de intimidad para el trabajador a partir de la confianza en la legitimidad de un uso razonable de las herramientas tecnológicas
 3. La doctrina del deber de información empresarial en virtud del derecho fundamental a la autodeterminación informativa del trabajador
- III. Intento conceptual de fijación de una regla de síntesis sobre los límites del poder de control empresarial a través de tecnologías

NOTA: El presente trabajo se ha elaborado en el marco del proyecto de investigación titulado «Nuevos lugares, distintos tiempos y modos diversos de trabajar: innovación tecnológica y cambios en el ordenamiento social», desarrollado en el seno de la Unidad de Investigación Consolidada UIC 198 reconocida por la Junta de Castilla y León, cuyo investigador responsable es el profesor doctor Juan José Fernández Domínguez.

I. EL REDIMENSIONADO PODER DE CONTROL EMPRESARIAL A PARTIR DE LA INCORPORACIÓN DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS AL ÁMBITO LABORAL

1. EL PODER DE CONTROL EMPRESARIAL EN EL CONTEXTO DE LAS RELACIONES LABORALES TECNIFICADAS

Una idea elemental presente en toda la lógica de las relaciones laborales pasa por considerar que la celebración de un contrato de trabajo y su ulterior desarrollo confiere al empresario un poder de dirección para ordenar las prestaciones debidas y asegurar así el normal desarrollo del proceso productivo¹. De semejante prerrogativa derivan, a su vez, un amplio –aun cuando limitado–² haz de facultades; entre otras, y por cuanto ahora importa, la posibilidad del empresario para adoptar «las medidas que estime más oportunas 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 humana» ([art. 20.3 Estatuto de los Trabajadores –ET–](#)).

En síntesis, este poder de control –complemento indispensable del de dirección–³, pese a conceder un amplísimo –quizá demasiado generoso y en el Derecho español poco preciso–⁴ margen de actuación al empresario, trae aparejados, de un lado, el deber de utilizar medios respetuosos con los derechos fundamentales del trabajador (pues, sin duda, tales aparecen comprendidos en el amplio y genérico concepto de «dignidad humana» aludido por el precepto)⁵; y de otro, la

¹ Por clásico, MONTROYA MELGAR, A.: *El poder de dirección del empresario*, Madrid (IES), 1965, págs. 44 y ss., o, del mismo autor y más reciente, «El poder de dirección del empresario», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 100, 2000, págs. 507 y ss. También, ROMÁN DE LA TORRE, M.^a D.: *Poder de dirección y contrato de trabajo*, Valladolid: Grapheus, 1992, pág. 351.

² Por todos, LUQUE PARRA, M.: *Los límites jurídicos de los poderes empresariales*, Barcelona: Bosch, 1999, págs. 16 y ss.

³ Como reconocen GOÑI SEIN, J. L.: *El respeto de la esfera privada del trabajador*, Madrid: Civitas, 1989, pág. 109; DE VICENTE PACHÉS, F.: *El derecho del trabajador al respeto de su intimidad*, Madrid: CES, 1998, págs. 299 y ss.

⁴ Según indican VALDÉS DAL-RE, F.: «Poderes del empresario y derechos de la persona del trabajador», *Relaciones Laborales*, tomo I, 1990, págs. 284 y ss., o FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.^a F.: «Libertad ideológica y prestación de servicios», *Relaciones Laborales*, núm. 7, 1985, págs. 421 y ss.

⁵ DE VICENTE PACHÉS, F.: *El derecho del trabajador al respeto de su intimidad*, cit., pág. 301; GARCÍA NINET, J. I. y VICENTE PALACIO, A.: «Los derechos fundamentales como límite a las facultades organizativas del empresario (libertad sindical y movilidad funcional)», *Aranzadi Social*, tomo IV, 1999, págs. 687 y ss.; FERNÁNDEZ VILLAZÓN, L. A.: *Las facultades empresariales de control de la actividad laboral*, Pamplona: Aranzadi, 2003, págs. 34 y ss. y 61 y ss., o SAMPEDRO GULLÓN, V.: «Facultades empresariales de vigilancia y control en el centro de trabajo», *Tribuna Social*, núm. 160, 2004, pág. 14.

necesidad de circunscribir la actividad de control –salvo excepciones justificadas– a la comprobación de aquellas cuestiones estrictamente vinculadas con la prestación de trabajo⁶.

Es posible afirmar sin temor a incurrir en exageración que la introducción de las nuevas tecnologías en la empresa, además de cambiar de forma sustancial los modos y modelos de trabajo y producción⁷, presenta en su influencia sobre el poder de dirección una de sus manifestaciones «más vistosas»⁸, habida cuenta, aquellas están habilitando –cada vez más– medios sofisticados capaces de «intensificar»⁹ de forma decisiva –y en muchos casos hasta más allá de lo lícito– las posibilidades empresariales de fiscalización de la actividad laboral¹⁰.

El control presencial, caracterizado por la coincidencia espacio/temporal de empresario y trabajador, forma parte del «pasado artesanal»¹¹ del Derecho del Trabajo y está cediendo paso con rapidez al «control tecnológico»¹², con lo cual aquel «periférico, discontinuo y parcial realizado por la jerarquía humana deja paso a uno centralizado y objetivo que se verifica en tiempo real»¹³ pero, al tiempo, deja –o puede dejar– un rastro perenne en la «memoria» de la máquina¹⁴.

⁶ No obstante, no resulta fácil separar entre la persona del trabajador y las implicaciones derivadas de la prestación por él realizada. MARTÍNEZ FONS, D.: *El poder de control del empresario en la relación laboral*, Madrid: CES, 2002, pág. 54.

⁷ FULLER, S.; HARTMAN, A. y RAMAN, S.: «Bell meets Taylor: desmythifying Knowledge work», en ORLIKOWSKI, W. J. et alii: *Information technology and changes in organizational work*, Londres: Chapman & Hall, 1996, pág. 18; ADDISON, J. T. y TEIXEIRA, P.: «Technology, employment and wages», *Labour*, vol. 15, núm. 2, 2001, págs. 191 y ss., o BROWN, C. y CAMPBELL, B. A.: «The impact of Technological change on work and wages», *Industrial Relations*, vol. 41, núm. 1, 2002, págs. 1 a 33.

⁸ PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: *Nuevas tecnologías y relación de trabajo*, Valencia: Tirant lo Blanch, 1990, pág. 72, o SEMPERE NAVARRO, A. V. y SAN MARTÍN MAZZUCONI, C.: *Nuevas tecnologías y relaciones laborales*, Pamplona: Aranzadi, 2002, págs. 42 y ss.

⁹ NAPIER, B.: «Computerization and employment rights», *Industrial Law Journal*, vol. 21, núm. 1, 1992, págs. 2 y ss., o BROWN, C. y CAMPBELL, B. A.: «The impact of Technological change on work and wages», *Industrial Relations*, vol. 41, núm. 1, 2002, págs. 3 y ss.

¹⁰ MARTÍNEZ FONS, D.: *El poder de control del empresario en la relación laboral*, cit., pág. 54. Recientemente, una magnífica labor de síntesis en ALONSO, D.: «Protection of employees' privacy and personal information in Spain: General patterns and case law trends», en AA. VV.: *Protection of employees' personal information and privacy*, London: Walter Kluwerts, 2015, págs. 163 y ss.

¹¹ CASAS BAAMONDE, M.ª E.; BAYLOS GRAU, A. y ESCUDERO RODRÍGUEZ, R.: «El Estatuto de los Trabajadores. Diez años después: pervivencias, insuficiencias, desviaciones y reformas», *Relaciones Laborales*, núms. 6-7, 1990, págs. 139 y ss.

¹² CHILD, J.: «Managerial strategies, new technology and the labour process», en AA. VV.: *Tools dressing: critical perspectives on the labour process*, Aldershot: Grower, 1986, pág. 127, o DAWSON, P. M.: *Computer technology and the redefinition of supervision*, Southampton: University of Southampton, 1986, págs. 40 y ss.

¹³ PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: *Nuevas tecnologías y relación de trabajo*, cit., pág. 72, o RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: *Poder de control empresarial, sistemas tecnológicos y derechos fundamentales de los trabajadores*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2015, págs. 45 y ss.

¹⁴ EDWARDS, R.: *The transformation of the workplace; debates on the labour process*, Londres: McMillan, 1993, págs. 38 y ss.

No es ocioso recordar cómo las nuevas tecnologías de la información y la comunicación permiten formas de control nuevas y «casi ilimitadas»¹⁵ que, *de facto* (y, en muchos casos, en medio de un cuanto menos inquietante silencio legal), están siendo utilizadas por los empleadores para intensificar las formas de conocimiento del comportamiento de los trabajadores¹⁶, creando centros de «trabajo virtuales»¹⁷ en los cuales la profecía orweliana del gran hermano adquiere dimensiones laboralizadas («el inmenso poder del ojo mecánico»¹⁸ empresarial) en las que la realidad, una vez más y por desgracia, vuelve a superar a la ficción¹⁹.

En consecuencia, las nuevas tecnologías informáticas, como casi toda invención habida en el discurrir de la historia humana, presentan cargas ambivalentes, en tanto en cuanto, además de un uso legítimo y utilísimo (principalmente dirigido a la mejora de la productividad)²⁰, a través suyo pueden darse –y de hecho se dan– las más viles y deplorables acciones, no solo por parte del empresario (quien verá en estos medios una «mano alargada» para el «control absoluto» de los operarios)²¹, sino también por los propios trabajadores, en tanto en cuanto pueden utilizarlos –en tiempo y lugar de trabajo– para fines particulares capaces de distraerlos de sus obligaciones laborales²².

Evidentemente, este comportamiento, amén de suponer un innegable perjuicio económico para la empresa en forma de tiempo de trabajo perdido –y en consumo de servicios, aun cuan-

¹⁵ CAPRON, H. L. y JOHNSON, J. A.: *Computers: tools for an information age*, Upper Sadle River: Prentice Hall, 2004, pág. 223.

¹⁶ BORRAJO DACRUZ, E.: «El impacto de las nuevas tecnologías y medios informáticos en la relación de trabajo», *AEDIPE*, 1984, págs. 32 y ss.; PRADAS MONTILLA, R.: «Organización del trabajo y nuevas tecnologías», *Documentación Laboral*, núm. 53, 1997, págs. 13 y ss.; CAVAS MARTÍNEZ, F.: «Reflexiones sobre el trabajo y su papel en la actual sociedad de la información», *Aranzadi Social*, núm. 10, 2004, págs. 23 y ss., o RUANO ALBERTOS, S.: «Facultades de control por medios informáticos», *Tribuna Social*, núm. 162, 2004, pág. 26.

¹⁷ IGBARIA, M. y TAN, M.: *The virtual workplace*, Londres: Idea Group, 1998, pág. 35.

¹⁸ GOÑI SEIN, J. L.: *La videovigilancia empresarial y la protección de datos personales*, Madrid: Civitas, 2006, pág. 15.

¹⁹ MCGRATH, J. E.: *Loving big brother: performance, privacy and surveillance space*, Londres/Nueva York: Routledge, 2004, págs. 43 y ss.

²⁰ ALARCÓN CARACUEL, M. R.: «La informatización y las nuevas formas de trabajo», en AA. VV., Alarcón Caracuel, M. R. y Esteban Legarreta, R. (coords.): *Nuevas tecnologías de la información y la comunicación y Derecho del Trabajo*, Albacete: Bomarzo, 2004, pág. 10, o RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: «Innovación tecnológica y productividad empresarial», *La Ley*, núm. 8.094, 2013, págs. 3 y ss.

²¹ MCGRATH, J. E.: *Loving big brother: performance, privacy and surveillance space*, cit., pág. 47; ANTON, G. y WARD, J. J.: «Every breath you take: employee privacy rights in the workplace; an orwellian prophecy come true?», *Labor Law Journal*, vol. 49, núm. 3, 1998, págs. 897 y ss., y O'BRIEN, C. N.: «The impact of employer e-mail policies on employee rights to engage in concerted activities protected by the National Labor Relations Act», *Labor Law Journal*, vol. 53, núm. 2, 2002, págs. 69 y ss.

²² Un 70% de quienes disponen de internet en su lugar de trabajo reconocen haberlo usado para fines personales durante el horario de trabajo, principalmente para el intercambio de *e-mails* particulares, búsquedas en páginas de contenido sexual y acceso a programas de intercambio de temas musicales. *UCLA Internet Report*, 2015.

do tal problema haya perdido entidad una vez generalizadas las denominadas «tarifas planas»—, puede suponer otro aún mayor en forma de destrucción de información y programas a través de los posibles virus adquiridos por la negligencia o temeridad de quien así haya actuado²³ y, en último término y en los supuestos más graves, facilitar los más flagrantes quebrantos de la buena fe contractual bajo formas más rápidas y silenciosas de espionaje industrial²⁴.

Centrando la atención del discurso en su objeto de estudio, las potencialidades tecnológicas de control constituyen un proteico conjunto prácticamente ilimitado²⁵ que va, en una lista que por fuerza ha de ser *numerus apertus*, desde el —relativamente—²⁶ más tradicional sistema de videovigilancia (en sus múltiples posibilidades)²⁷, hasta los más sofisticados mecanismos de control de acceso y localización dentro de la empresa, mediante tarjetas personales²⁸ o, incluso, datos biométricos²⁹ (o fuera de ella, mediante sistemas de localización mediante GPS)³⁰, pasando por los cada vez más habituales mecanismos de fiscalización de la utilización dada a la herramienta tecnológica (ordenador o, en su versión reciente y generalizada, *smartphone*), tales como inspecciones en el correo electrónico del empleado o revisión de la navegación realizada en internet³¹, instalación de programas espía capaces de revelar la práctica totalidad de aspectos relativos al

²³ CARDONA RUBERT, M.^a B.: «Relaciones laborales y tecnologías de la información y de la comunicación», *Revista de la Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid*, núm. 9, 2004, pág. 3.

²⁴ THORP, J.: *The information paradox: realizing the business benefits of the information technology*, Toronto: McGraw-Hill Ryerson, 2003, págs. 32 y ss.; WHITFIELD, K.: «High-performance workplaces, training and the distribution of skills», *Industrial Relations*, vol. 39, núm. 1, 2000, págs. 3 y ss.; CANTWELL, J. y NARULA, R.: *International business and the eclectic paradigm*, Londres/Nueva York, 2003, págs. 21 y ss., o ZEKOS, G.: «Cyberspace and globalization», *Law, Social Justice and Global Development Journal*, núm. 1, 2002, pág. 4.

²⁵ Al respecto, TASCÓN LÓPEZ, R.: «El poder de control empresarial en la era tecnológica: visión panorámica de una cuestión inacabada», *RTSS.CEF*, núm. 267, 2005, págs. 19-55.

²⁶ SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C.: «Videocámaras y poder de vigilancia», *Aranzadi Social*, núm. 19, 2000, págs. 74 y ss.; LÓPEZ PARADA, R.: «Análisis jurisprudencial acerca de la instalación por el empresario de sistemas de videovigilancia en el lugar de trabajo», *Información Laboral Jurisprudencia*, núm. 9, 2000, págs. 12 y ss., o MARTÍNEZ FONS, D.: «El poder de control empresarial ejercido a través de medios audiovisuales en la relación de trabajo», *Relaciones Laborales*, núm. 4, 2002, págs. 11 y ss.

²⁷ Al respecto, MELLO, J. A.: «Salts, Lies and videotape: union organizing efforts and management's response», *Labor Law Journal*, vol. 17, 2004, págs. 42 y ss.; KING, D. N.: «Privacy issues in the private-sector workplace: protection from electronic surveillance and emerging privacy gap», *California Law Review*, vol. 67, 1994, págs. 474 y ss.

²⁸ FRIED, C.: «Perfect freedom or perfect control?», *Harvard Law Review*, vol. 114, núm. 2, 2000, págs. 606 y ss., o DUANE, E. L. y GIFFORD, K. D.: «Workplace transformation and worker upskilling: the perspective of individual workers», *Industrial Relations*, vol. 38, núm. 2, 1999, pág. 177; GUFFEY, C. J. y WEST, J. F.: «Employee privacy: legal implications for managers», *Labor Law Journal*, vol. 47, núm. 11, 1996, págs. 735 y ss.

²⁹ RODOTA, S.: «Tecnología y derechos fundamentales», *Datos personales.org. Revista de la Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid*, núm. 8, 2004, págs. 1 y 2.

³⁰ RAY, J. E.: «Geolocalisation, donness personelles et droit du travail», *Droit Social*, núm. 12, 2004, págs. 1.077 y ss.

³¹ OLIVER, H.: «E-mail and Internet monitoring in the workplace: information privacy and contracting-out», *Industrial Law Journal*, vol. 31, núm. 4, 2002, págs. 321 y ss.

equipo informático asignado al empleado (desde los programas o aplicaciones utilizados hasta el número de pulsaciones por minuto practicadas)³² o, en fin, la intervención de las conversaciones telefónicas mantenidas mientras se prestan servicios desde terminales de la compañía³³.

A todos ellos habría de unirse, en los últimos tiempos, una posibilidad también tecnológica de control (parcialmente diferente a las anteriores pero también relacionada con las tecnologías), cual es la supervisión del uso de las redes sociales efectuado por el trabajador. En efecto, su crecimiento ha sido imparable y, desde luego, en ellas el trabajador revela, en muchos casos, aspectos que pueden tener relevancia laboral (desde actitudes o conductas poco apropiadas a la situación laboral –por ejemplo, de baja–, hasta críticas hacia la empresa o los compañeros de trabajo –caso en el marco de un conflicto de trabajo, que alcanza así una potencialidad de difusión increíble–, pasando por datos de su vida personal –salud, ideología, etc.– que pueden servir de criterio de valoración –proclive a la discriminación– en un eventual proceso de selección o promoción)³⁴ y que el empresario puede estar interesado en localizar (mediante una investigación más o menos sencilla, en virtud de la popularidad de la red y el carácter privado o público de la información contenida en el perfil del operario) y utilizar (con el riesgo implícito de lesión sobre algunos derechos fundamentales del trabajador, aun con el beneplácito generalizado de los tribunales)³⁵ para la toma de decisiones³⁶.

Téngase presente, además, que junto a los diversos medios de control que las nuevas tecnologías permiten, uno de los más precisos y utilizados (complemento contundente de los anteriores) viene dado, sin duda, por aquel ejercido a través de la información obtenida mediante técnicas de elaboración de datos, algo facilitado enormemente por el «rastreo informático» que se mantiene perenne en la herramienta tecnológica, permitiendo una verificación posterior de su utilización.

Mediante dichas técnicas de proceso de datos, el empresario puede obtener y sistematizar informaciones, laborales o no, relativas a la persona del trabajador, remontándose desde a los actos más banales hasta sus más íntimos secretos (afiliación sindical o política, credo religioso, estado de salud, etc.) y retomar tales informaciones cuando sea necesario adoptar una decisión

³² CAPRON, H. L. y JOHNSON, J. A.: *Computers: tools for an information age*, cit., págs. 23 y ss.

³³ AGUT GARCÍA, C.: «Las facultades empresariales de vigilancia y control sobre útiles y herramientas de la empresa», *Tribuna Social*, núm. 163, 2004, pág. 31.

³⁴ DEL REY GUANTER, S.: «Nuevas perspectivas de la libertad de expresión e información en las relaciones laborales: contrato de trabajo y redes sociales», en AA. VV., Borrajo Dacruz, E. (dir.): *Controversias vivas del nuevo Derecho del Trabajo*, Madrid: La Ley, 2015, págs. 303 y ss.

³⁵ NORES TORRES, L. E.: «Algunas cuestiones sobre la utilización de las redes sociales como medio de prueba en el proceso laboral», *Actualidad Laboral*, núm. 3, 2014, págs. 314 y ss.

³⁶ CARDONA RUBERT, M. B.: «La utilización de las redes sociales en el ámbito de la empresa», *Revista de Derecho Social*, núm. 52, 2010, págs. 67 y ss., o TASCÓN LÓPEZ, R.: «El trabajo humano (y su Derecho) ante el imparable fenómeno de las redes sociales», *RTSS.CEF*, núm. 340, 2011, págs. 125 y ss.

sobre el trabajador. De esta forma queda expedito el camino hacia algunas de las más delezna- bles discriminaciones reprobadas por el ordenamiento jurídico, en tanto permiten la elaboración de categorías (verdaderas «castas laborales») que recuerdan, en este caso, a las Alfas y Betas que dibujara HUXLEY, permitiendo al empresario diversificar sus decisiones en función de la conveniencia o aptitud (incluso actitud) del trabajador afectado³⁷.

2. EL TRABAJADOR DESNUDADO POR LA TECNOLOGÍA A MERCED DEL EMPRESARIO

Pocas dudas pueden haber acerca de que en un contexto como el descrito la actividad del trabajador y las informaciones sobre su actividad pasan a constituir un «todo indisoluble»³⁸, permitiendo un control total –o, al menos, tendente a la totalidad– de la actuación del operario en la empresa –y aún fuera de ella, doquiera el empresario– y, a la postre, la elaboración de todo tipo de informes o perfiles –según las necesidades del caso– acerca no solo de sus caracteres profesionales sino también, en última instancia, de su propia faceta personal³⁹.

Quien se sabe así vigilado pierde, evidentemente, las más elementales capacidades de organizar el trabajo propio con unos mínimos márgenes de iniciativa y queda sometido a una presión difícilmente soportable, capaz de poner en peligro evidente su propio equilibrio físico-psíquico (lo cual pone en cuestión alguna de las más elementales obligaciones de prevención de riesgos inherentes al contrato de trabajo, *ex art. 14 Ley de Prevención de Riesgos Laborales –LPRL–*), forzándole, en último término, a cambiar de forma radical su conducta para tratar de adaptarla al estándar del controlador del rendimiento⁴⁰.

³⁷ FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J. y RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: *Utilización y control de datos laborales automatizados*, Madrid: APD, 1997, pág. 82, y CARDONA RUBERT, M.^a B.: *Informática y contrato de trabajo*, Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, págs. 66 y ss.

³⁸ GAETA, L.: «La dignidad del trabajador y las perturbaciones de la innovación», en AA.VV., Aparicio Tovar, J. y Baylos Grau, A. (dirs.): *Autoridad y democracia en la empresa*, Madrid: Trotta, 1992, pág. 68.

³⁹ LLOYD, I. J.: *Legal aspects of the information society*, Londres: Butterworths, 2000, pág. 41; SCARBROUG, H. y CORBETT, J. M.: *Technology and organization (power; meaning and desing)*, Londres: Routledge, 1992, pág. 29; LINOWES, D. F. y SPENCER, R. C.: «Privacy: the workplaces issues of the 90's», *Marshall Law Review*, vol. 23, 1990, págs. 610 y ss.; FLANAGAN, J. A.: «Restricting electronic monitoring in the private workplace», *Duke Law Journal*, vol. 43, 1994, págs. 1.262 y ss.; ROEL, R. E.: «Injured by big brother? Study shows monitored workers get hurt more», *Newsday*, 5 de octubre, 1990, pág. 49, o DWORKIN, T. M.: «Protecting private employees from enchaced monitoring: legislative aproches», *American Bussiness Law Journal*, vol. 28, 1990, pág. 759.

⁴⁰ BAETHGE, M. y OBERBECK, H.: *Nuevas tecnologías y perspectivas profesionales de la gerencia empresarial*, Madrid: MTSS, 1995, págs. 243-247, o RAMOS LUJÁN, H. V.: «La intimidad de los trabajadores y las nuevas tecnologías», *Relaciones Laborales*, núm. 17, 2003, págs. 45 y ss.

Al aumentar la potencialidad del poder de vigilancia y limitar la capacidad de desenvolvimiento del trabajador, sujetándola a secuencias de trabajo densas y estrictas, la tecnificación de la empresa eleva la posición empresarial a un estadio superior al derivado de su mero poder de dirección⁴¹, « introduce un elemento nuevo en el sinalagma contractual capaz de provocar la ruptura en el necesario equilibrio de intereses»⁴² y de poner en peligro de manera evidente derechos fundamentales («inespecíficos»)⁴³ de la persona del trabajador, especialmente los de dignidad e intimidad (art. 18.1 Constitución Española –CE–), en sus versiones clásicas, pero también el de secreto de las comunicaciones (cuando lo controlado sea el correo electrónico o las llamadas telefónicas del trabajador, art. 18.3 CE) y también el de nuevo cuño de libertad informática o autodeterminación informativa recogido en el artículo 18.4 de la CE.

Ítem más, este profundo impacto del que se viene dando cuenta ha dejado sentir sus efectos no ya solo en la gran empresa –verdadero leviatán moderno capaz de ser equiparada al más incisivo de los Estados⁴⁴–, sino también, y debido al abaratamiento de costes y la sustancial mejora derivada de su aplicación, en la pequeña y mediana⁴⁵, creando una situación «panóptica»⁴⁶ en la cual todo puede ser controlado y registrado (pasando con rapidez de la llamada «sociedad de la información» a la más preocupante «sociedad de la vigilancia»)⁴⁷, lo cual hacer surgir serios riesgos para quienes de alguna manera entran en contacto con su ciclo normal de actividad, principalmente sus clientes (reales o potenciales), sus proveedores y, con carácter central por cuanto a este estudio ocupa, sus trabajadores asalariados⁴⁸.

Semejante urdimbre tecnológica ha complicado en buena medida el desenvolvimiento de las relaciones laborales, dibujando un panorama que dista mucho de aquel otro cuya referencia venía dada por el modelo fordista-taylorista en el que predominaba la concentración de trabajadores en la fábrica, sobre el cual fueron asentados los cimientos del incipiente Derecho del Trabajo

⁴¹ ANTON, G. y WARD, J. J.: «Every breath you take: employee privacy rights in the workplace; an orwellian prophecy come true?», *Labor Law Journal*, vol. 49, núm. 3, 1998, págs. 897 y ss., o BROWN, C. y CAMPBELL, B. A.: «The impact of Technological change on work and wages», cit., págs. 11 y ss.

⁴² FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J. y RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: *Utilización y control de datos laborales automatizados*, cit., pág. 87.

⁴³ Por usar la afortunada terminología de PALOMEQUE LÓPEZ, M. C.: *Los derechos laborales en la Constitución Española*, Madrid: CEC, 1991, págs. 31-33.

⁴⁴ LLOYD, I. J.: *Legal aspects of the information society*, Londres: Butterworths, 2000, pág. 240.

⁴⁵ MARTÍNEZ LÓPEZ, F. J.; LUNA HUERTAS, P.; INFANTE MORO, A. y MARTÍNEZ LÓPEZ, L.: «Los sistemas de control de la actividad laboral mediante las nuevas tecnologías de la información y las comunicaciones», *Relaciones Laborales*, núm. 12, 2003, pág. 109.

⁴⁶ MERCADER UGUINA, J. R.: «Derechos fundamentales de los trabajadores y nuevas tecnologías: ¿hacia una empresa panóptica?», *Relaciones Laborales*, núm. 10, 2001, pág. 12.

⁴⁷ FLAHERTHY, D. H.: «The emergence of surveillance societies in the Western World», *Government Information Quarterly*, vol. 5, 1998, pág. 377, o FINDLAY, P. y MCKINLAY, A.: «Surveillance, electronic communications technologies and regulation», *Industrial Relations Journal*, vol. 34, núm. 4, 2003, págs. 305 y ss.

⁴⁸ McGRATH, J. E.: *Loving big brother: performance, privacy and surveillance space*, cit., págs. 23 y ss.

en los albores de la Edad Contemporánea. Ahora bien, frente a un panorama como el descrito, el legislador español (a diferencia de lo ocurrido en países de nuestro entorno, como Portugal o Italia, donde la norma laboral ha tratado de aportar pautas concretas de actuación) no ha intervenido para precisar los marcos de legitimidad en un terreno confuso como pocos, manteniendo un tenor del [artículo 20.3 del ET](#) que no ha sido alterado en los últimos tiempos, a pesar del cambio sustancial acaecido en la práctica⁴⁹.

II. ANÁLISIS SUSTANTIVO DE LOS LÍMITES DEL PODER DE CONTROL EMPRESARIAL POR MEDIOS TECNOLÓGICOS

La ambigüedad de la normativa legal en lo referente a las facultades de control empresarial (que casi podría decirse que deja ayuno de regulación el instituto) unida al rapidísimo crecimiento y desarrollo de nuevas formas de control amparadas en las tecnologías de la información y la comunicación⁵⁰ han provocado que sean los tribunales quienes queden abocados a establecer pautas de adecuación entre estos nuevos sistemas y los derechos fundamentales (inespecíficos)⁵¹ de los trabajadores.

Por tanto, «la criticable imprecisión legislativa obliga a una labor creadora, cuasilegislativa, de los tribunales, capaz de propiciar, en ocasiones, notables contradicciones, lo cual provocará, a la postre, un notable grado de inseguridad jurídica»⁵²; pero será «a partir de tales pronunciamientos de donde se pueda empezar a construir cualquier doctrina general, *a posteriori*, de las consecuencias hacia las causas»⁵³.

⁴⁹ GOÑI SEIN, J. L.: *El respeto de la esfera privada del trabajador*, cit., págs. 97 y ss.; FERNÁNDEZ VILLAZÓN, L. A.: *Las facultades empresariales de control de la actividad laboral*, cit., págs. 96 y ss., o MARTÍNEZ FONS, D.: *El poder de control del empresario en la relación laboral*, cit., pág. 54.

⁵⁰ ANTON, G. y WARD, J. J.: «Every breath you take: employee privacy rights in the workplace; an orwellian prophecy come true?», cit., págs. 897 y ss., o MCGRATH, J. E.: *Loving big brother: performance, privacy and surveillance space*, cit., pág. 47.

⁵¹ A tal necesidad ya se habían referido, entre otros, SALA FRANCO, T.: «El derecho a la intimidad y a la propia imagen y las nuevas tecnologías de control laboral», en AA. VV., Borrajo Dacruz, E. (dir.): *Trabajo y libertades públicas*, Madrid: La Ley-actualidad, 1999, págs. 229 y 230; RUBIO SÁNCHEZ, F.: «Derecho a la intimidad de los trabajadores: vigilancia con cámaras de seguridad y otro tipo de dispositivos», *Aranzadi Social*, núm. 17, 2004; ESCRIBANO GUTIÉRREZ, J.: «El derecho a la intimidad del trabajador. A propósito de la STC 186/2000, de 10 de julio», *Relaciones Laborales*, tomo I, 2001, págs. 931 y ss.

⁵² SALA FRANCO, T.: «El derecho a la intimidad y a la propia imagen y las nuevas tecnologías de control laboral», en AA. VV., Borrajo Dacruz, E. (dir.): *Trabajo y libertades públicas*, Madrid: La Ley, 1999, pág. 205.

⁵³ LÓPEZ ANIORTE, M. C.: «Límites constitucionales al ejercicio del poder directivo empresarial mediante el uso de las TIC y otros medios de vigilancia y seguridad privada en el ordenamiento laboral español», *Policía y Seguridad Pública*, vol. 1, núm. 4, 2014, págs. 31 y ss., o CARDONA RUBERT, M. B.: «Intimidación del trabajador y comunicaciones electrónicas según el Tribunal Constitucional», *Lex Social: Revista de los Derechos Sociales*, vol. 5, núm. 2, 2015, págs. 33 y ss.

La aplicación de esta suerte de método inductivo, a partir de los recientes e importantísimos pronunciamientos de los más altos tribunales habidos en la materia, será el utilizado en las páginas siguientes para tratar de contribuir a tan ambicioso objetivo, que aporte una regla más o menos general y válida, de fácil conocimiento para empresarios y trabajadores, en el desenvolvimiento de las relaciones laborales. Como se ha indicado, en los últimos tiempos han emanado de los más altos tribunales patrios algunos pronunciamientos del máximo interés sobre la cuestión ahora objeto de estudio, tratando de dar respuesta a situaciones múltiples y variadas en las que el poder de control empresarial entraba en conflicto con los derechos fundamentales de los trabajadores⁵⁴.

Las doctrinas jurídicas utilizadas como razonamientos en dichos pronunciamientos vienen a completar (cuando no a entrar en conflicto parcial con)⁵⁵ otros pronunciamientos más clásicos. Unas y otras (más clásicas y antiguas y más recientes e innovadoras) han de ser analizadas sistemáticamente en el presente discurso para, a partir de ellas, tratar luego de articular la construcción de una regla de síntesis sobre el poder de control empresarial en el contexto tecnológico⁵⁶. Quizá fuera oportuno poner de manifiesto que los pronunciamientos que a continuación se van a glosar son fruto de sus circunstancias en el caso concreto (como no podía ser de otra manera) y, en consecuencia, resulta algo complicado ponerlos en relación unos con otros pretendiendo encontrar un hilo argumental que dé coherencia al conjunto, cosa que se intentará efectuar (tras la exégesis de dichos pronunciamientos) como colofón final y conclusivo al presente ensayo.

1. LA DOCTRINA DE LA PROPORCIONALIDAD COMO CRITERIO GENERAL PARA LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS ENTRE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DEL TRABAJADOR Y EL PODER DE CONTROL EMPRESARIAL

La doctrina general que desde antiguo ha venido siendo aplicable para resolver la colisión entre el poder de control empresarial consagrado en el [artículo 20 del ET](#) y los derechos fundamentales de los trabajadores recogidos directa o inespecíficamente en la CE viene dada, como bien es

⁵⁴ FABREGAT MONFORT, G.: «El control empresarial de los trabajadores a través de las nuevas tecnologías: algunas ideas clave», *Trabajo y Derecho*, núm. 5, 2015, págs. 76 y ss., o ARBONÉS LAPNEA, H. I.: «Grabación de imagen y sonido y control de correo electrónico por el empresario», *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 178, 2015, págs. 193 y ss.

⁵⁵ DESDENTADO BONETE, A. y MUÑOZ RUIZ, A. B.: *Control informático, videovigilancia y protección de datos en el trabajo*, Valladolid: Lex Nova, 2012, págs. 141 y ss., o RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: *Poder de control empresarial, sistemas tecnológicos y derechos fundamentales de los trabajadores*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2015, págs. 45 y ss.

⁵⁶ SUÁREZ ESPINO, M. L.: «La intimidad de los trabajadores en el centro de trabajo y el poder de vigilancia del empresario», *La Ley*, núm. 7.906, 2012, págs. 4 y ss., o MALDONADO MONTOYA, J. P.: «La facultad empresarial de vigilancia y control del trabajo y su moderación por el derecho a la intimidad», *Revista de Estudios Jurídicos y de Empresa*, núm. 4, 2005, págs. 36 y ss.

conocido, por el principio de proporcionalidad. De conformidad con el anunciado principio, «la constitucionalidad de cualquier medida restrictiva de derechos fundamentales viene determinada por la estricta observancia del principio de proporcionalidad. Para comprobar si una medida supera o no el juicio de proporcionalidad es necesario constatar si cumple los tres requisitos o condiciones siguientes: si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad), y, finalmente, si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (proporcionalidad en sentido estricto)»⁵⁷.

A partir de esta archiconocida construcción general, el Alto Tribunal se vio abocado (hace ya década y media) a pronunciarse sobre la constitucionalidad de sendas medidas de control empresarial consistentes en la grabación de la conducta laboral del trabajador a través de videocámaras. En uno de los casos, llegó a una conclusión conforme a la cual la instalación de un sistema de videovigilancia resulta acorde a los parámetros constitucionales si existen «razonables sospechas» por parte del empresario de estar sufriendo hurtos por parte de los trabajadores, ante constantes descuadres llamativos en los rendimientos de la sección, y cuando la medida se limitó además a grabar la propia zona de la caja y tuvo una duración temporal limitada hasta quedar constatada la conducta ilícita, sin que tuviera trascendencia constitucional la omisión del deber de información de la instalación de dicha medida a los representantes de los trabajadores *ex* artículo 64.1.3 del ET⁵⁸.

Por el contrario, en el otro supuesto, y desde criterios razonables⁵⁹, entiende tal medida desproporcionada, y por tanto contraria al derecho de intimidad de los trabajadores, cuando la empresa, sin alegar un motivo justificado más allá del ambiguo de conseguir «un adecuado control de la actividad laboral», procede a completar un sistema de control ya operativo consistente en un circuito cerrado de televisión, con la instalación de micrófonos que permitieran recoger y grabar también las conversaciones que pudieran producirse⁶⁰.

⁵⁷ SSTC 98/2000, de 10 de abril, y 186/2000, de 10 de julio, sobre la doctrina previamente recogida, entre otras, en SSTC 66/1995, de 8 de mayo; 55/1996, de 28 de marzo, o 37/1998, de 17 de febrero.

⁵⁸ STC 186/2000, de 10 de julio.

⁵⁹ MARTÍNEZ FONS, D.: «El poder de control empresarial ejercido a través de medios audiovisuales en la relación de trabajo (a propósito de las SSTC 98/2000, de 10 de abril y 186/2000, de 10 de julio)», *Relaciones Laborales*, núm. 1, 2002, págs. 243-282. En igual sentido, MERCADER UGUINA, J. R.: *Derecho del Trabajo, nuevas tecnologías y sociedad de la información*, Valladolid: Lex Nova, 2002, pág. 104.

⁶⁰ STC 98/2000, de 10 de abril.

En definitiva, aun cuando sea posible encontrar ese «común denominador [principio de proporcionalidad]⁶¹, la tarea necesita en cada supuesto de una reflexión casuística adicional»⁶², sin que pueda decirse que «existen reglas seguras (...), y resulta inoperante cualquier intento apriorístico de reconstrucción monolítica y sin fracturas sobre la compatibilidad de los derechos fundamentales con los derechos y obligaciones derivados del contrato de trabajo (...) resultando forzado, en todo caso, descender al tema concreto que se esté considerando y a las circunstancias que lo rodean»⁶³.

En consecuencia, la aplicación de la doctrina de la proporcionalidad no dejará nunca de suscitar las más profundas dudas a quien se vea en la tesitura de reclamar frente a la actuación empresarial, obligando, por lo demás, a efectuar un «juicio casuístico»⁶⁴ en el cual será menester atender «no solo al lugar del centro de trabajo en que se instalan por la empresa los sistemas audiovisuales de control [aun cuando la instalación de tales medios en lugares de descanso y esparcimiento, vestuarios, aseos, comedores y análogos resulta, *a fortiori*, lesiva en todo caso del derecho a la intimidad de los trabajadores por razones obvias]⁶⁵, sino también a otros elementos de juicio, tales como si la instalación se hace o no indiscriminada y masivamente, si los sistemas son visibles o se han instalado subrepticamente, la finalidad real perseguida con la instalación de tales sistemas, si existen razones de seguridad por el tipo de actividad que se desarrolla en el centro de trabajo de que se trate, etc.»⁶⁶.

Como no podía ser de otra manera, la masiva utilización por parte de las empresas de estos medios de control provocó, a lo largo de los años, el planteamiento de numerosos pleitos ante los tribunales ordinarios laborales, a partir de los cuales se fue formando un corpus que tomó como criterio decisorio la mentada doctrina de la proporcionalidad, si bien no faltan pronunciamientos preñados de fisuras y contradicciones. Algunas de las veces en que los tribunales de suplicación entraron a conocer acerca de la licitud de la instalación de sistemas de control a través de videovigilancia consideraron que tal medida era proporcionada y ajustada a las circunstancias del caso (normalmente justificaban la adopción de tal medida en las sospechas del empresario sobre deter-

⁶¹ RIVERO LAMAS, J.: «Medidas restrictivas de derechos fundamentales y principio de proporcionalidad (sobre la inconstitucionalidad de la filmación de los piquetes de una huelga general)», en Alonso Olea, M. y Montoya Melgar, A.: *Jurisprudencia Constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social*, tomo XVI, Madrid: Civitas, 1999, págs. 111 y ss.

⁶² DEL REY GUANTER, S.: «Derechos fundamentales de la persona y contrato de trabajo: notas para una teoría general», *Relaciones Laborales*, núm. 1, 1995, págs. 181-2012.

⁶³ ORTIZ LALLANA, M.^ª C.: «Derechos fundamentales y relación laboral», *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 13, 1998, págs. 21 y 22.

⁶⁴ Conforme expone BORRAJO DACRUZ, E.: «Derechos fundamentales y casuismo», *Actualidad Laboral*, núm. 29, 2000, págs. 2.885 y ss.

⁶⁵ Criterio locativo que, pese a su objetividad, no basta para garantizar la protección de la intimidad del trabajador en el ambiente de trabajo. WESTIN, A.: «Privacy in the workplace: how well does american law reflect american values?», *Chicago Law Review*, vol. 72, 1996, págs. 271 y ss.

⁶⁶ [STC 98/2000, de 10 de abril.](#)

minados incumplimientos laborales)⁶⁷ y, en otras ocasiones (quizá cuantitativamente menores), consideraban que era excesiva y desproporcionada⁶⁸.

Buscando otros ejemplos significativos distintos al de la videovigilancia en los que los tribunales laborales aplicaron la doctrina de la proporcionalidad, procede destacar cómo ha sido aceptada la licitud de instrumentos informáticos de control de acceso, ya mediante el sistema más común de lector de tarjeta de identificación personal (que viene a ser un mecanismo normal que sustituye al tradicional control de firmas)⁶⁹, ya mediante sistemas más avanzados⁷⁰, utilizados en este caso por una Administración pública, consistente en la lectura biométrica mediante infrarrojos de determinados datos de la mano de los funcionarios y trabajadores, los cuales eran utilizados como vía para verificar el control horario⁷¹.

En otra manifestación ejemplificativa, y respecto a las medidas encaminadas a controlar al trabajador cuando ha de prestar su tarea fuera del lugar de trabajo, no faltan pronunciamientos de conformidad con los cuales un sistema de control de movimientos mediante GPS instalado en el vehículo de la empresa utilizado por el trabajador en sus desplazamientos puede ser considerado lícito cuando no exista otro mecanismo eficaz para verificar el cumplimiento de la prestación, por realizarse esta fuera del lugar de trabajo⁷²; aunque, igualmente, adquiere caracteres desproporcionados cuando permite también el control fuera del tiempo de trabajo, incluso en la privacidad del domicilio del trabajador⁷³.

Un tercer ejemplo vendría dado por los controles sobre el uso y contenido de las conversaciones telefónicas de los trabajadores. Al igual que sucede con el control ejercido sobre el *e-mail* (según se analizará a continuación), en este caso se ve afectado, no solo el derecho a la intimi-

⁶⁷ Resultando tal medida idónea, necesaria y no excesiva, SSTSJ de la Comunidad Valenciana de 14 de enero de 2004 (rec. núm. 3308/2003), de Madrid de 6 de julio de 2004 (rec. núm. 315/2004), de Galicia de 22 de diciembre de 2005 (rec. núm. 5549/2005), de Extremadura de 15 de mayo de 2007 (rec. núm. 105/2007), Madrid de 14 de junio de 2006 (rec. núm. 2640/2006), de Castilla y León/Valladolid de 18 de septiembre de 2006 (rec. núm. 1479/2006), de la Comunidad Valenciana de 7 de marzo de 2007 (rec. núm. 464/2007), de Castilla y León/Valladolid de 5 de diciembre de 2012 (rec. núm. 234/2012) o de Galicia de 23 de noviembre de 2012 (rec. núm. 43/2012).

⁶⁸ SSTSJ de Cantabria de 18 de enero de 2007 (rec. núm. 107/2007) o de Madrid de 12 de marzo de 2012 (rec. núm. 123/2012).

⁶⁹ SSTSJ de Madrid de 10 de febrero de 2004 (rec. núm. 37/2003) y de Madrid de 13 de febrero de 2006 (rec. núm. 199/2006).

⁷⁰ WALKER, J. P.: «Algunos aspectos sobre la utilización de datos biométricos en el sector privado», *Datos personales. org. Revista de la Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid*, núm. 12, 2004, págs. 1 a 6.

⁷¹ STSJ de Cantabria, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 21 de febrero de 2003 (rec. núm. 763/2002).

⁷² STSJ de Galicia de 14 de febrero de 2013 (rec. núm. 5195/2012).

⁷³ En un supuesto en el que la empresa obligaba a los trabajadores a llevar encima permanentemente el terminal y cargarlo por la noche en su domicilio, STSJ de Cataluña de 23 de mayo de 2012 (rec. núm. 6212/2012).

dad del trabajador, sino también el derecho al secreto de las comunicaciones⁷⁴. Por esta razón, si bien puede no existir inconveniente en que el empresario fiscalice los datos externos de la llamada (número de destinatario, duración, etc.), debería limitarse la posibilidad de intervenir el contenido de la comunicación⁷⁵. Siendo esto así con carácter general, empero, el Tribunal Supremo no ha encontrado inconveniente para permitir al empleador conocer el contenido de esas conversaciones cuando, de conformidad con el principio de proporcionalidad, existiera una finalidad legítima que justificara la intromisión, como en el caso era, en un supuesto de telemarketing, analizar las técnicas comerciales de los trabajadores para proceder a impartir las oportunas instrucciones para mejorarlas⁷⁶.

La cuestión relativa a los registros sobre el ordenador utilizado por el trabajador (sobre sus diversos contenidos, tales como correo electrónico laboral, navegaciones efectuadas por internet, archivos utilizados, etc.) constituyó, a lo largo de una década, quizá el aspecto más polémico, pues la contradicción más absoluta fue la nota característica de los abundantes pronunciamientos emanados sobre el particular por los tribunales superiores de justicia⁷⁷.

Así, para una primera línea de pronunciamientos el dato esencial a ponderar venía dado por la propiedad empresarial de los ordenadores utilizados como herramienta de trabajo y, en consecuencia, para esta corriente el derecho al secreto de las comunicaciones consagrado en el artículo 18.3 de la CE no puede amparar aquella situación en la cual la comunicación particular ha sido realizada a través de un medio empresarial, y en tiempo y lugar de trabajo, máxime de existir una orden expresa prohibiendo tal actividad, con el consiguiente desconocimiento de los deberes de buena fe exigibles en toda relación laboral⁷⁸.

Para otra línea de pronunciamientos, sin embargo, el correo electrónico del trabajador en la empresa era un cauce apropiado para transmitir informaciones personales –no en vano se ha dado validez a la dimisión del trabajador efectuada a través del correo electrónico si era clara y

⁷⁴ DESDENTADO BONETE, A. y MUÑOZ RUIZ, A. B.: *Control informático, videovigilancia y protección de datos en el trabajo*, cit., págs. 141 y ss., o MARTÍNEZ FONS, D.: *El poder de control del empresario en la relación laboral*, cit., pág. 85.

⁷⁵ De conformidad con la doctrina general sentada en la **STC 114/1984, de 29 de noviembre**. FERNÁNDEZ VILLAZÓN, L. A.: «A vueltas con el control empresarial sobre la actividad laboral: test de honestidad, telemarketing, registro de terminales y uso –o abuso– de internet», *Tribuna Social*, núm. 168, 2004, pág. 38.

⁷⁶ STS de 5 de diciembre de 2003 (rec. núm. 52/2003).

⁷⁷ CAMAS RODA, F.: «La intimidad y la vida privada del trabajador ante las nuevas modalidades de control y vigilancia de la actividad laboral», en AA.VV., Alarcón Caracuel, M. R. y Esteban Legarreta, R. (coords.): *Nuevas tecnologías de la información y de la comunicación y Derecho del Trabajo*, cit., pág. 168, y ALONSO ALBELLA, R.: «El uso del correo electrónico en el lugar de trabajo», *Datos personales.org. Revista de la Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid*, núm. 11, 2004, pág. 1.

⁷⁸ SSTSJ de Cataluña de 5 de julio de 2000 (rec. núm. 1718/2000), 6 de junio de 2003 (rec. núm. 5425/2001) o de Castilla y León/Burgos de 10 de mayo de 2006 (rec. núm. 1249/2005).

terminante⁷⁹ y, por tanto, debe quedar protegido por el artículo 18.3 del **Texto Constitucional**⁸⁰, si bien, como todos los derechos fundamentales, admitirá ciertas modulaciones habida cuenta de que el empresario tiene también un interés legítimo en ejercer sus facultades de control para evitar usos desviados o abusivos.

En tal juicio aplicaban como criterio ponderador el ya conocido principio de proporcionalidad —que se muestra, de nuevo, como verdadera doctrina general en la materia— para considerar procedente el control empresarial sobre el *e-mail* del trabajador cuando hubiera una necesidad justificada, objetiva y razonable [por ejemplo, una sospecha fundada acerca del uso del ordenador de la empresa para realizar trabajos para terceros competitivos con la actividad de la organización productiva⁸¹ o la evidencia de estar siendo enviadas ingentes cantidades de correos electrónicos desde los ordenadores de la empresa]⁸² y no existiera otra medida más moderada —menos agresiva— para conseguir tal fin⁸³. Por el contrario, no se entiende proporcionada la instalación de programas espía que, subrepticamente y sin sospechas previas, fiscalicen las comunicaciones realizadas por los trabajadores⁸⁴.

Sin duda, esta segunda interpretación resultaba más acorde con el entendimiento que el Tribunal Constitucional hace del artículo 18.3 de la *norma normarum*, al efectuar una interpretación amplia del concepto de comunicación —sin circunscribirlo a los medios tradicionales enumerados *ad exemplum* en el precepto— para adaptarlo a los avances actuales en el marco de las comunicaciones y de la informática⁸⁵. De esta manera, el ámbito de protección del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones —garantía específica del derecho a la intimidad pero, a la vez, derecho fundamental autónomo—⁸⁶ se ha de extender, de forma evidente, a las efectuadas a través del correo electrónico y su garantía alcanza también al trabajador en la empresa⁸⁷.

⁷⁹ STSJ de Madrid de 13 de marzo de 2001 (rec. núm. 71/2001). Decisión razonable en tanto en cuanto el correo electrónico constituía la vía normal de comunicación entre el trabajador y la empresa. BONILLA BLASCO, J.: «Los efectos jurídicos del correo electrónico en el ámbito laboral», *Relaciones Laborales*, núm. 13, 2001, pág. 105.

⁸⁰ No así los conocidos como «chats», por su carácter público que mueve a muchos de sus participantes a utilizar seudónimos para no ser reconocidos, aun cuando nada podría evitar el reconocimiento de su dirección de IP. FERNÁNDEZ VILLAZÓN, L. A.: *Las facultades empresariales de control de la actividad laboral*, cit., pág. 144.

⁸¹ *STSJ de Andalucía/Sevilla de 9 de mayo de 2003 (rec. núm. 591/2003)*.

⁸² SSTSJ de Madrid de 12 de junio de 2001 (sent. núm. 393/2001) o de Castilla y León/Burgos de 10 de mayo de 2006 (rec. núm. 1249/2005).

⁸³ Con esta argumentación general aplicada al caso, SSTSJ de Galicia de 4 de octubre de 2001 (rec. núm. 4168/2001) y de Madrid de 13 de mayo de 2003 (rec. núm. 5860/2002).

⁸⁴ *STSJ de la Comunidad Valenciana de 19 de julio de 2005 (rec. núm. 1343/2005)*.

⁸⁵ *STC 70/2002, de 3 de abril*.

⁸⁶ *STC 34/1996, de 11 de marzo*.

⁸⁷ FALGUERA I BARÓ, M. A.: «Uso por el trabajador del correo electrónico de la empresa para fines extraproductivos y competencias de control del empleador», *Relaciones Laborales*, núm. 22, 2000, págs. 17 y ss., o RUANO ALBERTOS, S.: «Facultades de control por medios informáticos», cit., pág. 29.

Ahora bien, aceptando el *e-mail* como medio de comunicación protegido por el derecho fundamental, esta segunda línea interpretativa se mostraba claramente incongruente con el concepto de «secreto protegido», el cual, según el Tribunal Constitucional, presenta «un carácter formal, en tanto se predica de lo comunicado, sea cual sea su contenido y pertenezca o no el objeto de la comunicación misma al ámbito de lo personal, lo íntimo o lo reservado (...) y, además, solo puede ser interceptado por orden judicial» y no, obviamente –y como las sentencias de suplicación permiten en un intento de conciliar la dogmática general del derecho al secreto de las comunicaciones con las facultades de control empresarial–, por una decisión del empresario, por muy proporcionada que esta pudiera llegar a ser⁸⁸. Aun cuando, ya se advierte ahora sin perjuicio de abundar en ello más tarde, en sus últimos pronunciamientos el Tribunal Constitucional ha entendido que queda excluida de tal construcción la información comunicada a través de un «canal abierto» (que parece ser la catalogación que merecen los medios de la empresa puestos a disposición del operario para el desarrollo de su prestación) que impide que la comunicación revista el carácter de confidencial⁸⁹.

Por su parte, respecto de los controles ejercidos sobre el navegador de internet o los archivos y programas informáticos utilizados por el trabajador, a diferencia de cuanto ocurría en el supuesto anterior, no cabe justificar el anclaje de la protección del trabajador frente al control efectuado sobre las páginas web visitadas durante la jornada de trabajo en el derecho al secreto de las comunicaciones. En este supuesto existe un acceso a información, pero no una verdadera comunicación interpersonal objetivamente tutelable⁹⁰. En consecuencia, el juego de la facultad empresarial será más amplio a la hora de verificar los posibles incumplimientos contractuales del trabajador consistentes en consultar páginas web o utilizar otra clase de recursos informáticos para fines particulares (o para realizar otra clase de incumplimientos laborales)⁹¹ durante la jornada de trabajo, si bien no cabe desconocer su sujeción al límite indeclinable constituido por el derecho a la intimidad⁹².

Más recientemente, los tribunales también se han visto en la tesitura de valorar la licitud del control ejercido a través de la supervisión o inspección de las redes sociales personales del trabajador (pero en las que podían verse informaciones de relevancia laboral), aceptando, en general, su realización, cuando el empresario ha obtenido esos datos de redes accesibles al público sin vul-

⁸⁸ STC 34/1996, de 11 de marzo.

⁸⁹ SSTC 241/2012, de 17 de diciembre, y 170/2013, de 7 de octubre.

⁹⁰ MARTÍNEZ FONS, D.: «Uso y control de las tecnologías de la información y comunicación en la empresa», *Relaciones Laborales*, núm. 2, 2002, págs. 1.311-1.344, o RUANO ALBERTOS, S.: «Facultades de control por medios informáticos», cit., pág. 35.

⁹¹ Por ejemplo, beneficiarse de operaciones crediticias, STSJ de Cantabria de 15 de julio de 2005 (rec. núm. 701/2005).

⁹² LÓPEZ MOSTEIRO, R.: «Despido por uso de correo electrónico e internet», *Actualidad Laboral*, núm. 41, 2001, págs. 1.132 y ss.

nerar perfiles o claves de acceso privados⁹³; lo cual, empero, obvia que existen situaciones en las que la utilización de informaciones sensibles pueden resultar, *per se*, lesivas del derecho a la no discriminación (art. 14 CE)⁹⁴.

2. LA DOCTRINA DE LA CREACIÓN DE UN ESPACIO DE INTIMIDAD PARA EL TRABAJADOR A PARTIR DE LA CONFIANZA EN LA LEGITIMIDAD DE UN USO RAZONABLE DE LAS HERRAMIENTAS TECNOLÓGICAS

En un contexto como el brevemente descrito en las páginas precedentes (en el que el principio de proporcionalidad se había mostrado como único criterio de solución posible), el proceso de decantación de los límites del poder de control empresarial encontró otro referente muy significativo en la doctrina unificada del Tribunal Supremo, tratando de aportar solución, precisamente, a una de las cuestiones que hasta esa fecha más controvertidas habían resultado, cual es la facultad empresarial de registro del ordenador utilizado como herramienta laboral por el trabajador.

El Tribunal Supremo se ocupó de precisar, con meridiana claridad, cómo las garantías contempladas en el artículo 18 del ET respecto al registro de la taquilla del trabajador en modo alguno resultan analógicamente aplicables al control ejercido por el empresario sobre los medios informáticos que se facilitan a los trabajadores para la ejecución de la prestación laboral⁹⁵, deserrando de una vez por todas las dudas y resolviendo la contradicción existente entre una línea de pronunciamientos de conformidad con la cual tales garantías habían de ser observadas analógicamente⁹⁶ y otra que no lo consideraba apropiado⁹⁷.

⁹³ SSTSJ de Madrid de 25 de noviembre de 2010 (rec. núm. 2865/2010), Cataluña de 30 de mayo de 2011 (rec. núm. 1170/2011), Andalucía/Granada de 10 de noviembre de 2011 (rec. núm. 2333/2011), Aragón de 9 de mayo de 2012 (rec. núm. 162/2012) o Asturias de 14 de junio de 2013 (rec. núm. 214/2013).

⁹⁴ En la doctrina científica, con cita de abundantes pronunciamientos jurisdiccionales, NORES TORRES, L. E.: «Algunas cuestiones sobre la utilización de las redes sociales como medio de prueba en el proceso laboral», cit., págs. 314 y ss.

⁹⁵ A juicio del Alto Tribunal, el supuesto de hecho de la norma es completamente diferente y no se da, por tanto, aquella «identidad de razón» sobre la que la aplicación analógica se asienta (*ex art. 4.1 CC*), habida cuenta «el artículo 18 del ET está atribuyendo al empresario un control que excede del derivado de su posición como parte del contrato de trabajo (y que, por tanto, queda fuera del art. 20.3 ET). En los registros de taquillas el empresario actúa, de forma exorbitante y excepcional, fuera del marco contractual (...) desempeñando (no sin problemas de cobertura) una función de policía privada o policía empresarial (...). Por el contrario, las medidas de control sobre los medios informáticos se encuentran, en principio, dentro del ámbito normal de esos poderes», STS de 26 de septiembre de 2007 (rec. núm. 966/2006). En igual sentido, STS de 8 de marzo de 2011 (rec. núm. 1826/2010).

⁹⁶ Entre otras, SSTJS de Andalucía/Málaga de 25 de febrero de 2000 (rec. núm. 2321/1999), de Cantabria de 26 de agosto de 2004 (rec. núm. 840/2004), de Cataluña de 21 de septiembre de 2004 (rec. núm. 2650/2004), de Cantabria de 20 y 23 de febrero de 2004 (recs. núms. 47/2004 y 46/2004) o de Castilla y León/Burgos de 10 de mayo de 2006 (rec. núm. 1249/2005).

⁹⁷ Por todas, SSTSJ de Cataluña de 5 de julio de 2000 (rec. núm. 1718/2000) y 6 de junio de 2003 (rec. núm. 5425/2001) o de Castilla y León/Burgos de 10 de mayo de 2006 (rec. núm. 1249/2005).

Con todo, el aspecto más significativo de este gran cambio de tendencia operado por el Tribunal Supremo viene dado por aquel razonamiento conforme al cual se consagra a nivel jurisprudencial cuanto ya la doctrina había denominado un «uso social»⁹⁸ por parte del trabajador de los medios informáticos de la empresa, como consecuencia del cual, el Tribunal Supremo entiende conformado alrededor un espacio de intimidad para el trabajador cuya invasión supondría una lesión del inespecífico derecho consagrado en el artículo 18.1 de la CE.

En efecto, partiendo de aquella célebre tesis conforme a la cual «el derecho a la intimidad supone la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una mínima calidad de vida»⁹⁹, el Tribunal Supremo entiende que en el supuesto existe una utilización personalizada y no meramente laboral o profesional del medio informático facilitado por la empresa. Esa utilización personalizada se produce como consecuencia de las dificultades prácticas de establecer una prohibición absoluta del empleo del ordenador (como sucede también con las conversaciones telefónicas de la empresa) y de la generalización de una cierta tolerancia respecto a un uso moderado de dichos medios. Pero, al mismo tiempo, hay que tener en cuenta que se trata de medios que son propiedad de la empresa y que esta facilita al trabajador para utilizarlos en el cumplimiento de la prestación laboral, por lo que esa utilización queda dentro del ámbito de vigilancia del empresario del artículo 20.3 del ET¹⁰⁰.

Con todo, continúa el Alto Tribunal, «esa tolerancia empresarial conforme al uso social crea una expectativa general de confidencialidad de esos usos, expectativa que no puede ser desconocida, aunque tampoco convertirse en un impedimento permanente del control empresarial, pues, aun cuando el trabajador tiene derecho al respeto de su intimidad, no puede imponer ese respeto cuando utiliza un medio proporcionado por la empresa en contra de las instrucciones establecidas por esta. En consecuencia, cuanto debe hacer la empresa de acuerdo con las exigencias de la buena fe es establecer previamente las reglas de uso de esos medios (con aplicación de prohibiciones absolutas o parciales) e informar a los trabajadores de que va a existir control y de los medios que han de aplicarse en orden a comprobar la corrección de los usos. De esta manera, si el medio se utiliza para usos privados en contra de estas prohibiciones y con conocimiento de la existencia de controles y medidas aplicables, no podrá entenderse que, al realizarse el control, se ha vulnerado una "expectativa razonable de intimidad"»¹⁰¹.

⁹⁸ Entre otros varios, CARDENAL CARRO, M.: «Desdramatizando el uso de internet en el trabajo», *Aranzadi Social*, núm. 15, 2001, pág. 36, o RUANO ALBERTOS, S.: «Facultades de control por medios informáticos», cit., pág. 26.

⁹⁹ SSTC 197/1991, de 17 de octubre; 99/1994, de 11 de abril; 207/1996, de 16 de diciembre; 98/2000, de 10 de abril y 186/2000, de 10 de julio.

¹⁰⁰ STS de 26 de septiembre de 2007 (rec. núm. 966/2006). En igual sentido, STS de 8 de marzo de 2011 (rec. núm. 1826/2010).

¹⁰¹ SSTEDH de 25 de junio de 1997 (caso Halford) y 3 de abril de 2007 (caso Copland).

Cuando no existan tales indicaciones por parte del empresario, queda claro que surge esa expectativa razonable de intimidad, algo particularmente obvio cuando se trata de conversaciones telefónicas privadas o comunicaciones por correo electrónico (ambas con la protección adicional derivada del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones), pero también cuando se trata de archivos personales del trabajador o los archivos temporales (copias guardadas automáticamente en el disco duro de los lugares visitados a través de internet). Se trata «de rastros o huellas de navegación, y no de informaciones de carácter personal, que se puede entender que entran dentro de la protección de la intimidad, sin perjuicio de lo ya dicho sobre las advertencias de la empresa (...) y es que estos archivos pueden contener datos extremadamente sensibles en orden a la intimidad¹⁰², en la medida que pueden contener informaciones reveladoras sobre determinados aspectos de la vida privada (ideología, orientación sexual, aficiones personales, etc.)»¹⁰³.

En consecuencia, la actuación empresarial ha supuesto una intromisión en la esfera íntima del trabajador y, por tanto, la prueba así obtenida no es válida. «Es cierto que la entrada inicial en el ordenador puede justificarse por la existencia de un virus, pero la actuación empresarial no se detiene en las tareas de reparación, sino que prosiguen en el análisis del ordenador (...). De esta forma, no cabe entender que se esté en presencia de cuanto en el ámbito penal se califica como un "hallazgo casual"¹⁰⁴, pues se ha ido más allá de lo que la entrada regular para la reparación justificaba»¹⁰⁵.

La construcción jurídica utilizada por el Tribunal Supremo resulta sumamente ingeniosa y define con bastante nitidez los perfiles del derecho fundamental a la intimidad personal en el marco del desarrollo de la prestación de servicios. Si, como bien es sabido, tiempo ha que los derechos fundamentales entraron definitivamente en la fábrica, desterrando los últimos reductos de «feudalismo industrial»¹⁰⁶, es menester consolidar las bases necesarias para hablar de una verdadera «ciudadanía laboral»¹⁰⁷, en la cual, aún en tiempo y lugar de trabajo [y no ya tan solo en las zonas de descanso y vestuario], aun utilizando la herramienta laboral propiedad de la empresa, aún con eso (y con todo) queda un espacio de intimidad del trabajador, considerado en cuanto persona, con su expectativa razonable de ver respetado un reducto mínimo de independencia ajeno al control e injerencia empresarial.

¹⁰² STEDH de 3 de abril de 2007, caso Copland.

¹⁰³ STS de 26 de septiembre de 2007 (rec. núm. 966/2006). En igual sentido, STS de 8 de marzo de 2011 (rec. núm. 1826/2010).

¹⁰⁴ Entre otras, SSTS, Sala de lo Penal, de 20 de noviembre y 1 de diciembre de 2006 (recs. núms. 465/2006 y 10381/2006).

¹⁰⁵ STS de 26 de septiembre de 2007 (rec. núm. 966/2006). En igual sentido, STS de 8 de marzo de 2011 (rec. núm. 1826/2010).

¹⁰⁶ Los cuales «repugnan al Estado Social y Democrático de Derecho y a los valores superiores a través de los cuales toma forma y se realiza», STC 88/1985, de 19 de julio.

¹⁰⁷ MONEREO PÉREZ, J. L.: *Derechos Sociales de la Ciudadanía y ordenamiento laboral*, Madrid: CES, 1996, págs. 24 y ss., o BAYLOS GRAU, A.: *Derecho del Trabajo: modelo para armar*, Madrid: Trotta, 1991, pág. 97.

Sin duda alguna, es de alabar el esfuerzo de los tribunales por tratar de extender los derechos fundamentales hasta donde sea razonablemente posible en el marco del contrato de trabajo; con todo, en este caso la intimidad del trabajador se presenta como algo pulsante, capaz de ampliarse o menguar según el previo comportamiento de los sujetos implicados¹⁰⁸.

En efecto, el propio Tribunal Supremo, en sentencia posterior que confirma doctrina pero añade matices, reconoce que ese nuevo espacio de intimidad que define en su sentencia «puede decaer cuando el empresario haya detallado las instrucciones concretas de uso de la herramienta tecnológica, prohibiendo (total o parcialmente) el uso personal de los recursos de la empresa, pues en tal caso no puede hablarse de una razonable expectativa de intimidad»¹⁰⁹. Es decir, no hay un derecho objetivo de intimidad, sino que es la tolerancia empresarial la que crea una simple expectativa que, obviamente, puede ser destruida¹¹⁰.

En cualquier caso, la doctrina de la construcción de una expectativa de intimidad del trabajador a partir de cierto grado de tolerancia empresarial estaba necesariamente condicionada, lógicamente, a cuanto de ella opinara el máximo intérprete de la CE. Y sobre dicha circunstancia se ha venido a pronunciar en sendos pronunciamientos, para ratificarla como doctrina, aun cuando para completarla en algunos términos de forma un tanto restrictiva.

En el primero de los casos, la empresa accedió al registro de comunicaciones electrónicas mantenidas por dos trabajadores mediante una aplicación de mensajería informática que habían instalado en un ordenador de uso común (sin clave personal de acceso), contraviniendo la prohibición expresa de instalar programas en el ordenador. A juicio del máximo intérprete de la *norma normarum*, «no cabe duda de que es admisible la ordenación y regulación del uso de los medios informáticos titularidad empresarial por parte del trabajador, así como la facultad empresarial de vigilancia y control del cumplimiento de las obligaciones relativas a la utilización del medio en cuestión, siempre con pleno respeto a los derechos fundamentales (...). Los grados de intensidad o rigidez con que deben ser valoradas las medidas empresariales de vigilancia y control son variables en función de la propia configuración de las condiciones de disposición y uso de las herramientas informáticas y de las instrucciones que hayan podido ser impartidas por el empresario a tal fin»¹¹¹.

¹⁰⁸ TOSCANI GIMÉNEZ, D. y CALVO MORALES, D.: «El uso de internet y el correo electrónico en la empresa: límites y garantías», *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 165, 2014, págs. 197 y ss.

¹⁰⁹ STS de 8 de marzo de 2011 (rec. núm. 1826/2010).

¹¹⁰ MANEIRO VÁZQUEZ, Y.: «La vigilancia y control del trabajador a través de las nuevas tecnologías. Doctrina judicial reciente sobre su empleo como medio de prueba», en AA. VV., Borrajo Dacruz, E. (dir.): *Controversias vivas del nuevo Derecho del Trabajo*, Madrid: La Ley, 2015, pág. 360.

¹¹¹ STC 241/2012, de 17 de diciembre.

El Tribunal Constitucional recuerda el carácter formal del derecho al secreto de las comunicaciones¹¹², pero reitera que queda excluida de tal construcción la información comunicada a través de un «canal abierto» (que parece ser la catalogación que merecen los medios de la empresa puestos a disposición del operario para el desarrollo de su prestación), que impide que la comunicación revista el carácter de confidencial. Ítem más, considera justificado en este caso la fiscalización del contenido mismo de los mensajes, no resultando suficiente «el mero acceso a otros elementos de la comunicación como la identificación del remitente o destinatario, porque, por sí solos no permitirían acreditar el ilícito indicado»¹¹³.

En consecuencia, este pronunciamiento del Tribunal Constitucional está en perfecta línea con la construcción de la expectativa de intimidad previamente incorporada por el Tribunal Supremo, siguiendo las bases fijadas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Con ello, se asume que las facultades de control empresarial son «coextensas a una política clara sobre el uso y destino de los medios informáticos de producción (...) pues la existencia de una política empresarial sobre el uso de la herramienta informática será el elemento hermenéutico fundamental en la determinación de las facultades legítimas del trabajador»¹¹⁴.

Por tanto, la predeterminación del empresario (la política empresarial fijada en instrumentos internos más o menos formalizados; el «reglamento de empresa» para asuntos informáticos) adquiere una dimensión absolutamente crucial, llegando a ser el elemento decisivo para determinar la licitud o ilicitud del uso particular de la herramienta informática y, también y por añadidura, de la eventual intromisión en el derecho a la intimidad del trabajador¹¹⁵.

En este sentido, quizá no resulte baladí poner de manifiesto cómo los representantes de los trabajadores están llamados a jugar –en este como en cualquier otro tema donde haya intereses profesionales de quienes prestan servicios por cuenta ajena– un papel estelar, no solo en la fiscalización de la actuación empresarial sino, correlativamente, en la negociación en busca de soluciones autocompositivas¹¹⁶, tareas cuya concreta articulación resultará en cada caso,

¹¹² En virtud del cual se protege el hecho mismo de la comunicación y todos sus elementos con independencia del canal elegido para ello. Entre muchas, [STC 70/2002, de 3 de abril](#).

¹¹³ [STC 241/2012, de 17 de diciembre](#).

¹¹⁴ MARTÍNEZ FONS, D.: «La doctrina del Tribunal Constitucional sobre el uso y control del correo electrónico», en AA. VV., Borrajo Dacruz, E. (dir.): *Controversias vivas del nuevo Derecho del Trabajo*, Madrid: La Ley, 2015, pág. 345.

¹¹⁵ O'BRIEN, C. N.: «The impact of employer e-mail policies on employee rights to engage in concerted activities protected by the National Labor Relations Act», cit., págs. 69 y ss.

¹¹⁶ MARTÍNEZ GARRIDO, L. R.: «Los nuevos sistemas de comunicación electrónica y la representación colectiva de los trabajadores en la empresa», en AA. VV., Falguera Baró, M. (coord.): *Derecho Colectivo*, Madrid: CGPJ, 2003, págs. 285 y ss., o BAYLOS GRAU, A. y VALDÉS DE LA VEGA, B.: «El efecto de las nuevas tecnologías en las relaciones colectivas de trabajo», en AA. VV., Alarcón Caracuel, M. R. y Esteban Legarreta, R. (coords.): *Nuevas tecnologías de la información y la comunicación y Derecho del Trabajo*, Albacete: Bomarzo, 2004, págs. 121 y ss.

cuanto menos, complicada, motivo por el cual, la falta de trascendencia que, muy a la ligera, asignó en su día a la ausencia de comunicación de la instalación de un sistema de vigilancia a los representantes de los trabajadores (exigible *ex art. 64.1.3 ET*) resulta especialmente descorazonadora¹¹⁷.

En cualquier caso, y este es un índice jurídico a tener muy presente, cuando la empresa no dice nada al respecto (ni permitiendo, ni prohibiendo), parece que esta omisión debe ser entendida (en una particular versión jurídica del aserto castellano conforme al cual «el que calla, otorga») como una concesión tácita que legitima ese uso social de los medios tecnológicos de la empresa [la cual, si bien puede ser revocada por el empresario, no permite un cambio brusco e imprevisto, sino advertido y gradual, so pena de contrariar aquel principio del Derecho que prohíbe *venire contra factum proprium*]¹¹⁸ y, a partir de tal razonamiento, considerar tolerable un cierto grado de utilización personal del ordenador de la empresa (y probablemente de otros elementos como el teléfono móvil puesto a disposición por la compañía) para fines particulares; la cuestión pasaría, entonces (y esto es algo que solo podrá ser cabalmente resuelto en cada caso concreto), por determinar cuándo el trabajador realiza un uso y cuándo un abuso¹¹⁹.

Ahora bien, esta idea queda un tanto desdibujada a la vista del segundo de los supuestos en los que el Tribunal Constitucional se ha tenido que pronunciar sobre el control empresarial del uso de la herramienta tecnológica aplicando la doctrina de la expectativa de la intimidad, la cual cuenta con elementos adicionales un tanto restrictivos. El supuesto de hecho valorado consiste en que la empresa procedió a realizar una inspección sobre los contenidos del teléfono móvil y el ordenador del trabajador, descubriendo que estaba enviando contenidos estratégicos a otra empresa del sector.

El Tribunal Constitucional comienza su razonamiento recordando, de nuevo, el carácter formal del derecho al secreto de las comunicaciones¹²⁰, pero reitera que queda excluida de tal construcción la información comunicada a través de un «canal abierto» (que parece ser la catalogación que merecen los medios de la empresa puestos a disposición del operario para el desarrollo de su prestación), que impide que la comunicación revista el carácter de confidencial.

¹¹⁷ Como recordará el lector, así ocurrió en la [STC 186/2000, de 10 de julio](#).

¹¹⁸ Planteamiento ya recogido, por ejemplo, en la STSJ de Madrid de 16 de julio de 2002 (rec. núm. 2281/2002).

¹¹⁹ GARCÍA NINET, J. I.: «Sobre el uso y abuso del teléfono, del fax, del ordenador y del correo electrónico de la empresa para fines particulares en lugar y tiempo de trabajo. Datos para una reflexión en torno a las nuevas tecnologías», *Tribuna Social*, núm. 127, 2001, págs. 19 y ss., o FERNÁNDEZ VILLAZÓN, L. A.: «A vueltas con el control empresarial sobre la actividad laboral: test de honestidad, telemarketing, registro de terminales y uso –o abuso– de internet», cit., págs. 35 y ss.

¹²⁰ En virtud del cual se protege el hecho mismo de la comunicación y todos sus elementos con independencia del canal elegido para ello. Entre muchas, [STC 70/2002, de 3 de abril](#).

A continuación, y entrando de lleno en la cuestión planteada, entiende que no existe expectativa de intimidad porque el convenio colectivo de aplicación tipificaba como falta leve la utilización de los medios informáticos propiedad de la empresa para fines distintos de los relacionados con el contenido de la relación laboral. A partir de tal dato (y aun cuando la empresa concreta nada hubiera advertido a los operarios), el tribunal da por hecho que ha sido destruida cualquier expectativa de intimidad, por cuanto la tipificación en el convenio supone una prohibición expresa del uso extralaboral de tales medios¹²¹.

Con ello, desde luego, el Alto Tribunal, si bien acepta formalmente la tesis de que en el marco de desarrollo del contrato de trabajo puede existir una expectativa de intimidad (que limite el control empresarial), muestra a las claras que la misma es relativamente débil y puede ser desconectada por casi cualquier elemento que muestre al trabajador la ilicitud de su conducta al utilizar para fines personales los medios tecnológicos empresariales (eliminando la potencial tolerancia a un uso razonable del mismo), no solo ya la instrucción directa del empresario, sino la reprobación mucho más remota incorporada al convenio colectivo¹²².

Además, el Tribunal Constitucional cercena en este caso la tesis que habían utilizado algunos pronunciamientos de suplicación, conforme a la cual era necesaria una «doble advertencia»¹²³ para destruir la expectativa de intimidad del trabajador: de un lado, una prohibición del uso personal de los instrumentos tecnológicos; de otro, una comunicación sobre la intención de llevar a cabo un sistema de vigilancia y control para verificar el uso correcto de tales medios¹²⁴. Y ello porque «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»¹²⁵.

¹²¹ [STC 170/2013, de 7 de octubre.](#)

¹²² Muy críticos con dicho pronunciamiento, APARICIO TOVAR, J.: «Los derechos fundamentales y el juicio de proporcionalidad degradados a mera retórica (a propósito de la SCT 170/2013, de 7 de octubre)», *Revista de Derecho Social*, núm. 64, 2013, págs. 143 y ss.; MONEREO PÉREZ, J. L. y LÓPEZ INSUA, M. M.: «El control empresarial del correo electrónico tras la STC 170/2013», *Aranzadi Social*, núm. 11, 2014, págs. 43 y ss.; GIL PLANA, J.: «Control empresarial y uso personal por el trabajador de los medios tecnológicos de trabajo. Comentario a la STC 170/2013, de 7 de octubre», *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 164, 2014, págs. 221 y ss.; ABERASTURI GORRIÑO, U.: «Control empresarial del correo electrónico del empleado y relevancia de la información previa a los trabajadores como garantía mínima para ejercer ese control, a la luz de la STC de 7 de octubre de 2013», *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 180, 2015, págs. 181 y ss., o TRUJILLO PONS, F.: «Revelación de secretos empresariales a terceros por medio de correos electrónicos», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 36, 2014, pág. 7.

¹²³ MANEIRO VÁZQUEZ, Y.: «La vigilancia y control del trabajador a través de las nuevas tecnologías. Doctrina judicial reciente sobre su empleo como medio de prueba», cit., pág. 359.

¹²⁴ STSJ de Cantabria de 18 de enero de 2007 (rec. num. 187/2007).

¹²⁵ [STC 170/2013, de 7 de octubre.](#)

3. LA DOCTRINA DEL DEBER DE INFORMACIÓN EMPRESARIAL EN VIRTUD DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA AUTODETERMINACIÓN INFORMATIVA DEL TRABAJADOR

Con carácter más reciente, el Tribunal Constitucional ha venido a aportar una nueva doctrina a considerar en la valoración de la cuestión relativa a si el poder de control empresarial ejercido a través de medios tecnológicos resulta lesivo (o no) de derechos fundamentales. En el primero de los supuestos, la empresa (en el caso, la Universidad de Sevilla) había utilizado como prueba para justificar la sanción disciplinaria impuesta al trabajador por incumplimiento de su horario de trabajo las imágenes obtenidas a través de una videocámara situada, no específicamente en el puesto de trabajo, sino en el acceso al recinto, sin haber mostrado que la finalidad de la misma podía servir a efectos de controlar la prestación laboral¹²⁶.

En este sentido, procede recordar que ya previamente el Tribunal Constitucional había entendido que el artículo 18.4 de la *carta magna* contiene un verdadero derecho fundamental¹²⁷ y que las normas que lo desarrollan (actualmente, *Ley Orgánica 15/1999*, de Protección de Datos Personales –LOPD– y su reglamento de desarrollo *RD 1720/2007*) son de plena aplicación al ámbito de las relaciones laborales¹²⁸, sirviendo para corregir los abusos sobre tratamiento de información en el campo del trabajo por cuenta ajena¹²⁹.

¹²⁶ *STC 29/2013*, de 11 de febrero.

¹²⁷ *SSTC 290 y 292/2000*, de 30 de noviembre. Consolidando una línea iniciada con la *STC 254/1993*, de 20 de julio, donde se razonaba que esta prerrogativa era una «garantía institucional del resto de derechos fundamentales y, al tiempo, un verdadero derecho fundamental». Sobre la evolución en su consideración como verdadero derecho fundamental, MURILLO DE LA CUEVA, P. L.: «La primera jurisprudencia sobre el derecho a la autodeterminación informativa», *Datos personales.org. Revista de la Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid*, núm. 1, 2003, págs. 3 y ss.

¹²⁸ Sobre la intrincada aplicación de la normativa de protección de datos al ámbito laboral, DEL REY GUANTER, S.: «Tratamiento automatizado de datos de carácter personal y contrato de trabajo. Una aproximación a la "intimidación informática" del trabajador», *Relaciones Laborales*, núm. 15, 1995, págs. 7 y ss.; FERNÁNDEZ VILLAZÓN, L. A.: «Tratamiento automatizado de datos personales en los procesos de selección de trabajadores», *Relaciones Laborales*, núm. 11, 1994, págs. 7 y ss.; SAGARDOY DE SIMÓN, I.: «Datos personales, datos profesionales y su tratamiento automatizado», *Relaciones Laborales*, tomo I, 1995, págs. 1.456 y ss.; FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J. y RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: *Utilización y control de datos laborales automatizados*, Madrid: APD, 1997, págs. 19 y ss.; CARDONA RUBERT, M.^a B.: *Informática y contrato de trabajo*, Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, págs. 19 y ss.; THIBAUT ARANDA, J.: «La incidencia de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal, en el ámbito de las relaciones laborales», *Relaciones Laborales*, núm. 13, 2000, págs. 33 y ss., o GOÑI SEIN, J. L.: «Vulneración de derechos fundamentales en el trabajo mediante instrumentos informáticos y archivo de datos», *Justicia Laboral*, núm. 17, 2004, págs. 14 y ss.

¹²⁹ Así, había llegado el Tribunal Constitucional a la conclusión de que la utilización del dato sensible de la afiliación sindical, conocida por la empresa a efectos de descuento de la cuota sindical, para considerar que el trabajador había secundado la huelga convocada por el sindicato al que estaba afiliado, resultaba lesivo del artículo 18.4 de la *CE* (*STC 11/1998*, de 13 de enero, y una larga lista que la sigue). De igual modo, mantener un archivo de control de absentismo laboral en el que consta el dato, también sensible, del diagnóstico médico, es lesivo del precepto constitucional (*STC 202/1999*, de 8 de noviembre).

Ya la doctrina científica había advertido de que la recta ponderación de los límites del poder de control empresarial exigía tener en cuenta la perspectiva de la protección de datos personales, en tanto en cuanto la mayoría de los mecanismos de control tecnológico cuentan con un método de sistematización de datos (sean imágenes, sonidos u otra clase de informaciones). Tal circunstancia hace que, razonablemente, deban someterse a las normas (constitucionales y legales) que rigen dicha materia¹³⁰, si bien la ausencia de una regulación específicamente laboral plantea problemas evidentes¹³¹, los cuales, por cierto, podrán ser subsanados, de existir voluntad para ello, cuando en mayo de 2018 el [Reglamento 679/2016/UE](#) sustituya a la actual [Directiva 95/46/CE](#), en tanto en cuanto dicho instrumento permitirá a los Estados que, a través de disposiciones legislativas o convenios colectivos, se puedan establecer normas específicas para garantizar la protección de los derechos de los trabajadores¹³².

Ya algunos pronunciamientos de los tribunales ordinarios pioneros en la materia habían recogido este planteamiento¹³³ y el Alto Tribunal ha venido a ratificar plenamente tal perspectiva¹³⁴. Así, «está fuera de toda duda» que las imágenes captadas por las cámaras constituyen un dato de carácter personal (en virtud del amplio concepto contenido en los arts. 3 [LOPD](#) y 5.1 [RD 1720/2007](#), así como, específicamente, la [Instrucción 1/2006, de 8 de noviembre](#), de la Agencia Española de Protección de Datos) y que los medios de control empresarial «ofrecen múltiples medios de tratamiento de datos»¹³⁵.

A continuación, el tribunal realiza un esfuerzo dogmático por aquilatar los deberes de información relativos al tratamiento de datos, quizá para sentar las diferencias con precedentes anteriores¹³⁶, en los que había entendido que la ausencia de información a los representantes de

¹³⁰ Por todos, GOÑI SEIN, J. L.: *La videovigilancia empresarial y la protección de datos personales*, Madrid: Civitas, 2008, págs. 89 y ss., o COLAS NEILA, E.: «Elementos para la construcción de una teoría general sobre el uso y control del correo electrónico corporativo», en AA. VV., Alarcón Caracuel, M. R. y Esteban Legarreta, R. (coords.): *Nuevas tecnologías de la información y de la comunicación y Derecho del Trabajo*, Albacete: Bomarzo, 2004, págs. 200 y 201.

¹³¹ SIMITIS, S.: «Reconsidering the premises of Labour Law: prolegomena to an EU regulation on the protection of employees' personal data», *European Law Journal*, vol. 5, núm. 1, 1999, págs. 45 y ss.

¹³² PRECIADO DOMÉNECH, C. H.: *El derecho a la protección de datos en el contrato de trabajo*, Pamplona: Aranzadi, 2017, pág. 76.

¹³³ Muy interesante la SJS núm. 33 de Madrid de 21 de octubre de 2002 (sent. núm. 400/2002); en igual sentido, pero con más difusos argumentos, SAN de 24 de enero de 2003 (rec. núm. 134/2003). En el ámbito administrativo, STSJ de Cantabria, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 21 de febrero de 2003 (rec. núm. 763/2002).

¹³⁴ LOUSADA AROCHENA, J. F.: «Derecho fundamental a la protección de datos personales vs. facultad empresarial de videovigilancia», en AA. VV., Borrajo Dacruz, E. (dir.): *Controversias vivas del nuevo Derecho del Trabajo*, Madrid: La Ley, 2015, págs. 391 y ss.; RODRÍGUEZ COPE, M. L.: «Facultades de control empresarial y circuito cerrado de televisión», *Temas Laborales*, núm. 121, 2013, págs. 121 y ss., o SANTIAGO REDONDO, K. M.: «Intimidad, secreto de las comunicaciones y protección de datos de carácter personal», *Relaciones Laborales*, núm. 1, 2014, págs. 13 y ss.

¹³⁵ [STC 29/2013, de 11 de febrero](#).

¹³⁶ GALLARDO MORA, R.: «El derecho fundamental a la protección de datos personales y la video-vigilancia empresarial», *Revista de Derecho Social*, núm. 62, 2013, págs. 163 y ss.

los trabajadores sobre la medida de control empresarial –art. 64.1.3 ET– era una cuestión de estricta legalidad ordinaria que no afectaba al juicio de constitucionalidad¹³⁷. Así, «una interpretación restrictiva del derecho a la información no puede afectar en el caso relativo al artículo 18.4 de la CE (...) que opera también cuando existe habilitación legal para recabar los datos sin necesidad de consentimiento (como ocurre en el ámbito de desarrollo de la relación laboral, *ex art. 6 LOPD*), pues es patente que una cosa es la necesidad de consentimiento y otra, diferente, el deber de informar sobre el propósito del tratamiento (...). No hay una habilitación legal expresa para la omisión del derecho a la información sobre el tratamiento de datos en el ámbito de las relaciones laborales... y tampoco podría situarse su fundamento en el interés empresarial de controlar la actividad laboral a través de sistemas sorpresivos o no anunciados de tratamiento de datos que aseguren la máxima eficacia del propósito de vigilancia (...) pues esa lógica fundada en la utilidad o conveniencia empresarial haría quebrar la efectividad del derecho fundamental en su núcleo esencial»¹³⁸.

Precisamente el hecho de que no se hubiera informado a los trabajadores sobre esa «utilidad de supervisión laboral», sino que, antes al contrario, se hubiera aparentado que la videovigilancia respondía a fines de «seguridad pública» (y, de hecho, con esta finalidad estaba reconocida a la Agencia de Protección de Datos) y no, por tanto, «a un fin declarado y específico de control de la actividad laboral», lleva al Alto Tribunal a conceder el amparo solicitado.

En definitiva, parece que el Tribunal Constitucional acepta aquel planteamiento conforme al cual, si bien el desarrollo de una relación laboral puede llevar al empresario (en el normal desarrollo de la misma y *ex art. 20.3 ET*) a efectuar recogidas de datos (y posteriores tratamientos de los mismos) sin necesidad de recabar el consentimiento del trabajador (arts. 6 y 11 *LOPD*), eso no le exonera de cumplir las obligaciones de información que establece el artículo 5 de la *LOPD*¹³⁹, debiendo el afectado [en este caso, el trabajador así controlado] ser informado de forma expresa, precisa e inequívoca por el responsable del fichero o su representante, dentro de los tres meses siguientes al momento del registro –plazo que se antoja demasiado largo para el ámbito laboral–¹⁴⁰, de la procedencia de los datos, así como de la existencia de un fichero o tratamiento, de la finalidad de la recogida de estos, de los destinatarios de la información, de la posibilidad de ejercitar los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición y de la identidad y dirección del responsable del tratamiento¹⁴¹.

¹³⁷ *STC 186/2000, de 10 de julio.*

¹³⁸ *STC 29/2013, de 11 de febrero.*

¹³⁹ GALLARDO MORA, R.: «El derecho fundamental a la protección de datos personales y la video-vigilancia empresarial», cit., págs. 163 y ss.

¹⁴⁰ CARDONA RUBERT, M.^a B.: *Informática y contrato de trabajo*, cit., págs. 125 y ss.

¹⁴¹ GOÑI SEIN, J. L.: *La videovigilancia empresarial y la protección de datos personales*, cit., págs. 89 y ss.; MARTÍNEZ FONS, D.: «El poder de control empresarial ejercido a través de medios audiovisuales en la relación de trabajo», cit., págs. 41 y 42.

Así lo concluye sin ambages el Alto Tribunal cuando afirma que «lo contrario confundiría la legitimidad del fin del tratamiento (en este caso, la verificación del cumplimiento de las obligaciones laborales a través del tratamiento de datos, art. 20.3 ET, que está exento de la necesidad de recabar el consentimiento *ex art. 6.2 LOPD*) con la constitucionalidad del acto, que exige ofrecer previamente la información necesaria, en virtud del artículo 5 de la LOPD (...), cuando lo cierto es que cabe proclamar la legitimidad de aquel propósito (incluso sin consentimiento del trabajador, art. 6.2 LOPD) pero, del mismo modo, declarar que lesiona el artículo 18.4 de la CE la utilización para llevarlo a cabo de medios encubiertos que niegan al trabajador la información exigible»¹⁴².

Procede destacar que la jurisprudencia ordinaria, siguiendo este pronunciamiento del máximo intérprete de la CE, aplicó de inmediato la nueva doctrina constitucional cuando hubo de entrar a valorar el despido de una trabajadora que venía soportado por una prueba videográfica obtenida con una cámara cuya finalidad era diferente al control de la actividad laboral, censurando tal comportamiento¹⁴³ y advirtiendo, con carácter cuasipedagógico, de la posibilidad con la que se cuenta tras la entrada en vigor de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS) de tratar de preconstituir la prueba tecnológica, precisamente para evitar vulneraciones en los derechos fundamentales, mediante autorización de la autoridad judicial, *ex artículo 90.4 de la LRJS*¹⁴⁴.

Sin embargo, el primer pronunciamiento del máximo intérprete de la CE ha encontrado continuidad en un segundo¹⁴⁵, el cual ha generado nuevamente la más agria de las polémicas y, si bien muestra una continuidad hasta cierto punto lógica con su predecesor, ha sido considerado por algunos (incluidos los propios magistrados del Alto Tribunal que formularon voto particular) como «un pronunciamiento que se sitúa en la senda, preocupante, de retroceso en la protección de los derechos fundamentales del trabajador asalariado... tratando de vaciar de contenido sustantivo el modelo constitucional de relaciones laborales»¹⁴⁶.

El supuesto de hecho enjuiciado en el supuesto de autos consistía en que la empresa (Bershka Bsk España) había detectado múltiples irregularidades en la caja de una de sus tiendas, de donde podía desprenderse una apropiación dineraria por parte de alguno de los trabajadores. Ante tal circunstancia, encarga a una empresa de seguridad que instalara una cámara de videovigilancia en la tienda, lo que no se comunicó a los trabajadores, si bien se colocó en el escaparate del establecimiento, en un lugar visible, el distintivo informativo exigido por la [Instrucción 1/2006](#) de la Agencia de Protección de Datos para los supuestos de videovigilancia. De resultados de tal labor fiscalizadora, se detecta que una trabajadora sustraía pequeñas cantidades (186 €) y se procede a la notificación de su despido.

¹⁴² [STC 29/2013, de 11 de febrero.](#)

¹⁴³ [STS de 13 de mayo de 2014 \(rec. núm. 1685/2013\).](#)

¹⁴⁴ FOLGUERA CRESPO, J. A.: «Videovigilancia de los trabajadores: es preceptivo informales sobre su finalidad disciplinaria (Comentario de la STS de 13 de mayo de 2014)», *La Ley*, núm. 8.365, 2014, pág. 3.

¹⁴⁵ [STC 39/2016, de 3 de marzo.](#)

¹⁴⁶ Voto particular formulado por el magistrado Fernando Valdés Dal-Ré, al que se adhiere la magistrada Adela Asúa, a la [STC 39/2016, de 3 de marzo.](#)

El razonamiento del Alto Tribunal se dedica a tratar de precisar si a la hora de informar a los trabajadores sobre la instalación de un mecanismo de control que implique tratamiento de datos, es necesario una información específica (como parecía exigir el precedente inmediato en atención al tenor legal del art. 5 LOPD)¹⁴⁷ o, por el contrario, basta una información genérica. Recuerda que el «derecho a la protección de datos no es absoluto e ilimitado, como no lo es ninguno de los derechos fundamentales»¹⁴⁸, y aunque «la Constitución no indique expresamente límites específicos, no cabe duda de que han de ser encontrados en los restantes bienes jurídicos constitucionalmente protegidos». En concreto, y en cuanto hace al tratamiento de datos obtenidos por la instalación de cámaras de videovigilancia en el lugar de trabajo «aunque no se requiere el consentimiento del trabajador por ser el desarrollo lícito de una relación contractual laboral (art. 6 LOPD), persiste el deber de información (art. 5 LOPD)».

En efecto, «la relevancia constitucional de la ausencia o deficiencia de información en los supuestos de videovigilancia laboral exige la consiguiente ponderación, conforme al principio de proporcionalidad, en cada caso de los derechos y bienes constitucionales en conflicto; a saber, por un lado, el derecho a la protección de datos del trabajador y, por otro, el poder de dirección empresarial imprescindible para la buena marcha de la organización productiva (arts. 33 y 38 CE)».

En este punto, el tribunal desciende a un razonamiento forzado en exceso para indicar que «en el caso, la trabajadora podía conocer la existencia de las cámaras y la finalidad para la que habían sido instaladas. Se ha cumplido en este caso con la obligación de información previa, pues basta a estos efectos con el cumplimiento de los requisitos específicos de información a través del distintivo, de acuerdo con la Instrucción 1/2006 de la Agencia de Protección de Datos, que en este caso figuraba en el escaparate del establecimiento. El trabajador conocía que la empresa había instalado un sistema de control por videovigilancia, sin que haya que especificar, más allá de la mera vigilancia, la finalidad exacta que se le ha asignado a ese control». En consecuencia, «lo importante será determinar si el dato obtenido se ha utilizado para la finalidad de control de la relación laboral o para una finalidad ajena al cumplimiento del contrato, pues solo en este caso sería exigible el consentimiento del trabajador (...). En consecuencia, teniendo la trabajadora información previa de la instalación de las cámaras a través del distintivo, y habiendo sido tratadas las imágenes para el control de la relación laboral, no puede entenderse vulnerado el artículo 18.4 de la CE (...) y, además, la medida supera el juicio de proporcionalidad, pues la medida era justificada (ya que existían razonables sospechas de que alguno de los trabajadores se estaba apropiando de dinero de la empresa); idónea para la finalidad pretendida (verificar si efectivamente se cometían las irregularidades); necesaria (pues servía de prueba a tales irregularidades); y no excesiva o equilibrada (pues la grabación se limitó a la zona de caja)»¹⁴⁹.

¹⁴⁷ [STC 29/2013, de 11 de febrero.](#)

¹⁴⁸ Recordando ideas ya apuntadas en las sentencias fundacionales de este derecho fundamental, [SSTC 290 y 292/2000, de 30 de noviembre.](#)

¹⁴⁹ Todos los entrecorridos de la [STC 39/2016, de 3 de marzo.](#)

Desde luego, la decisión del Tribunal Constitucional resulta insatisfactoria por diversos motivos. En primer lugar, porque su argumento es claramente endeble pues, aun cuando está claro que no cualquier infracción legal (en el caso del art. 5 LOPD) supone lesión del contenido de un derecho fundamental (en el caso, el incorporado al art. 18.4 CE), lo cierto es que con esta decisión, los perfiles del derecho quedan desdibujados y las garantías totalmente indeterminadas, efectuando una ponderación (desde criterios de proporcionalidad) entre un derecho fundamental y un valor constitucional que no tiene tal consideración, cual es la libertad de empresa, que, en apariencia, parecen presentar un rango de protección similar, cuando cualquier jurista sabe que eso no es así, *ex* artículo 53 de la CE.

En segundo término, por cuanto que dar por cumplida la exigencia de información (que el propio tribunal considera parte esencial del derecho fundamental) por la presencia de un distintivo genérico de videovigilancia (conforme a lo previsto en una Instrucción de la Agencia de Protección de Datos) en el escaparate de la empresa, no puede sino ser considerado un acto voluntarista del tribunal para denegar el amparo, pues, si bien de forma potencial ello permitía al trabajador acceder a sus datos, lo cierto es que no aseguraba con un mínimo de garantía que dicha información llegara a producirse (y, de hecho, en la práctica, no se produjo)¹⁵⁰.

En fin, y no es una cuestión menor, porque a fuerza de recurrir a un argumento ya sabido (aquel conforme al cual es necesario informar a los trabajadores de la recogida de sus datos), pero desdibujado (en tanto el tribunal acepta que ese deber de información, desde el punto de vista constitucional, no requiere el estricto cumplimiento de todos los extremos previstos en el art. 5 LOPD, sino que basta con un cartel anunciador), el Alto Tribunal evita pronunciarse sobre una cuestión pendiente (y de verdadera enjundia), cual es la de determinar si el deber de información sobre la recogida de datos personales encuentra excepción cuando, atenuado por la existencia de una razonable sospecha de incumplimiento laboral por parte del trabajador, el empresario requiere de una actuación urgente para determinar el autor de dicho ilícito contractual¹⁵¹.

Desde luego, la actuación del máximo intérprete de la CE priva al iuslaboralista de un criterio que sería decisivo para completar el acervo jurisprudencial que se ha ido creando en los últimos años sobre los límites del control empresarial a través de instrumentos tecnológicos. Se agarra a una eventualidad (que la empresa había colocado un distintivo de videovigilancia), obvia lo importante (que no hubo comunicación concreta al trabajador sobre el instrumento de control instalado) y, en fin, proporciona una respuesta chapucera a un problema que de cara a la seguridad en el desenvolvimiento de las relaciones laborales sería sumamente conveniente que quedara claramente resuelto¹⁵².

¹⁵⁰ RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: «Posibilidades y límites en el uso de cámaras de videovigilancia dentro de la empresa: a propósito de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 3 de marzo de 2016», *La Ley*, núm. 8.747, 2016, págs. 5 y ss.

¹⁵¹ Planteamiento presente, como se indicó, en LOUSADA AROCHENA, J. F.: «Derecho fundamental a la protección de datos personales vs. facultad empresarial de videovigilancia», *cit.*, pág. 418.

¹⁵² FABREGAT MONFORT, G.: *Nuevas perspectivas del poder de dirección y control del empleador*, Albacete: Bomarzo, 2016, págs. 7 y ss.; CARDONA RUBERT, M. B.: «La privacidad del trabajador», *Trabajo y Derecho*, núm. 24, 2016,

Habrá que esperar a que se presente otro supuesto en el que la empresa no haya colocado el distintivo de marras (apréciese la ironía) para que el Alto Tribunal aclare si la presencia de una sospecha razonable de incumplimiento laboral justifica el control sin previa advertencia¹⁵³. Hasta entonces, solo nos queda elucidar acerca de cuál será su respuesta. Cabe suponer que según se desprende de los propios precedentes del Tribunal Constitucional¹⁵⁴, la «sospecha razonable» de incumplimiento laboral proporciona una «justificación objetiva» a una limitación en los derechos de los trabajadores, pudiendo procederse a un control inmediato destinado a pillar *in fraganti* al infractor.

De aceptarse esta tesis, cabría al menos exigir que, una vez efectuado el control, el empresario procediera con posterioridad a informar a los trabajadores, sobre todo si pretende convertir aquel control esporádico y puntual en algo permanente; a tal efecto, se revela útil el plazo de los tres meses siguientes al registro de los datos establecido en el artículo 5.4 de la [LOPD](#) para proceder a informar a los titulares de los mismos¹⁵⁵.

En cualquier caso, habría una tesis más garantista, seguramente más en consonancia con los criterios de máxima expansión que deben presidir los criterios de interpretación de los derechos fundamentales¹⁵⁶, y en consonancia con la más reciente jurisprudencia dictada por tribunales internacionales en la materia¹⁵⁷, que pasaría por entender que la información ha de llevarse a cabo

págs. 15 y ss.; LAHERA FORTEZA, J.: «Nueva jurisprudencia constitucional en la vigilancia empresarial: valoración crítica (STC 39/2016, de 3 de marzo)», *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 5, 2016, págs. 494 y ss.

¹⁵³ VIDAL LÓPEZ, P.: «Zona videovigilada. STC de 3 de marzo de 2016, sobre las cámaras de vigilancia en el trabajo», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 918, 2016, pág. 16, o GONZÁLEZ GONZÁLEZ, C.: «Control empresarial de la actividad laboral, videovigilancia y deber informativo: a propósito de la STC de 3 de marzo de 2016», *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 5, 2016, pág. 129.

¹⁵⁴ Valórese que en un caso similar de sospecha fundada el tribunal había considerado razonable, desde criterios de proporcionalidad, la intervención empresarial. [STC 186/2000, de 10 de julio](#).

¹⁵⁵ RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: «Posibilidades y límites en el uso de cámaras de videovigilancia dentro de la empresa: a propósito de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 3 de marzo de 2016», cit., págs. 5 y ss.

¹⁵⁶ TOSCANI GIMÉMEZ, D.: «Las facultades de la empresa de videovigilancia de sus trabajadores», *Revista de Derecho Social*, núm. 74, 2016, págs. 153 y ss.

¹⁵⁷ La [STEDH de 12 de enero de 2016, caso Bărbulescu vs. Rumanía](#), con demasiada ligereza entendió lícita la actuación de control empresarial del correo electrónico sin necesidad de informar a los trabajadores afectados, pues la actuación empresarial había sido «adecuada en su alcance y proporcionada». Tal pronunciamiento ha sido revisado recientemente por la Gran Sala del propio Tribunal para entender que dicha información resulta un elemento significativo a la hora de enjuiciar el control al que se ha sometido al trabajador, como indicio para desterrar el riesgo de invasión de su esfera privada. En el juicio valorativo efectuado por el tribunal se aplican criterios interpretativos que no son ajenos en los pronunciamientos de los más altos tribunales españoles (proporcionalidad, idoneidad, necesidad y ponderación de la medida), lo que, a la postre, permitirá que cada tribunal, en función de múltiples circunstancias (tolerancia empresarial previa, indicios de infracciones laborales, etc.), decida si ha habido o no lesión concreta de alguno de los derechos fundamentales de los trabajadores controlados. El fallo subraya que las autoridades nacionales deben garantizar que la introducción por parte de un empresario de medidas para vigilar la correspondencia y otras comunicaciones de sus trabajadores vaya acompañada de «salvaguardas adecuadas y suficientes contra abusos», cosa

en todo caso (aun mediando sospecha razonable de incumplimiento laboral), pues es una exigencia que se deriva de la propia esencia del derecho fundamental reconocido en el artículo 18.4 de la CE¹⁵⁸. En tal caso, el medio de control empresarial, en tanto advertido convenientemente a los trabajadores, difícilmente permitirá obtener prueba de la infracción, pero, sí, al menos (y no es cuestión baladí), producirá un efecto disuasorio (sanatorio, se podría decir), evitando su reiteración en el futuro.

El cambio (o, al menos, la contundente precisión) en la doctrina del Tribunal Constitucional ha tenido (como no podía ser de otro modo) reflejo en la jurisprudencia ordinaria del Tribunal Supremo. Así, ha dado validez a la prueba obtenida por la empresa que, a partir de pérdidas injustificadas, ha colocado cámaras de seguridad con advertencia a los trabajadores mediante carteles en el centro de trabajo, si bien con la peculiaridad de que no es en una zona de acceso público, si no en una «zona de reserva» donde solo podía acceder el personal. La sentencia realiza una reflexión, y es harto significativo, acerca de la doctrina previa sentada sobre el particular por el Tribunal Constitucional para justificar que no es lo mismo un control realizado en el exterior del lugar de trabajo, lo que no cumple ni siquiera una función de advertencia implícita y que tampoco va unida a una comunicación a los trabajadores¹⁵⁹, que una cámara situada en el interior del centro de trabajo una vez producidos hechos irregulares y anunciada –siquiera de forma genérica, a través de un cartel al uso–¹⁶⁰, por lo que, en el caso concreto considera lícito el comportamiento empresarial, pues se excluye el factor sorpresa en el control¹⁶¹.

Recientemente han sido dictadas por el Tribunal Supremo tres nuevas sentencias, con apenas tres días de diferencia, lo que prueba el interés indisimulado del máximo órgano de la jurisdicción ordinaria de tratar de aquilatar la doctrina sobre un asunto que aún tenía flecos pendientes. En dos pronunciamientos de los anunciados se entra a valorar un supuesto en el que el trabajador conocía la existencia del control y grabación, pero la empresa no había informado específicamente sobre la finalidad del control laboral de las imágenes obtenidas, sino sobre «razones de seguridad». El Alto Tribunal, acatando la línea fijada por el máximo intérprete constitucional, considera válida la prueba empresarial así obtenida, pues dichas «razones de seguridad», a criterio de la Sala IV, constituyen «una expresión amplia, que incluye la vigilancia de ilícitos tanto de los empleados como de terceros y, en definitiva, de la seguridad del centro de trabajo, pero que excluye otro tipo de control laboral que sea ajeno a la seguridad, esto es, la efectividad del trabajo, las ausencias del puesto, las conversaciones entre compañeros, etc.».

que no ha ocurrido en el presente supuesto, por lo que «las autoridades nacionales no han protegido adecuadamente el derecho del señor Bărbulescu a que se respete su vida privada y su correspondencia y no han logrado un equilibrio adecuado entre los intereses en juego». *STEDH de 5 de septiembre de 2017, caso Bărbulescu vs. Rumanía.*

¹⁵⁸ Cosa que, por cierto y de forma un tanto incongruente, reconoce la *STC 39/2016, de 3 de marzo*.

¹⁵⁹ Supuesto de hecho de la *STC 29/2013, de 11 de febrero*.

¹⁶⁰ Supuesto de hecho de la *STC 39/2016, de 3 de marzo*.

¹⁶¹ *STS de 7 de julio de 2016 (rec. núm. 3233/2014)*.

A este primer requiebro (estableciendo una dudosísima frontera entre el control laboral por «razones de seguridad» y el control laboral por «razones de efectividad») se une otro segundo (con evidentes dosis de cinismo jurídico), conforme al cual «frente a los defectos informativos (pues el propio tribunal asume que no se cumple ni de lejos la información precisa e inequívoca exigida por el art. 5 LOPD) pudieron reclamar a la empresa más información, o denunciarla ante la Agencia de Protección de Datos para que sancionara las infracciones que se hubieran podido cometer», pero que dichos incumplimientos legales no tienen relevancia (en línea con la dudosa doctrina *supra* comentada del Tribunal Constitucional) para el derecho fundamental inespecífico del trabajador a la autodeterminación informativa pues «la instalación de las cámaras era una medida justificada por razones de seguridad, idónea para el logro de ese fin y necesaria y proporcionada»¹⁶².

En el tercer supuesto, se entra a valorar la situación de un trabajador de un gimnasio a quien, tras varias quejas emitidas por compañeros sobre su actuación profesional, la empresa procede a despedir utilizando para acreditar los hechos justificativos de tal decisión las imágenes de una cámara, que el trabajador conocía, pero de la que no había sido informado expresamente. El Alto Tribunal establece que «persiste el deber de información, debiendo someterse la falta o insuficiencia de esta al juicio de proporcionalidad, lo que requerirá determinar en cada supuesto, con carácter previo, si se ha producido o no la indicada omisión de la información debida ponderando los derechos y bienes constitucionales en conflicto; a saber, por un lado, el derecho a la protección de datos del trabajador y, por otro, el poder de dirección empresarial. En el caso analizado, el trabajador conocía que la empresa había instalado un sistema de control por videovigilancia, sin que esta deba especificar, más allá de la mera vigilancia, la finalidad exacta que le ha asignado a ese control (...). El uso de la videocámara revistió, por tanto, carácter razonable y proporcionado a su objeto, sin que por el lugar de su instalación existiera riesgo para la vulneración del derecho al honor a la intimidad personal y familiar ni por las circunstancias de tiempo y oportunidad lo hubiera habido tampoco para el pleno ejercicio de sus derechos, al haber actuado el demandante como lo ha hecho, siendo conocedor de que su conducta estaba siendo grabada y de que por lo que respecta a las cámaras de la entrada, el acceso indebido con auxilio interno ya había sido objeto de sanción»¹⁶³.

Desde luego, el perfecto acatamiento que el Tribunal Supremo hace de la doctrina previamente sentada por el Tribunal Constitucional permite constatar que la senda se ha transitado y que, con ciertas precisiones y limitaciones (que se tratarán de desglosar en la parte final del presente ensayo), el control a través de videovigilancia es, a día de hoy, una realidad (sociológica y jurídica) aceptada y aceptable en España¹⁶⁴.

¹⁶² Los entrecomillados son fundamento jurídico utilizado por las SSTs de 31 de enero de 2017 (rec. núm. 3331/2015) y 1 de febrero de 2017 (rec. núm. 3262/2015).

¹⁶³ STS de 2 de febrero de 2017 (rec. núm. 554/2016).

¹⁶⁴ FABREGAT MONFORT, G.: *Nuevas perspectivas del poder de dirección y control del empleador*, cit., págs. 7 y ss., y CARDONA RUBERT, M. B.: «La privacidad del trabajador», cit., págs. 15 y ss.

III. INTENTO CONCEPTUAL DE FIJACIÓN DE UNA REGLA DE SÍNTESIS SOBRE LOS LÍMITES DEL PODER DE CONTROL EMPRESARIAL A TRAVÉS DE TECNOLOGÍAS

Una mirada sistemática a la amalgama de supuestos y doctrinas que se acaban de glosar puede llevar al lector a una sensación de desazón, habida cuenta de que los distintos pronunciamientos de los tribunales que han entrado a resolver sobre el ejercicio del poder de control empresarial ejercido a través de (o sobre)¹⁶⁵ mecanismos tecnológicos contienen argumentos difíciles de casar que, en ocasiones, parecen contradictorios entre sí y que no resulta muy claro valorar si se ven superados o simplemente complementados por otros posteriores.

Como el legislador, en este punto, ni está ni se le espera, y su intervención, aunque «ideal, en este caso, aparenta utópica»¹⁶⁶, la labor del iuslaboralista ha de orbitar sobre la posibilidad de realizar un razonamiento lógico-inductivo (de lo particular a lo general), para ofrecer una regla de síntesis que trate de armonizar los distintos pronunciamientos (dispersos y dictados, lógicamente, atendiendo a las circunstancias presentes de cada caso concreto y a las estrategias de defensa utilizadas por los asesores legales de los trabajadores afectados) y alcanzar una validez general que sirva de guía y referente en una cuestión que se ha revelado complicada como pocas. A tal tarea pretenden contribuir las siguientes pautas, que se ofrecen como colofón conclusivo del estudio de exégesis llevado a término:

- I. Cuando la empresa guarda silencio y no adopta expresamente una decisión o instrucción sobre el uso y control de los medios laborales tecnológicos, se entiende que el trabajador adquiere una «expectativa razonable de intimidad»¹⁶⁷ y, en consecuencia, puede disfrutar de un «uso social» de los instrumentos y herramientas laborales; sin que el empresario pueda, en consecuencia, pasar de la tolerancia a la sanción, de forma abrupta e imprevista, pues en tal caso los límites de los derechos fundamentales del trabajador (a la intimidad, art. 18.1 CE, o, incluso, al secreto de sus comunicaciones, art. 18.3 CE) serían más amplios y los condicionantes de actuación empresarial más estrictos.
- II. Ahora bien, esa expectativa de intimidad no tiene una existencia objetiva en sí misma, sino que deriva de la propia actitud previa de las partes y, en consecuencia, puede ser limitada (aunque seguramente no completamente destruida), bien

¹⁶⁵ Matiz sutil respecto al cual se pronuncia MARTÍNEZ FONS, D.: «La doctrina del Tribunal Constitucional sobre el uso y control del correo electrónico», cit., pág. 342.

¹⁶⁶ LOUSADA AROCHENA, J. F.: «Derecho fundamental a la protección de datos personales vs. facultad empresarial de videovigilancia», cit., pág. 415.

¹⁶⁷ SSTC 241/2012, de 17 de diciembre, y 170/2013, de 7 de octubre, y SSTS de 26 de septiembre de 2007 (rec. núm. 966/2006) y 8 de marzo de 2011 (rec. núm. 1826/2010).

directamente por el empresario, a través de una instrucción o reglamento que fije de forma clara y concreta las condiciones de uso y las prohibiciones (totales o parciales) respecto a las herramientas informáticas que ha de utilizar el trabajador¹⁶⁸; bien a través de otros instrumentos (como el convenio colectivo)¹⁶⁹ que, de forma concluyente, muestren la ilicitud de la utilización para fines personales de las herramientas tecnológicas puestas a disposición del trabajador por la empresa.

III. Con todo, incluso en ese caso en el que quedan establecidas las reglas de actuación que debe observar el trabajador en el manejo de las herramientas tecnológicas, el ulterior control que el empresario pueda llevar a cabo, mediante el establecimiento de un sistema permanente de supervisión de la actividad laboral con cariz tecnológico (sea para verificar el uso de aquella herramienta informática, sea para directamente controlar la totalidad de la prestación laboral a través de un artilugio tecnológico), parece que ha de estar sometido (en un segundo nivel, que recuerda la construcción, ya mentada, de la «doble advertencia»)¹⁷⁰ a la adecuada observancia por el empresario de las dos siguientes obligaciones:

- a) De un lado, proporcionar la debida información, tanto de la instalación de la medida de control a los representantes de los trabajadores, *ex artículo 64.1.3 del ET* [aun cuando su omisión fue considerada carente de relevancia constitucional, con demasiada ligereza, como bien recordará el lector]¹⁷¹; como, de forma concreta y necesaria, al trabajador afectado sobre la recogida de datos (imágenes, sonidos o cualquier otra información captada y/o –obsérvese el matiz– tratada por el medio de control utilizado) así como su finalidad (de control de la actividad laboral y medio de prueba para la acreditación de los ilícitos laborales que justifique la adopción de hipotéticas futuras sanciones), conforme a lo dispuesto en el artículo 5 de la *LOPD*¹⁷².

Ahora bien, según doctrina constitucional, la no observancia de los requisitos establecidos en el artículo 5 de la *LOPD* no tiene por qué tener relevancia constitucional (aunque sí, lógicamente, pueda conllevar otros reproches de índole legal), pues, al cabo, lo importante es que el trabajador haya sido informado, siquiera de una forma tan genérica como a través de un distintivo

¹⁶⁸ STC 241/2012, de 17 de diciembre, y SSTs de 26 de septiembre de 2007 (rec. núm. 966/2006) y 8 de marzo de 2011 (rec. núm. 1826/2010).

¹⁶⁹ STC 170/2013, de 7 de octubre.

¹⁷⁰ MANEIRO VÁZQUEZ, Y.: «La vigilancia y control del trabajador a través de las nuevas tecnologías. Doctrina judicial reciente sobre su empleo como medio de prueba», cit., pág. 359.

¹⁷¹ STC 186/2000, de 10 de julio.

¹⁷² STC 29/2013, de 11 de febrero. De igual modo, recientemente, STEDH de 5 de septiembre de 2017, caso *Bărbulescu vs. Rumanía*.

de videovigilancia (o por resultar de general conocimiento en la empresa), de que se está procediendo a su control y, correlativamente, haya podido, en su caso, reclamar el acceso a los datos personales tratados a través del artilugio tecnológico de vigilancia¹⁷³.

- b) De otro lado, el respeto del principio de proporcionalidad, pues tal doctrina no puede entenderse derogada como referente en la valoración de las posibles lesiones de derechos fundamentales a través del control empresarial, aun cuando ha de ser reubicada como un criterio de cierre del sistema. En consecuencia, aún establecidas las reglas de uso e informada la adopción de la medida de control, la misma ha de ser razonable y no puede resultar abusiva o desproporcionada (sobre todo cuando la información al trabajador ha sido escasa o defectuosa)¹⁷⁴, pues en tal caso desde luego merecería reproche jurídico¹⁷⁵ y podría ser impugnada tanto por los representantes de los trabajadores, si han sido informados o tienen conocimiento del mismo por otro cauce —a través de un proceso de conflicto colectivo—, como por el trabajador individual afectado —normalmente combatiendo una medida disciplinaria empresarial—¹⁷⁶.

Quedaría la cuestión dogmática de analizar qué derecho fundamental del trabajador ha sido vulnerado en este caso; en principio, parece que la expectativa de intimidad habrá sido destruida, aun cuando es dudoso que el empresario pueda, por su sola voluntad, destruir completamente ese derecho fundamental, y siempre quedaría un reducto mínimo aplicable en el ámbito de las relaciones laborales que impide un control intensivo y abusivo por parte de la empresa¹⁷⁷; desde luego, no lo sería el secreto de las comunicaciones, pues el uso de un «canal abierto» [como sería una herramienta informática-laboral cuyo uso ha quedado estrictamente restringido por la

¹⁷³ STC 39/2016, de 3 de marzo. Siguiendo esta doctrina, SSTs de 31 de enero de 2017 (rec. núm. 3331/2015), 1 de febrero de 2017 (rec. núm. 3262/2015) y 2 de febrero de 2017 (rec. núm. 554/2016).

¹⁷⁴ La jurisprudencia más reciente exige un especial esmero en el juicio de proporcionalidad cuando la información al trabajador haya sido escasa o difusa. SSTs de 31 de enero de 2017 (rec. núm. 3331/2015), 1 de febrero de 2017 (rec. núm. 3262/2015) y 2 de febrero de 2017 (rec. núm. 554/2016).

¹⁷⁵ SSTC 98/2000, de 10 de abril, y 186/2000, de 10 de julio, sobre la doctrina previamente recogida, entre otras, en SSTC 66/1995, de 8 de mayo; 55/1996, de 28 de marzo, o 37/1998, de 17 de febrero.

¹⁷⁶ Esta escala resulta lógica si se tiene en cuenta que «el derecho a la autodeterminación informativa adelanta la frontera de protección de la ilegitimidad constitucional con respecto a los demás derechos consagrados en el artículo 18 de la CE, pues protege el tratamiento frente a los datos personales aunque no sean datos atentatorios de la intimidad de la persona (...). Pero, superada la exigencia de información, se podría entrar a valorar si la medida de control empresarial resulta proporcionada o, por el contrario, es lesiva de otros derechos fundamentales». LOUSADA AROCHENA, J. F.: «Derecho fundamental a la protección de datos personales vs. facultad empresarial de videovigilancia», cit., pág. 417.

¹⁷⁷ Así lo había reconocido ya el máximo intérprete de la CE, STC 98/2000, de 10 de abril.

empresa para fines personales] no queda protegido por el artículo 18.3 de la CE¹⁷⁸; en fin, un sistema de control abusivo y exhaustivo, cuando menos y en último término, parece que sería contrario al respecto debido a la dignidad del trabajador, consagrada en el artículo 10.1 de la CE y establecida como límite al poder de dirección en el artículo 20.3 del ET.

- IV. Cabe plantearse, para finalizar esta construcción, si existe alguna excepción a las reglas generales que debe observar la empresa (anuncio informativo y proporcionalidad) en la utilización de una medida de control tecnológica. Desde luego, las reglas que se acaban de esbozar parecen de necesaria observancia en aquellos supuestos generales en los que el empresario pretende la instalación, con carácter permanente *ad futurum*, de un sistema de vigilancia en la organización productiva¹⁷⁹.

Ahora bien, es posible que la finalidad perseguida no sea tan definitiva, sino, simplemente, se pretende un control puntual y esporádico basado en una «razonable sospecha» de incumplimiento laboral y a los efectos concretísimos de hacer acopio de prueba para acreditar tal ilícito a efectos de un despido u otra medida disciplinaria, lo cual entra de lleno en la órbita de la tutela judicial efectiva consagrada, también con rango de derecho fundamental, en el artículo 24 de la CE, y que incluye el derecho a hacer uso de los medios de prueba necesarios y convenientes¹⁸⁰.

Quizá en estos supuestos cupiera defender, de forma extraordinaria, que el empresario puede obviar la regla que le exige la entrega de información y proceder a elaborar la prueba con mayor libertad y capacidad; así lo reconoció específicamente el Tribunal Constitucional en aquel supuesto tantas veces comentado en el que el empresario tenía la «razonable sospecha» de estar sufriendo hurtos, ante los evidentes descuadres de caja que estaba padeciendo, con respecto a la debida obligación de informar a los representantes de los trabajadores (art. 64.1.3 ET)¹⁸¹.

Así también podría ser entendido, quizá, respecto a la información directa al trabajador afectado (art. 5 LOPD), aun cuando el Alto Tribunal no se pronunció expresamente sobre ello por no ser objeto del supuesto de hecho abordado en el pronunciamiento en el que hubo de enfrentar el análisis de la garantía de autodeterminación informativa del trabajador en los supuestos de control empresarial¹⁸². Al menos en este caso excepcional cabría justificar la demora en el cumpli-

¹⁷⁸ SSTC 241/2012, de 17 de diciembre, y 170/2013, de 7 de octubre.

¹⁷⁹ Que es el supuesto de hecho específicamente resuelto en la STC 29/2013, de 11 de febrero.

¹⁸⁰ LOUSADA AROCHENA, J. F.: «Derecho fundamental a la protección de datos personales vs. facultad empresarial de videovigilancia», cit., pág. 418.

¹⁸¹ STC 98/2000, de 10 de abril.

¹⁸² Pues, como se ha indicado, se trataba de un caso de instalación permanente de una medida de vigilancia. STC 29/2013, de 11 de febrero.

miento de tal deber durante el tiempo estrictamente necesario y aprovechando (en este caso sí, con fundamento) el plazo de los tres meses siguientes al registro de los datos establecido en el artículo 5.4 de la [LOPD](#)¹⁸³.

En cualquier caso, y para evitar esta incertidumbre que tal vez sea resuelta en un futuro por el máximo intérprete de la CE, una solución podría venir dada por la utilización de la posibilidad contemplada en el artículo 90.4 de la [LRJS](#) para tratar de recabar el auxilio del órgano judicial en la preconstitución de la prueba y así asegurar en lo posible su licitud en el futuro proceso, tal y como expresamente incentiva el Tribunal Supremo¹⁸⁴.

Como se ha podido comprobar a lo largo de las páginas precedentes, la protección del trabajador frente al control empresarial reforzado por la tecnología es un asunto que ofrece múltiples aristas y posibilidades. Desde luego, existen mecanismos generales que sirven para esbozar una máxima de necesaria aceptación: que el control del trabajador llevado a cabo por el empleador con soporte tecnológico es una consecuencia lógica de la informatización de la empresa en la era tecnológica, por lo que ha de ser aceptado jurídicamente, pero no de forma acrítica, sino que ha de ser rodeado de ciertas garantías que eviten la lesión de los derechos fundamentales de los trabajadores.

Aceptada esta regla general e intuitiva, resulta harto complicado precisar el cuándo y el cómo para llegar a distinguir el control empresarial lícito del excesivo; un estudio sistemático de supuestos y doctrinas jurídicas puede permitir atisbar (en un ejercicio de lógica inductiva) una regla más o menos válida, tarea a la cual, humildemente, pretende haber contribuido (siquiera de forma provisional) el estudio ahora terminado.

¹⁸³ RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: «Posibilidades y límites en el uso de cámaras de videovigilancia dentro de la empresa: a propósito de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 3 de marzo de 2016», cit., págs. 5 y ss. De igual modo, la reciente jurisprudencia de la Gran Sala del Tribunal de Estrasburgo deja abierta la posibilidad de valorar circunstancias excepcionales, como sería la «sospecha razonable de infracciones laborales». [STEDH de 5 de septiembre de 2017, caso Bărbulescu vs. Rumanía](#).

¹⁸⁴ [STS de 13 de mayo de 2014 \(rec. núm. 1685/2013\)](#).

