



FACULTAD DE DERECHO

**DERECHO DE CONTROL EMPRESARIAL
MEDIANTE NUEVAS TECNOLOGÍAS Y
SU CONFRONTACIÓN CON LOS
DERECHOS FUNDAMENTALES DEL
TRABAJADOR**

Autor: Álvaro Surma del Olmo

4º E1 Business Law

Área de conocimiento: Derecho

Tutor: Dra. D^a Ana Matorras Díaz-Caneja

ÍNDICE

LISTADO DE ABREVIATURAS

INTRODUCCIÓN

1. EL CONTROL TECNOLÓGICO EMPRESARIAL EN EL MARCO DEL CONTRATO INDIVIDUAL DE TRABAJO

1.1. Conflictividad histórica de la potestad de control empresarial enmarcada dentro de la relación laboral individual

1.2. Introducción de las nuevas tecnologías como forma de control sobre el trabajador y estudio de su creciente influencia

1.2.1. *Análisis, descripción y valoración de la situación*

1.3. Incidencia del control tecnológico en el desenvolvimiento diario del trabajo y la forma en la que afecta al mismo

1.3.1 *Uso de los recursos empresariales: tipología y problemática específica*

1.3.1.1 *Programas de monitorización de la actividad informática* 1.3.1.2 *Controles biométricos*

1.3.1.3 *Controles mediante dispositivos dotados de radiofrecuencia RFID*

1.3.1.4 *Control mediante dispositivos de grabación audiovisual*

1.3.2 *Empleo de medios propios, problemática de las políticas empresariales (BYOD)*

2. INTERESES Y DERECHOS AFECTADOS EN EL MARCO DEL EJERCICIO DEL PODER DE CONTROL EMPRESARIAL MEDIANTE RECURSOS E INSTRUMENTOS TECNOLÓGICOS

2.1. Derechos constitucionales implicados, su confrontación y equilibrio

2.1.1. *Potestad de control empresarial dentro del escenario laboral contemporáneo*

2.1.2. *Incidencia del control empresarial en el derecho a la Intimidad*

2.1.3. *Relevancia del derecho a la protección de datos en el control empresarial*

2.1.3.1 *Marco normativo nacional referente a la protección de datos*

3. ANÁLISIS DEL MARCO REGULADOR DEL CONTROL EMPRESARIAL

3.1. Parquedad del marco normativo de referencia a efectos de las TIC en el marco jurídico laboral

3.2. Relevancia de la jurisprudencia como medio de regulación *de facto*

3.2.1. *Evolución jurisprudencial hasta la sentencia del caso “Barbulescu”*

4. SUMARIO Y CONCLUSIONES

LISTADO DE ABREVIATURAS UTILIZADAS

BYOD: *Bring your own device*

CE: Constitución Española

CEDH: Convenio Europeo de Derechos Humanos

CM: Consejo de Ministros

ET: Estatuto de los Trabajadores

INE: Instituto Nacional de Estadística

LFRFA: Ley Fundamental de la república Federal de Alemania

LO: Ley Orgánica

LOPD: Ley Orgánica de Protección de Datos

RFID: *Radio Frequency Identification*

SSTC: Sentencias del Tribunal Constitucional

STC: Sentencia del Tribunal Constitucional

STEDH: Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

STSJ: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia

TC: Tribunal Constitucional

TEDH: Tribunal Europeo de Derechos Humanos

TICs: Tecnologías de la Información y de la Comunicación

TJUE: Tribunal de Justicia de la Unión Europea

INTRODUCCIÓN

El objetivo de este trabajo consiste en pretender dirimir el equilibrio entre los derechos fundamentales inherentes al trabajador y el derecho de control empresarial de las obligaciones laborales, estableciendo el foco principalmente en el haz de derechos que engloba el derecho fundamental a la dignidad, y como éste se ve afectado por el control realizado mediante nuevas tecnologías.

Precisamente es la aparición de estas nuevas tecnologías las que marcan el punto clave de este trabajo, dada la relevancia que en las últimas décadas han tomado como medio para la realización de las funciones laborales así como para muchos otros aspectos dentro de la vida ordinaria. Se pretenderá esclarecer dentro de este estudio hasta que punto de la vida del empleado, el empresario está legitimado a acceder a la hora de ejercer su función de control.

Se busca de igual forma establecer de forma clara y desarrollada mediante qué medios se ha llevado realizando dicha función y cuales son los límites establecidos, mediante jurisprudencia principalmente, para cada uno, estableciendo patrones entre ellos e intentando concretar cuales se repiten como norma general, siendo éstos el fin del rango de actuación de las actividades englobadas en el derecho de control y el principio de la esfera englobada por los derechos derivados del derecho a la dignidad de la persona, reflejados en este caso en la figura del trabajador.

La aparición de las nuevas tecnologías ha supuesto un cambio radical en la forma de entender el entorno laboral y como se desarrollan las obligaciones y las relaciones entre las partes implicadas. Ha permitido unos niveles de desarrollo y optimización de recursos hasta ahora desconocidos, y sobre todo una mejora cualitativa exponencial en la rapidez de las comunicaciones, sistemas de seguridad etc. que ha conllevado a su vez a diversos problemas que se analizarán en momentos posteriores, sobre todo en lo referente a conflictos de los derechos anteriormente mencionados.

Con respecto al estado de la cuestión, se ha tenido en cuenta tanto la literatura más relevante en un recorrido diacrónico que recogiera los antecedentes sobre el tema, como aquélla más reciente que nos proporcionara un panorama significativamente actualizado. Se ha procedido principalmente al estudio de doctrina y jurisprudencia. Han sido especialmente determinantes autores como Goñi Sein, que, principalmente, han dedicado numerosos libros y artículos doctrinales al estudio de los derechos fundamentales del

trabajador como límite para la potestad del control empresarial derivado del derecho constitucional de la libertad de empresa. A su vez, el teórico más destacado a efectos de este trabajo ha sido Eugenio Lanzadera-Arecibia, cuya producción bibliográfica se halla enfocada al análisis del control empresarial mediante el uso de nuevas tecnologías y su confrontación con los derechos de los empleados. Asimismo, este autor ha sido determinante a la hora de obtención de bibliografía adicional y como fuente de jurisprudencia relevante.

La doctrina y la jurisprudencia han sido los pilares en los cuales se ha basado el trabajo, tal como se verá a continuación. Esto es debido a que la gran mayoría de referencias que se utilizan para la satisfacción de pretensiones derivadas de posibles abusos en la actividad de control de las funciones laborales no tienen una normativa aplicable al efecto más allá de ciertos artículos del Estatuto de Trabajadores y normas referidas a la protección de datos. Esto tiene como consecuencia la aplicación, casi en exclusiva, de la jurisprudencia como referencia para dirimir conflictos laborales de esta índole.

Es por ello que las referencias a legislación a lo largo del trabajo son limitadas ya que la base teórica ha tenido que sostenerse en las ya mencionadas fuentes jurisprudenciales y fuentes de carácter doctrinal. Estas últimas basadas tanto en artículos de investigación de carácter docente, como en manuales de derecho laboral, y en artículos y *newsletters* provenientes del sector privado que han analizado los acontecimientos marcados por nuevas líneas jurisprudenciales, tanto en el ámbito nacional como en el internacional. Esto ha permitido que, en un tema que hace especial incidencia en el sector laboral privado, se entienda cómo afecta la falta de legislación y los nuevos límites y matices establecidos por los jueces, que necesariamente han ido marcando la actuación empresarial.

A su vez, y dado que el único límite que se establece en normativa nacional a nivel legal se basa en el derecho inherente a la dignidad de cada persona, se ha visto reflejada la especial relevancia que tiene el derecho constitucional en el tema sobre el que versa este trabajo. Se ha procedido a realizar un análisis objetivo de los ámbitos que abarcan los derechos fundamentales afectados, desde el derecho a la dignidad en sentido amplio, que se ve luego reflejado a niveles específicos, hasta el derecho a la intimidad y los derechos al honor y la propia imagen, todos ellos afectados por los nuevos métodos de control en medios tecnológicos. Dado el carácter fundamental de estos conceptos ha sido necesario, por la propia coherencia de nuestra investigación, hacer un análisis histórico

de los mismos, desde su aparición en forma primitiva a finales del siglo XIX hasta las teorías más actuales en las cuales se refleja la incidencia de las nuevas tecnologías y las concepciones sobre el ser humano que, evidentemente, han cambiado progresivamente a lo largo de dos siglos.

En cuanto a los objetivos del trabajo es posible diferenciar entre los generales y los específicos. El objetivo general ha sido, mediante un estudio global de todas las materias y ámbitos del derecho que influyen en la cuestión objeto de estudio, sintetizar de la manera más clara posible, los límites y elementos que marcan, a raíz de resoluciones judiciales y trabajos teórico-doctrinales, el equilibrio existente entre los derechos de las partes afectadas en la labor del control empresarial en la era digital, por una parte; y, por la otra, cómo dicho equilibrio ha ido variando a lo largo de los años según han aparecido nuevos métodos de trabajo, que han modificado el proceso productivo y han aportado una eficiencia y optimización de los recursos tanto temporales como materiales, pero que, a su vez, también han supuesto nuevas formas de control que igualmente han visto proporcionalmente aumentada su eficacia en detrimento de, sobre todo, de la intimidad del trabajador.

Específicamente se ha pretendido analizar también, todos los temas transversales que atañen al control empresarial, así como aquéllos en los cuales el control empresarial incide de manera indirecta. Es decir, no sólo los evidentes en una primera impresión, que serían los derechos fundamentales del trabajador y el derecho al control de las obligaciones laborales por parte del empleador, sino todos los ámbitos jurídicos que influyen de manera directa e indirecta en ellos y los que a su vez se ven afectados por los primeros. Así pues, se ha incidido en temas como la relevancia de los nuevos medios tecnológicos en la vida personal del trabajador, y cómo su uso, ha supuesto una disolución cada vez mayor entre los límites de la vida privada y el ámbito laboral. Esta separación antaño estaba claramente definida y acotada por un ámbito espacial y temporal que no tenía forma de ser recortado debido al carácter eminentemente presencial que tenía el trabajo, por la inexistencia de recursos tecnológicos.

En este trabajo se han aplicado diferentes metodologías con la finalidad de cubrir los distintos objetivos estipulados. En primer lugar, y de manera general, se ha utilizado el método propio de toda investigación de contenido teórico, también, por tanto, propia del Derecho. Para ello se han consultado y dado cuenta de las fuentes de reflexión epistemológica, yendo de lo general a lo particular en el análisis del estado de la cuestión. Asimismo, se han aplicado tanto los criterios de diacronía como los de sincronía. Los

primeros, en la relación de antecedentes y en la descripción de la evolución histórica de los conceptos y fuentes traídos a estudio; los segundos en la exposición del estado actual de la cuestión. Finalmente, se ha utilizado el procedimiento correspondiente al Derecho Comparado para contrastar las fuentes citadas, tanto en su evolución histórica, como en su comparación entre la legislación de los diferentes países o con respecto a la Unión Europea.

En lo referente a la estructuración del trabajo se ha seguido una indexación que ha pretendido ser acorde a la metodología utilizada y funcional en cuanto a los objetivos estipulados. Se ha introducido en primer lugar los puntos de análisis del problema general que supone la conflictividad de la relación laboral. Se ha comenzado por una contextualización histórica para poder entender el marco laboral actual en base a los avances en lo referente a derechos de los trabajadores desde el asentamiento del ámbito laboral como lo entendemos hoy en día. Es decir, partiendo de la primera Revolución Industrial hasta llegar al momento actual, haciendo especial incidencia en el peso de la tecnología como medio productivo y de control.

Posteriormente se ha analizado los medios de control concretos que más relevancia han tenido desde la aparición de las TICs en el abanico de posibilidades más amplio dentro de nuestras limitaciones: desde los medios de videovigilancia hasta dispositivos de control por radiofrecuencia, pasando por dispositivos como *smartphones* y recursos como el correo electrónico. En cada uno de esos apartados se ha analizado los límites concretos que afectan a todos los dispositivos en base jurisprudencia y artículos doctrinales relevantes dentro de cada modo de control. Esto ha permitido entender las diferencias y los puntos en común entre ellos, consiguiendo una visión global de los medios tecnológicos como herramienta de control de las obligaciones laborales y su incidencia en los derechos fundamentales del trabajador.

Una vez identificados los mismos, dentro del segundo punto del índice el estudio procede a centrarse en su análisis, su alcance, y el equilibrio entre ellos, tratando sus pormenores y su confrontación dentro del ámbito jurídico en base a su alcance objetivo. El último subapartado servirá como transición y enlace con el punto tercero, que hace incidencia en la falta de derecho positivo aplicable al ámbito del estudio y su regulación *de facto* mediante líneas jurisprudenciales, tanto a nivel nacional como comunitario, analizando su evolución y cómo ha desembocado en la Doctrina Barbulescu dictada por la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que ha sentado los límites del control empresarial, concretamente en lo referente a la monitorización por parte del

empleador del trabajo del empleado y que presumiblemente derivará en preceptos legislativos en un futuro, que habrán de seguir dicha doctrina.

Para terminar, a modo de sumario, se ha realizado un repaso a los puntos clave que se han podido dilucidar en el estudio y análisis realizado a lo largo de la labor de investigación, haciendo especial mención a los límites que marcarán a partir de ahora la función de control empresarial.

Y, finalmente, se han presentado las conclusiones de nuestro estudio.

1. EL CONTROL TECNOLÓGICO EMPRESARIAL EN EL MARCO DEL CONTRATO INDIVIDUAL DE TRABAJO

1.1 Conflictividad histórica de la potestad de control empresarial enmarcada dentro de la relación laboral individual

Viene sucediéndose, desde la mercantilización de la sociedad, una batalla en el ámbito de las relaciones laborales individuales entre los derechos de las dos partes implicadas en el mismo. Aparece en la parte empleadora la pretensión de control al trabajador dentro del espacio laboral, fundamentado en el derecho de control empresarial, que se enfrenta continuamente a los derechos fundamentales inherentes a cada persona y, por ende, recogidos en la figura del trabajador.

Los derechos personales surgen durante el periodo codificador, concretamente el derecho a la intimidad aparece inicialmente mencionado en la *Declaración Universal de Derechos Humanos* de 1948; y se introducen en las constituciones occidentales a lo largo del siglo veinte (en el caso español no aparece hasta 1978, con la promulgación de la *Constitución*), tal como recoge Eugenio Lanzadera Arecibia en su tesis *La eficacia del derecho a la intimidad en el entorno digital y su protección. Especial referencia a la relación laboral*, donde proporciona una interesante visión de conjunto en cuanto al desarrollo histórico del derecho a la intimidad. Vemos cómo desde la época romana ha ido oscilando la amplitud del mismo. Aparece mencionado por ejemplo el caso de los cargos públicos en Roma y cómo se limitaba el haz de influencia de la intimidad a un reducto inimaginable para con respecto a los cánones en los que hoy en día nos basamos.

Surge en época moderna un primer intento de construcción teórica del derecho a la intimidad en el derecho anglosajón. El juez Thomas M. Cooley (Cooley, 1868) pretende construir a partir de la segunda, tercera y cuarta enmienda de la Constitución Americana una primera definición del derecho a la intimidad a basada en los preceptos nucleares recogidos inicialmente en el texto constitucional estadounidense. Surgen otras figuras doctrinales posteriores desde finales del siglo XIX en Estados Unidos, que van desarrollando el concepto de derecho a la intimidad de forma paulatina en términos que se aproximan más a la idea actual del mismo, aumentando su área de influencia a aspectos tales como el de la información relativa al sujeto. Continúa elaborándose, mediante

jurisprudencia de las cortes y a raíz del conocido como derecho a la privacidad, una creación de nuevos haces del derecho a la intimidad. Sobre todo, en lo relativo a garantías del ciudadano frente al Estado, estas regulaciones van estableciendo límites al poder estatal a la hora de realizar registros e intromisiones en la vida del ciudadano. Y, paralelamente, significan también límites a la posible intromisión de los medios de comunicación en la vida privada de los personajes públicos. Así el panorama se va construyendo una nueva concepción del ‘primitivo’ derecho a la privacidad deviniendo en lo que hoy en día conocemos como derecho a la intimidad.¹

A raíz de la positivización del derecho de la intimidad y de los demás derechos relativos a la persona, generalmente en el nivel constitucional, se comienza la calificación de sujeto activo del derecho al individuo. Encontramos diversas teorías relativas al enfoque doctrinal del derecho a la intimidad, de las que es posible diferenciar entre las teorías de las esferas, cuyo principal desarrollo se da en el derecho alemán cuya principal aportación doctrinal la realiza Hubbmman (Cervini, 2008), y las teorías mosaico.

Desde un punto de vista objetivo, los derechos personales aparecen principalmente para garantizar la integridad del individuo, entendida ésta de forma amplia. Es decir, de manera que englobe todos los aspectos, tanto físicos como psíquicos, que pueden verse afectados por la intromisión de un tercero. Si bien en un primer momento se comienzan a desarrollar los derechos personales atendiendo a la preocupación del ciudadano de verse sometido a registros, interrogatorios, fiscalizaciones etc. por parte del Estado, rápidamente se interpreta, desde la jurisprudencia americana, que dichas garantías deben englobar intromisiones concretas, creando paulatinamente una lista pormenorizada a raíz de la casuística.

Por ende, no es posible hablar de *numerus clausus* con respecto a las primeras apariciones de los derechos personales atendiendo al proceso mediante el que surgieron. De igual manera, tampoco se puede afirmar decir que hoy en día exista una lista objetiva de vulneraciones, sino que más bien, en la mayoría de los textos constitucionales, lo que el legislador pretende es definir de manera concreta las esferas personales del individuo que merecen especial protección. Los límites marcados, tanto en el derecho a la intimidad como, por ejemplo, en la protección de datos, han venido dados de forma constante por la jurisprudencia. Tal como se verá en los capítulos posteriores, dichos límites han ido evolucionando en diversas líneas jurisprudenciales, no necesariamente evolutivas a una

concepción más garantista, buscando, más que una protección progresiva del individuo, la definición de una forma clara de cuáles son los límites en las intromisiones y sus justificaciones. Y, en muchos casos, más que una equivalencia clara, lo que encontramos es un análisis pormenorizado *ad casum* por parte de los Tribunales.

Evidentemente, de forma indiscutible, los derechos personales son objeto de protección por parte de la ley. Y no una simple protección. Es decir, atendiendo a la gran mayoría de los textos constitucionales, tal como se puede observar realizando un simple estudio de derecho comparado con respecto a los sistemas jurídicos, principalmente occidentales (LFRFA, 1949), dichos derechos cuentan con la máxima protección posible, generalmente en textos constitucionales u otros de rango equivalente, como puede ser la Ley de Bonn (LFRFA, 1949).

Aun contando con la máxima protección, esto no significa que sean derechos absolutos o ilimitados. Si bien se especifica tácitamente, con la inclusión de los mismos en los textos de máxima relevancia dentro de los sistemas jurídicos, que son merecedores de una especial protección, no es menos cierto que existen otros derechos de igual rango que colisionan con ellos. A su vez, existen límites inherentes a la propia configuración del derecho. Esto es, que surgen con el propio derecho, como podría ser la legitimidad de publicación de hechos verídicos siempre que sean de interés público; y en ningún caso condiciona el derecho a la información, aun siendo ésta privada (Lanzadera Arecibia, 2017).

Es por ello que el objeto de este trabajo va consistir en dirimir concretamente el posible equilibrio entre los derechos personales (estableciendo el foco de manera especial en el derecho a la intimidad personal) y el derecho de control empresarial, englobado en el también constitucional derecho de libertad de empresa. Nos centraremos en este estudio en esclarecer hasta qué punto tiene derecho el empresario a inmiscuirse dentro de la esfera personal del trabajador. La cuestión se complica si se atiende a la aparición de los nuevos medios tecnológicos, tales como los de grabación de imágenes y sonido; si se tiene en cuenta la posibilidad de acceso a la correspondencia en medios electrónicos, como pueden ser el correo o las aplicaciones de mensajería instantánea; si se estudia cómo varía la potestad del empresario según en qué dispositivos se encuentren éstas; o si se considera la aparición de las políticas BYOD (*Bring your own device*) en el ámbito empresarial, que pretenden regular hasta qué punto el empresario puede controlar el desempeño de la función laboral del empleado de forma telemática en su propio dispositivo.

La aparición de esta tecnología ha supuesto en los ámbitos empresariales un aumento exponencial de la productividad, así como la aparición del conocido como trabajo a distancia. Todo ello ha supuesto, de muchísimas maneras, un desarrollo y complicación sin precedentes en campos como la conciliación laboral, la efectividad, la comodidad, la satisfacción, que, en resumen, han permitido avanzar de muchas formas al ámbito laboral.

Se habla en muchos sentidos de una nueva revolución que ha dejado obsoleto el modelo productivo industrial al uso. Dicho modelo se ha visto renovando completamente en numerosos campos, sobre todo en el ámbito relacionado con el sector terciario de la producción. Y todo esto ha tenido lugar a una velocidad asombrosa, que, evidentemente, los distintos órganos reguladores, que deberían haberse anticipado a la aparición de los mismos, no han podido seguir. Se ha dado así una suerte de *vacatio legis* espaciada de forma temporal, cuya consecuencia ha sido que los órganos jurisdiccionales hayan tenido que suplir la ausencia del legislativo de forma continuada en lo referente a este campo. Dicha queja se deja ver en numerosas publicaciones doctrinales que achacan a esa deficiencia regulatoria los diversos problemas que han ido surgiendo a lo largo de las últimas décadas. A esto hay que sumarle, además, la evidente inseguridad jurídica que ello conlleva y que las empresas han tenido que sufrir. Este fenómeno se analizará asimismo en los capítulos que siguen.

1.2. Introducción de las nuevas tecnologías como forma de control sobre el trabajador y estudio de su creciente influencia en el ámbito laboral.

1.2.1. Análisis, descripción y valoración de la situación

Conforme han ido apareciendo medios informáticos en la sociedad, igualmente, éstos se han ido introduciendo continuamente al ámbito laboral como forma de optimización del proceso productivo, como facilitadores de la conciliación entre los ámbitos familiares y laboral, y se ha elaborado el concepto de trabajo a distancia. Podemos dar cuenta de un listado concreto de las ventajas conseguidas por la introducción de las TIC en el proceso productivo de las empresas (Tascón López, 2017)

En primer lugar y centrándonos en el sector terciario, que es principalmente donde se pueden encontrar los modelos y transformaciones que más han afectado al tema que atañe que a este trabajo, encontramos como entorno problemático por antonomasia el uso de los servicios de correo electrónico y mensajería instantánea, y su control por el empleador siempre y cuando éstos hayan sido utilizados por el empleado en horas de trabajo y en dispositivos facilitados por el empleador. A partir de una amplia casuística, vemos que la intromisión del empleador en estos medios ha supuesto, desde su aparición, el punto que ha suscitado la mayor parte de las controversias. El cénit de estos conflictos lo ha marcado el conocido como caso Barbulescu (STEDH5/9/2017) que ha sido dirimido por la corte de Estrasburgo tras un largo proceso en diferentes instancias judiciales. Ha supuesto lo que intuimos, van a ser los límites a los cuales las presumibles futuras normas de los órganos legislativos pertinentes van a tener que amoldarse. Hasta llegar la sentencia de Barbulescu por Estrasburgo hemos encontrado numerosos casos en los cuales el poder controlador del empresario se ha ejecutado mediante la utilización de las nuevas tecnologías. Como ya hemos dicho, el principal problema aparece en la utilización de métodos de control del empresario para vigilar la correspondencia electrónica. Con respecto a esto surgen principalmente dos problemas y conflictos de derechos que estaban aún por dirimir.

Para empezar, se ve afectado el secreto de correspondencia. El secreto de correspondencia no había supuesto, hasta la aparición de las nuevas tecnologías un supuesto que hubiera generado un problema en el ámbito laboral, excluyendo los casos en los cuales la vulneración de dicho secreto tuviera alguna relación con el control empresarial, más allá de supuestos de espionaje empresarial e industrial (Lanzadera-Arecibia E. 2017, p.123). Sin embargo, la aparición del e-mail, y posteriormente el resto de los servicios de mensajería instantánea, han permitido que el tráfico de información entre las mercantiles aumente de manera exponencial y, a su vez, han facilitado que la relación empresa consumidor sea de muchísima más efectividad, continua y real. Dada la enorme aplicación de estos medios en el ámbito empresarial y la relevancia que han adquirido para el normal desarrollo del negocio en un lapso de tiempo muy breve, llega a ser comprensible que el poder de control empresarial se haya extendido a estas herramientas. Vemos en jurisprudencia de Tribunal Supremo, que aparecen conflictos referidos a ellas medios desde principios de los años 2000 (STC 70/2002, FJ 9º)

Se entiende tanta conflictividad por la ya mencionada relevancia de estos medios como uno de los entornos, evidentemente digital, donde se realiza la preparación de numerosos acuerdos, órdenes dentro de la estructura jerarquizada de la empresa, etc., y como simple medio de comunicación entre los recursos humanos de la empresa, dada la facilidad que supone comunicarse a través de ellos. Evidentemente, dicha facilidad también supone que los empleados puedan usar estos medios, proporcionados por la empresa para el desarrollo de forma óptima de su función dentro de la compañía, para otros fines distintos de los laborales (comunicaciones personales, conversaciones de índole sexual etc.). Esto conlleva que la intromisión del empresario en estas comunicaciones pueda suponer una vulneración del derecho a la intimidad según las características concretas de las conversaciones que el empresario encuentre en su función de control sobre los empleados. La comprobación, principalmente, se lleva a cabo de forma aleatoria sobre un empleado, durante un periodo de tiempo concreto, atendiendo al modo general que en jurisprudencia se ha podido observar. Se entiende que se realizan dichos controles para poder comprobar si el empleado, en sus horas laborales, está dedicando su tiempo efectivamente al trabajo o, por el contrario, amparado por el hecho de que la imagen que se transmite puede ser la de estar trabajando, dedicar su tiempo en los soportes informáticos a otras actividades distintas.

Hasta aquí, el control es comprensible dado que a priori es la única forma de poder conocer, desde la dirección de la empresa, si el trabajador es productivo o si, por el contrario, un trabajador que aparentemente es diligente en su trabajo dedica su tiempo a fines distintos. Este caso, quedaría claramente englobado en el supuesto recogido en el artículo 20.3 del Estatuto de los Trabajadores de vigilancia y control empresarial. Esto no suscitaría ningún problema en principio. Sin embargo, como se ha apuntado anteriormente, los conflictos surgen si, además de descubrir que el empleado no es diligente en su puesto de trabajo, se descubre, mediante la monitorización de los dispositivos y el control de las misivas enviadas por medios electrónicos, información de marcado carácter personal o sensible desde la perspectiva del derecho a la intimidad

El segundo de los puntos más relevantes es la grabación de imágenes y sonidos por medios electrónicos. En general, atendiendo a los usos empresariales se utilizan dichos dispositivos, generalmente cámaras de grabación audiovisual, para la seguridad en los establecimientos mercantiles donde se realiza el comercio y tráfico empresarial; en los establecimientos industriales donde se lleva a cabo la línea de producción; y, en general, en establecimientos afectos al desarrollo de la actividad normal del tráfico mercantil que

precisen de una seguridad especial. Es legítimo el uso de dichos dispositivos, acorde a lo expresado en la ley orgánica de protección de datos, siempre bajo la sumisión de que las situaciones en las que se utilicen sean acordes a lo expresado en dicha ley. Sin embargo, se han dado casos, volviendo a atender a la jurisprudencia, en los cuales se han utilizado esos medios para la vigilancia del trabajo de los empleados.

Queda claro que la utilización de los mismos para descubrir, por ejemplo, que un empleado ha sustraído bienes empresariales (al igual que si la sustracción se ha realizado un tercero ajeno) sería completamente legítima. Sin embargo, encontramos casuística (STSJ del País Vasco, de 30 de junio, 2008) en la cual los medios de grabación audiovisual se han empleado en ocasiones como método de control a los empleados. Se aleja, pues, el supuesto tasado para la utilización de los medios de grabación audiovisual del fin que se les da. Y surge, por tanto, un problema ya que nos encontramos en una laguna legal, que ha sido suplida, como en la mayoría de casos que vamos a estudiar, por la acción jurisprudencial.

La delegación de los límites que tiene el empresario a la jurisprudencia deriva del hecho de que en el estatuto no se definan de forma clara, ni de ninguna forma en realidad, los medios mediante los cuales el empresario puede llevar a cabo la labor de vigilancia y control del trabajo. La norma se limita a anotar que los medios utilizados respondan a los fines anteriormente mencionados, es decir, que se rija por el principio de idoneidad. Lo cual deja un amplio margen de actuación que puede devenir en vulneraciones a los derechos personales recogidos en la figura del trabajador en tanto en cuanto éste es ciudadano.

Según la definición que ofrece Martínez Fons (2005) de medio de vigilancia, “cualquier medio o mecanismo de vigilancia -consiguientemente con vocación de permanencia- que permita, de forma sistemática, obtener la información idónea y suficiente para satisfacer la verificación del comportamiento observado en relación con los estándares establecidos inicialmente, completando, de este modo, el objetivo del control”

Junto con las medidas de grabación de audiovisual y registro de la correspondencia llevada a cabo medios electrónicos encontramos los medios electrónicos de registro del tiempo de trabajo. Dichos medios se utilizan para lo que comúnmente se conoce como ‘fichar’. Permiten saber de forma concreta y fiable las horas que el trabajador pasa en su puesto de trabajo y conocer el absentismo laboral; y, a su vez, ser utilizadas a efectos de cómputo del salario en función de las horas trabajadas. En un principio, dicho control

parece también realizado al amparo de lo recogido como facultad de control y vigilancia empresarial, sin embargo, tal como recoge Lanzadera Arecibia (2017) existen supuestos concretos en los cuales estos controles pueden suponer un ataque a la intimidad del trabajador.

Supongamos pues que, observando la cultura laboral afianzada en este país, un empleado hace uso del derecho a una pausa, reconocida en el convenio que regula su relación contractual. Durante esta pausa prevista puede ocurrir que el trabajador lleve a cabo alguna acción prohibida en los estatutos de la empresa. Mediante el conocimiento de la realización de la pausa el empresario podría llegar a conocer alguna conducta reprobable que sin este método no podría haber llegado a saber. Encontramos así una intromisión del empresario en la esfera personal del trabajador, que realiza una acción pensando que se encuentra fuera del ámbito del derecho de control y vigilancia. En estos casos, atendiendo a lo recogido por Lanzadera Arecibia (2017), el condicionante se encontraría en la prohibición expresa dentro de los códigos reglamentarios que rijan los horarios laborales dentro de cada empresa en concreto. Sería legítimo, entonces, realizar una acción sancionadora siempre que por parte del trabajador se llevara a cabo una acción expresamente prohibida.

Por otro lado, atendiendo a la cultura laboral, durante los últimos años se ha venido instaurando la práctica de dotar al empleado con herramientas como ordenadores portátiles, *smartphones*, *tablets* y numerosos dispositivos electrónicos por parte del empleador para llevar a cabo el desempeño de la función laboral de forma óptima. Ocurre que estos dispositivos están dotados de elementos geolocalizadores y, además, incluyen dentro de sus funciones los elementos sujetos a control empresarial mencionados anteriormente. Existe, pues, un alto riesgo de que el empresario, analizando dichos dispositivos dentro de su facultad de control, acceda de forma inevitable a numerosos datos personales del trabajador (meras conversaciones entre compañeros, comunicaciones con personas incluidas en la esfera de relaciones personales del trabajador que ha tenido en su poder el dispositivo, o hasta el historial de búsquedas de carácter personal en los navegadores de internet). Es obvio que el empleador accederá a toda esta información claramente perteneciente a la vida privada del trabajador. Entra así el empresario en un ámbito que definitivamente está excluido de sus facultades de control y vigilancia. Posteriormente analizaremos en los siguientes apartados los límites que encontramos en la vigilancia de estos dispositivos por parte de la empresa. Pero sí que

cabe hacer aquí mención a la especial protección que debe regir la actuación del empresario para con estos datos de marcado carácter personal del trabajador.

A su vez, está la cuestión del trabajo a distancia que ha ido apareciendo durante los últimos años como consecuencia de la informatización del trabajo. Este claro avance en relación a aspectos tales como la conciliación laboral, puede llevar a que el control empresarial se traslade a la propia residencia del trabajador, evidentemente no de forma física (inviolabilidad del domicilio, razones operativas), lo cual puede suponer una clarísima vulneración del derecho a la intimidad. Es por ello que, en los casos de teletrabajo o trabajo a distancia, el control empresarial y vigilancia deben llevarse a cabo con un especial cuidado dado que el control incidirá en campos eminentemente privados. Encontramos, tal como explica de la Villa Gil (2006), presupuestos tasados en los cuales el empresario puede ejercer el control en esta forma de trabajo. A su vez, volvemos a la recurrente insuficiencia legislativa en el caso del artículo 13 del Estatuto del Trabajador. Teóricamente, en éste se regula el trabajo a distancia, pero sin dar ningún tipo de tasación de presupuestos concretos que pudieran esclarecer hasta dónde llega la potestad de control del empresario en estos casos. No encontramos tampoco ningún desarrollo reglamentario que esclarezca la manifiesta insuficiencia del Estatuto.

1.3. Incidencia del control tecnológico en el desenvolvimiento diario del trabajo y la forma en la que afecta al mismo

1.3.1 Uso de los recursos empresariales: tipología y problemática específica

En el punto anterior hemos descrito cómo el empresario ha ido introduciendo nuevas tecnologías para asegurar el correcto desempeño del trabajo por parte del empleado, aumentando, como se ha expuesto anteriormente, la productividad, optimizando el tiempo de trabajo etc. Atendiendo a los datos que ofrece el Instituto Nacional de Estadística, sobre el uso de las TIC en el ámbito empresarial, observamos que en 2017 la práctica totalidad, concretamente el 99,57% (INE, 2017) de las empresas con más de 10 trabajadores contaban con medios informáticos para el desarrollo de su negocio. Esto nos permite tomar conciencia sobre la relevancia que tienen hoy en día los recursos

informáticos en las empresas españolas, pudiendo extrapolar este dato a cualquier país occidental y prácticamente a nivel global.

De ahí, ha surgido la problemática que supone el control sobre dispositivos entregados por el empresario, pero que pueden estar sujetos a control por parte del empresario y, a su vez, pueden ser susceptibles de contener información eminentemente privada del empleado. Se ha incluido la prohibición general de utilizar dichos dispositivos para fines personales, intentando evitar de esta forma que el empresario pueda, en cualquier caso, acceder a información particular del empleado. Por otro lado, desde la Sentencia de Barbulescu ha quedado claro que, dejando claro el conocimiento por parte del empleado de que el dispositivo empresarial puede estar sujeto a vigilancia, se legitima al empresario al acceso absoluto a los medios por él suministrados, independientemente de cuál sea la carga de la información que pueda encontrar el empresario en el dispositivo o en el medio que esté utilizando el empleado para comunicarse, siempre que se trate de instrumentos de propiedad empresarial.

Esto es, en cierta forma, un avance para el derecho de la intimidad del trabajador, ya que, una vez haya sido informado éste de que existe una prohibición explícita de utilización de los medios empresariales para fines personales, su uso supone una transgresión grave de la confianza empresarial y es un presupuesto para poder iniciar un procedimiento sancionador sobre el empleado que puede derivar en el despido, tal como ocurre como norma general, o al menos servir como presupuesto para la apertura de un expediente sancionador al empleado. Evidentemente, la consecuencia derivada del mismo estará condicionada por la gravedad de la transgresión que se analice en el proceso sancionador.

1.3.1.1 Programas de monitorización de la actividad informática

El principal medio que tiene el empresario para controlar el flujo de información que realiza el empleado desde el dispositivo empresarial, consiste en el empleo de los conocidos como ‘programas espía’. La utilización de los mismos viene siendo aceptada como prueba de forma generalizada, tal como podemos observar en numerosas sentencias de audiencias provinciales de manera reiterada desde aproximadamente 2012 (STSJ de Asturias de 17 de noviembre, 2013) (Lanzadera Arcibia, 2017, p. 30). En ciertos casos

el desconocimiento del trabajador de que su equipo está siendo monitorizado no implica una vulneración del derecho a la intimidad, siempre y cuando haya una prohibición expresa previa de utilizar dicho equipo para fines personales y exista una sospecha fundada de que el trabajador está realizando hechos contrarios a la política empresarial. Tenemos, por ejemplo, el caso que trata la sentencia del TSJ Andalucía del 14 de mayo de 2015 (STSJ de Andalucía, 2015) En la misma se encuentra la utilización de un programa espía que monitorizó la actividad de un empleado quien, mediante sus conocimientos tecnológicos, había conseguido burlar el control estándar que el empresario tenía sobre los equipos informáticos de la empresa. Se entiende por parte del tribunal que, existiendo sospecha fundada y razonable y cumpliendo la medida el principio de idoneidad para poder contrastar la sospecha, no incide la misma en la intimidad del trabajador.

En lo referente a la monitorización de las comunicaciones provenientes de los dispositivos conocidos como *smartphones*, existen diferentes soluciones teniendo en cuenta que estos dispositivos son en sí mismos un equipo informático que permite llevar a cabo comunicaciones en múltiples formatos. Si por ejemplo la vigilancia repercutiera únicamente en los correos electrónicos nos remitiríamos a las normas fijadas por el TEDH en las sentencias Barbulescu (STEDH/2017/61), Copland (STEDH3/4/2007) etc. referentes a la monitorización de las comunicaciones escritas.

Sin embargo, se vienen dando casos en los cuales se utilizan los controles en la grabación de llamadas telefónicas para ser presentadas en procesos sancionadores laborales o en los procesos judiciales. Estas situaciones pueden ser propiciadas tanto por la parte empleadora, para dejar en evidencia casos en los cuales el trabajador acepta acusaciones o realiza comentarios que evidencian la acción que se pretende probar, como por parte del empleado en casos en los cuales se pretenda probar abusos por parte del empleador para con él. Aparece, como en la mayoría de los casos que nos atañen, normas provenientes de la jurisprudencia, en este caso procedentes del Tribunal Constitucional. Se acepta desde la Sentencia del Tribunal constitucional 114/1984 que el secreto de comunicaciones no puede ser oponible a quien tomó parte en la comunicación, tal como se explica en la Tesis de Eugenio Lanzadera Arcibia (2017). Por lo tanto, entiende el Tribunal Constitucional que la grabación de las comunicaciones verbales no transgrede el secreto de las comunicaciones que se contempla en el artículo 18.1 de la constitución. Por lo tanto, y atendiendo a la sentencia, entendemos que el presupuesto que valida la presentación de grabaciones orales como prueba radica en que la misma sea presentada

por alguna de las partes que intervinieron en la conversación. A raíz de la sentencia anteriormente mencionada se ha ido aplicando dicho criterio en numerosos litigios (Lanzadera Arcibia, 2017, p. 932).

1.3.1.2 Controles biométricos

Otro de los métodos de control empresarial que han ido apareciendo en los últimos años consiste en la aplicación de controles biométricos en el espacio laboral para constatar la presencia del individuo en el entorno donde se desarrolla el trabajo. Se ha mencionado en el punto anterior cómo puede este control suponer una vulneración de los derechos fundamentales del trabajador. El uso de estos métodos es legítimo, siempre y cuando la utilización de los mismos no derive en la intromisión del actor que realiza la vigilancia en el ámbito personal del trabajador, ya se consiga esta vulneración de forma voluntaria o involuntaria.

Los controles biométricos permiten identificar a una persona mediante alguna característica personal de carácter único en cada individuo. Uno de los medios biométricos de identificación más extendido es, por ejemplo, la huella dactilar. La principal ventaja de estos medios es que permiten acreditar de forma fehaciente que cierta acción ha sido realizada por alguien en concreto o que ese alguien se encontraba en el lugar correspondiente en el momento debido. Tal como apunta Eugenio Lanzadera Arcibia en su tesis (2017, p. 461) para el uso de estos métodos se precisa, en primer lugar, el registro de los datos que servirán de identificación en una base de datos del empresario, que luego serán cotejados para acreditar la presencia o realización de las tareas por parte del trabajador. Evidentemente, el empresario debe mostrar aquí una especial diligencia a la hora de proteger de forma conveniente e idónea dichos datos dada su obvia inclusión en la esfera personal del trabajador. Además, la obtención de dicha información se debe llevar a cabo con conocimiento y aceptación explícita del cedente de la misma, en este caso el empleado, conforme a lo dispuesto en la Ley Orgánica de Protección de Datos (LOPD).

A su vez, la utilización de huellas u otros controles biométricos es ampliamente utilizada, ya no como medio de control, sino como medida de seguridad. Es común, por ejemplo, la identificación mediante estos medios para el acceso a lugares de carácter

restringido. Comparado con otros procedimientos de identificación, como puede ser una tarjeta u otro documento que pretenda acreditar la identidad o estatus de un empleado y el consecuente riesgo que supone que la misma pueda ser falsificada o transferida a otra persona, los controles biométricos no pueden ser falsificados por lo cual aportan una seguridad extra y también permiten saber con seguridad, en el caso de una transgresión o ataque a los activos que se pretendían asegurar, quién ha sido susceptible de realizar la acción. Al mismo tiempo, durante los últimos años se ha introducido el uso de los controles biométricos en los dispositivos móviles como método para su desbloqueo.

Tal como se ha apuntado anteriormente, existen muchas empresas en cuya política laboral se incluye la facilitación de dichos dispositivos móviles a los empleados para el desempeño de su trabajo. Esto implica que en los dispositivos de propiedad empresarial se almacenarán los datos biométricos que el usuario haya facilitado. En general, el uso de esos datos biométricos no supone ninguna vulneración ya que, generalmente, en el momento de la devolución del mismo se procede a eliminar la información. Sin embargo, esto no sucede así en los casos en los cuales se facilitan los datos al empresario para los fines en primer lugar expuestos, véase, acceso a zonas de seguridad y de acceso restringido. En dichos casos el empleado facilitará los datos biométricos para un posterior cotejo informático cada vez que sea necesario. El riesgo principal (Lanzadera Arcibia, 2017) es que el control biométrico devenga en un control biomédico. Por ejemplo, en casos en los cuales el control se realice mediante el cotejo de la retina, dicho examen puede revelar enfermedades o características personales que pertenezcan a la esfera privada del trabajador y supongan una vulneración de la intimidad de la persona. En todos estos casos el empresario se debe ceñir al principio de proporcionalidad que regirá la actuación en estos ámbitos. El uso de los datos e información cedida por el trabajador deberá ser únicamente utilizada para los fines para los que han sido cedidos e inicialmente previstos y acordados entre las partes. En cualquier caso, el empresario debe actuar de forma adecuada y proporcionada, teniendo en mente la confrontación de derechos que interviene en la relación laboral. Atendiendo a la jurisprudencia (STSJ de Murcia de 25 de enero de 2010), vemos que los criterios aplicados son los comunes a la hora de dirimir cuestiones de control empresarial confrontado al derecho a la intimidad del trabajador: proporcionalidad, idoneidad y conocimiento previo y consentimiento por parte del trabajador.

1.3.1.3 Controles mediante dispositivos dotados de radiofrecuencia RFID

Uno de los últimos casos de implementación de control tecnológico del empresario es el de las RFID (*Radio Frequency Identification*) o identificación mediante radiofrecuencia. Consiste ésta en la identificación mediante el uso de una aplicación (*middleware*) de una etiqueta previamente cedida a la persona en cuestión. La RFID puede usarse como medio de control de horarios y como método para conocer otros datos, dado que dichas etiquetas permiten el almacenamiento y control de diversos aspectos como pueden ser el registro de ciertos comportamientos o el almacenamiento de historias médicas (Lanzadera Arcibia, 2017, p. 467). Mediante un dispositivo de emisión de radiofrecuencias se accede a la etiqueta personal, que puede contener cualquier tipo de datos ya que funciona como una suerte de base de datos en miniatura. A su vez, las etiquetas pueden ser incluidas en productos, lo cual permite conocer tanto el trayecto de la mercancía y a su vez hábitos de los consumidores, como el desplazamiento de la misma dentro de la empresa por parte del trabajador, lo cual puede llevar a conocer datos privados de éste que se lleven a cabo dentro del recinto empresarial. Además, surgen problemas de robo de identidad en los casos en los que el dispositivo no lo porta su destinatario original. Por todo ello, todos los datos recogidos sobre este tipo de dispositivos quedan sujetos a la LOPD. La Comisión Europea publicó en su momento la Recomendación de la Comisión de 12 de mayo de 2009. DOCE L 122, de 16 de mayo de 2009, en la cual se pretende dar bases de actuación a los empresarios con respecto a la utilización de estos dispositivos.

1.3.1.4 Control mediante dispositivos de grabación audiovisual

En lo referente a medios de grabación audiovisual para el control del entorno laboral, nos encontramos ante uno de los medios que puede suponer una mayor lesividad potencial a los derechos personales de los trabajadores. Se trata de un medio de una potencialidad lesiva superior a los demás en cuanto a la cantidad de derechos que se ven implicados en su aplicación, que van desde el derecho a la propia imagen, derecho a la intimidad, derecho a la protección de datos, etc. No obstante, dentro del tema que se trata en este

trabajo podemos decir que es el medio más regulado en el espacio europeo, donde se han llegado a dar pasos hacia una armonización de las legislaciones.

Dentro del entorno laboral, la implantación de sistemas de videovigilancia está supeditado a lo dispuesto en el artículo 20.3 del Estatuto de Trabajadores (ET) que representa el presupuesto legal para el control empresarial. Aquí no encontramos más límites al control que el respeto a la dignidad y los derechos personales. El uso de los medios de videovigilancia por la parte empleadora se encuentra justificado bajo el artículo mencionado y, además, bajo los pretextos de salvaguarda del patrimonio empresarial y seguridad. Estos intereses se deben armonizar con el hecho de que el empresario se implica mediante la videovigilancia, no sólo en el control al trabajador durante el desempeño de su actividad laboral, sino que accede a todo lo que el medio de control graba. Esto, en la mayoría de los casos excede el mero desempeño de la actividad laboral e incluye todo aquello realizado durante el espacio temporal videovigilado.

Tal como sintetiza Lanzadera Arecibia en su tesis (2017) podemos encontrar dos líneas doctrinales que tratan sobre la invasión de los medios de vigilancia como medio de control empresarial y su legitimidad. Por un lado, podríamos encontrar la línea más restrictiva dentro de la doctrina, que considera ilegítima la utilización de los medios de videovigilancia en cualquier caso; incluso si se han instalado en aras de la seguridad y protección del patrimonio empresarial, dado que se considera incompatible con el concepto de dignidad humana abstraído de una combinación conjunta de los artículos 20.3 del ET, 18.1 CE y el 7.1 LO 1/1982. Se entiende que la grabación continuada de la actividad del trabajador supone una intromisión desproporcionada para el control del correcto desempeño de las funciones laborales.

Por otro lado, encontramos posturas menos radicales en lo referente al desempeño de la función de control mediante medios de videovigilancia, siempre bajo las premisas de respeto a la dignidad del trabajador, la proporcionalidad de la medida, y la idoneidad de la misma. Dentro de las mismas encontramos la legitimación del empresario a tomar y grabar imágenes del entorno laboral, siempre garantizando un mínimo de intimidad del trabajador. Tal como explica Lanzadera Arecibia (2017), desde la promulgación de la normativa de protección de datos el deber de información a la representación de los trabajadores y en especial a los afectados por las medidas de vigilancia, ha tomado un papel crucial a la hora de la legitimidad de su uso. Atendiendo a jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid y de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, el hecho de haber informado del uso de las medidas de control al comité de empresa ha

sido el hecho que ha supuesto la validez procesal de las grabaciones para constatar el ilícito del trabajador y ha determinado la legitimidad de su uso.

Podemos por tanto dilucidar, a raíz de la repetición como denominador común en diferentes casos relativos a diversas medidas de control empresarial, que uno de los pilares básicos para determinar si ha habido una suerte de renuncia por parte del trabajador a poder recurrir alguna medida sancionadora proveniente del empresario, que resulte de una supuesta transgresión del derecho a la intimidad, vendrá determinada por el conocimiento previo del trabajador de la existencia de esta medida. Esto se ha visto confirmado por la Sentencia Barbulescu, en la cual el conocimiento de la medida de control por parte del trabajador ha sido igualmente decisivo para determinar la legitimidad de la misma.

1.3.2 Empleo de medios propios, problemática de las políticas empresariales BYOD)

El empleo de medios propios dentro del ámbito laboral se materializa y alcanza su máxima expresión mediante el uso de *smartphones* y en general cualquier dispositivo de titularidad privada que el empleado use para el desarrollo de su trabajo. Dicho uso conlleva muchas ventajas como el ahorro de costes empresariales en adquisición de dispositivos tecnológicos o costes de leasing. Pero, al mismo tiempo, conlleva también ciertas desventajas, como posibles ataques informáticos al dispositivo que tenga una seguridad estándar; o posibles confrontaciones con derechos fundamentales que se darían claramente al ejercer el control laboral en un dispositivo que comparte su uso laboral con el personal y posibles problemas en la conciliación laboral y familiar. (Cremades Chueca O. 2018)

A su vez, el hecho de que el trabajo se desarrolle mediante dispositivos de titularidad del trabajador no puede ser esgrimido como argumento de falta de relación laboral (STS 10925/1986 de 26 de febrero) y tampoco representa un factor decisivo a la hora de determinar la ajenidad de la relación laboral.

A efectos de vulneración de derechos debemos distinguir si el empresario accede a la información del dispositivo personal con o sin consentimiento. El consentimiento en estos casos debe ser claro y expreso ya que no se aplica la exclusión recogida en el artículo 6.2 de la ley de protección de datos (Cremades Chueca, 2018, p. 111) Por otro lado,

encontramos los supuestos en los cuales el BYOD es utilizado a iniciativa del empleado. Pero en todos los casos resulta fundamental el consentimiento del mismo a quede sometido a vigilancia empresarial. Debe regir para el control del BYOD por parte del empresario el artículo 18 del Estatuto del Trabajador ya que se incluye dentro del concepto expresado como efecto personal, y ese debería ser el principio para el tratamiento de los BYOD.

2. INTERESES Y DERECHOS AFECTADOS EN EL MARCO DEL EJERCICIO DEL PODER DE CONTROL EMPRESARIAL MEDIANTE RECURSOS E INSTRUMENTOS TECNOLÓGICOS.

Se enmarcan dentro de la relación laboral, como en cualquier relación contractual, una serie de obligaciones a las cuales las partes se ven sujetas por su propia voluntad para con la otra. Se erige como principal característica de la relación laboral el régimen de ajenidad y dependencia, en el cual una de las partes presta sus servicios, ya sea en forma de *know how* o prestando servicios como tal para llevar a cabo cierta actividad, a la parte empleadora.

Dicho régimen incluye que la parte que presta los servicios se vea en una posición jerárquica inferior a la de la parte empleadora, que tendrá legítimamente un derecho de fiscalización de la actividad realizada por el empleado. Dicha actividad fiscalizadora, comúnmente conocida como derecho de control empresarial, puede llevarse a cabo dentro de los límites que representan los derechos fundamentales inherentes a la persona, en este caso transmutada en la figura del trabajador.

Tal y como se ha descrito en los primeros puntos de este trabajo viene dándose desde las últimas décadas una distensión entre las dos partes, marcada generalmente por líneas jurisprudenciales que buscan paulatinamente un equilibrio que marque unos cánones concretos a los que atenerse. Dicho equilibrio ha sido imposible de alcanzar en forma de límites claros hasta el momento. Y probablemente nunca se alcance, dada la aparición constante de nuevos métodos de trabajo y herramientas para desempeñar los mismos, desconocidas hasta el momento, cuya aplicación puede llevar consciente o inconscientemente a la vulneración de derechos fundamentales. Dicha visión concordaría con la teoría conflictivista de derechos fundamentales basándose en la jerarquización de derechos (Aparicio Aldana, 2016, p.47).

2.1. Derechos constitucionales implicados, su confrontación y equilibrio

Tal como se desprende de diversas publicaciones sobre derechos fundamentales sintetizadas por Lanzadera Arcibia en su tesis (2017), el tronco sobre el que se erigen los derechos fundamentales es el de la dignidad de la persona, a raíz de la cual surgen de forma directa, o en cualquier caso relacionada, los mismos. La dignidad no se entiende como un concepto absoluto sino derivado de numerosos factores recogidos en diversas fuentes y modificable según el contexto en el cual nos encontremos. Es decir, por ejemplo, no encontraríamos dignas en una persona libre situaciones que en un reo sí. La idea deriva inicialmente en el mundo jurídico desde conceptos religiosos encontrados en el cristianismo y concretados, posteriormente, desde las corrientes iusfilosóficas. La dignidad actúa, pues, como catalizador de los derechos inherentes a la personalidad del ser humano, que pasa finalmente a estar recogido dentro de las declaraciones de derechos.

Por lo tanto, cabe entender que el primer derecho que debe ser protegido dentro de la relación laboral en lo referente al control del empleador sobre el empleado es el de la dignidad. En España aparece recogido tácitamente en el capítulo primero de la *Constitución* dentro de los artículos referidos a los derechos fundamentales de la persona, cuyos rasgos están definidos desde el artículo 15 en adelante, actuando, pues, como un principio de derecho. La dignidad también actúa como principio informador dentro del derecho (Lanzadera Arcibia, 2017, p. 69) establecido como principio en jurisprudencia reiterada del TJUE asentando la dignidad como derecho fundamental autónomo y necesario criterio inspirador de las disposiciones, en cualquiera que sea su forma, de la legislación comunitaria, que ha llevado al establecimiento de unos límites que podemos considerar *de minimis* en la sentencia Barbulescu. La dignidad actúa como norma y requisito de la normativa comunitaria y como principio de interpretación de la misma Arcibia, (Lanzadera 2017, p. 68 y Tapia Hermida, 2005) dentro de la jurisprudencia nacional; y dado que la dignidad como derecho no está recogida dentro de la constitución, sino como principio inspirador y en base al cual debe regirse la aplicación del derecho patrio (art.10 CE)

Como consecuencia directa de la dignidad como concepto jurídico aparecen los conocidos como derechos de la personalidad. Dentro del tema de este trabajo se ven

especialmente afectadas las esferas correspondientes a los derechos de la intimidad, la privacidad y la protección de datos, que pueden verse afectados fácilmente dentro de la función de fiscalización de la labor del trabajador por parte del empleador. Se delimita concretamente desde el Tribunal Constitucional en la STC 53/1985, de 11 de abril el concepto de dignidad y como debe ser aplicado. Si bien la sentencia no trata concretamente sobre un litigio laboral, sienta las bases sobre las que debe ser entendida la dignidad de la persona dentro del ámbito jurídico, a saber:

-El libre desarrollo de la persona y la personalidad, que encontraríamos recogido en el artículo 10 de la CE.

- Los derechos relativos a la integridad física y personal, recogidos en el artículo 15 CE.

-La libertad de ideas y creencias sito en el artículo 16 CE.

-El derecho al honor la intimidad personal, familiar y a la propia imagen del 18.1 CE

Sería pues este último el que más polémica ha suscitado a lo largo de la jurisprudencia recogida debido a la intrusión que supone el control ejercido por un tercero en la esfera personal. Se trataría pues de confrontar la pretensión legítima de empresario de controlar el trabajo por el cual esta desembolsando una remuneración, y el derecho del trabajador de no ver la esfera recogida dentro del concepto de intimidad personal, vulnerada. En los siguientes puntos analizaremos como el control personal incide en dicha esfera.

2.1.1. Potestad de control empresarial dentro del escenario laboral contemporáneo.

En primer lugar, la potestad de control empresarial se encuentra recogida en artículo 20.3 del Estatuto de los Trabajadores, en adelante ET, en el cual se le confiere al empresario la potestad de llevar a cabo cualesquiera medidas de considere convenientes para verificar el correcto desempeño de las obligaciones laborales. Dicho artículo reza las siguientes palabras

El empresario podrá adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales, guardando en su adopción y aplicación la consideración debida a su dignidad humana y teniendo en cuenta la capacidad real de los trabajadores disminuidos, en su caso. (20.3 ET)

Vemos que la concisión y precisión legislativa brillan por su notable ausencia. Dicha ausencia puede derivar en una notable inseguridad jurídica, que tal como se ha expresado en líneas anteriores puede llevar a abusos derivados del control en cuanto que otorga al empresario un margen de actuación generosísimo en cuanto a impreciso (Tascón López, 2017). Si bien en el precepto se hace referencia a los límites que marcaría la dignidad humana, dichos límites vendrían impuestos también por líneas jurisprudenciales como la STC 53/1985, de 11 de abril, anteriormente mencionada o la STC 120/1990, de 27 de junio, que viene a marcar la dignidad como límite mínimo inherente a la persona e indisponible sin importar la situación en la que se encuentre.

Dicho precepto debe además adecuarse a la nueva situación laboral que se ha visto completamente revolucionada con la entrada en el proceso productivo, sobre todo dentro del sector terciario, de las nuevas tecnologías. Dicha entrada, tal como se ha analizado en páginas previas, ha supuesto que los límites dentro del espectro espacio-temporal que dividía el lugar y horas de trabajo queden difuminados debido al uso de dispositivos móviles, ya sean tabletas, ordenadores portátiles o los propios teléfonos móviles.

Dicha difuminación de los límites, antes claramente establecidos dado el carácter eminentemente presencial del desarrollo del trabajo, ha conllevado que el control empresarial pueda a su vez ser llevado a cabo fuera de los establecimientos industriales y/o mercantiles, trasladando dicho control a los dispositivos mediante los cuales se desarrolla la actividad laboral (Tascón López, 2017) Por lo tanto, no tiene relevancia, en la mayoría de los aspectos que excedan el mero análisis histórico de la regulación laboral, atenerse a jurisprudencia que se refiera a casos como el intrusismo en espacios reservados a los trabajadores en el lugar de trabajo o a situaciones similares que en el pasado hayan podido generar controversia. El control actual se está llevando a cabo de forma menos evidente y mediante recursos menos obvios. Es por ello que resulta más necesario, si cabe, establecer desde los poderes legislativos, en este caso de rango comunitario, unos límites suficientemente claros para evitar indefensión en el trabajador. Pero, a la vez, amplios y genéricos que permitan que la legislación en cuestión sea interpretada en un periodo de tiempo largo, adaptándose a las nuevas formas tecnológicas que sin duda irán apareciendo en los próximos años. A su vez, dichos límites no pueden evitar de forma tajante el control empresarial *per se*, ni limitarlo de forma que pierda su sentido de ser, pues una regulación excesivamente garantista para con la parte subordinada podría dar lugar a abuso por parte de la misma lo cual, es evidente, tampoco se puede permitir.

Dicho esto, y tal como se ha mencionado anteriormente, se ha llegado a una suerte de preceptos clarificadores en la sentencia Barbulescu que van a poder permitir limitar y esclarecer hasta dónde puede llegar el control del empresario en los medios electrónicos mediante los cuales se desarrolla la actividad en muchos sectores hoy en día. Sin ir más lejos, desde la citada sentencia en las empresas que operan dentro del marco jurídico europeo y en cuya política empresarial se incluye el otorgar a los empleados los medios electrónicos necesarios para optimizar el desarrollo de su trabajo en las formas anteriormente mencionadas, han comenzado a aparecer advertencias dirigidas a los empleados comunicando que dicho dispositivo debe únicamente ser usado para fines laborales y explicando que los mismos pueden ser monitorizados en cualquier momento sin aviso previo. Esto supone una aceptación tácita del control por parte del empleado y una advertencia explícita de que el quebrantamiento llevará a cualesquiera consecuencias que el empleador considere adecuadas, coincidente con lo expuesto en la sentencia del TEDH (STEDH 5/9/2017)

Otra cuestión no menos relevante es el control que se hace al trabajador desde sus propias redes sociales. Sobre todo, en momentos en los cuales el propio trabajador realiza publicaciones voluntarias en las que en no pocos casos deja en evidencia, especialmente en casos de supuesta baja laboral, que la misma es una estafa. Esto conduce a un claro quebrantamiento de la confianza y actúa como presupuesto para la finalización de la relación laboral. Dicho control mediante estos medios, además, no supone en absoluto ningún comportamiento abusivo por parte del empleador en el uso de su derecho de control, ya que es el propio trabajador, o bien gente de su entorno, los que han hecho pública la información. El uso de estas imágenes como medio de prueba para cerciorar el quebrantamiento de la confianza es legítimo, tal como se ha visto en numerosa jurisprudencia, ya que para acceder a la gran mayoría de redes sociales el usuario hace una cesión del derecho de su imagen, lo cual implica que pueda ser usada para estos fines. Aunque no suponga controversia desde el punto de vista legal supone un claro ejemplo, que, sumado a los mencionados a lo largo de este trabajo, nos puede ayudar a entender cómo el medio laboral ha sufrido una gran, evidente y profunda transformación desde la aparición de las TICS.

Las TICS, a su vez y como hemos visto, han supuesto un avance sobre todo a nivel de optimización en el proceso productivo, de relación con el cliente y agilidad en las transacciones laborales de cualquier índole. Además, han permitido alcanzar un grado de precisión sin precedentes en el nivel de control del empresario hacia el trabajador. Es así

puesto que los medios electrónicos generalmente, dadas sus características, cuentan con códigos que permiten recordar toda la actividad que se realiza mediante ellos, que generalmente resulta muy complicada de borrar. Es por ello que el control hoy en día puede llegar a ser casi perfecto. En palabras de Rodrigo Tascón López (2017): “la profecía orwelliana del gran hermano adquiere dimensiones laboralizadas” lo cual lleva a un evidente progreso en lo que a términos de eficacia dentro del tiempo laboral se refiere, permitiendo deshacerse de los empleados que en su tiempo laboral se dedican a otros menesteres. Es aquí donde encontramos el punto fundamental que se pretende discernir en este trabajo y que continuará en el siguiente punto: hasta dónde se le permite llegar al empresario, bajo la bandera de la mejora productiva, en la intromisión en la vida del empleado.

2.1.2. Incidencia del control empresarial en el derecho a la intimidad

Para resumir lo expuesto hasta este punto, el cambio de modo en la realización de las obligaciones profesionales debido a la constante introducción en el medio laboral de nuevos elementos tecnológicos destinados a la mejora del proceso productivo ha supuesto, a su vez, que la labor de control se lleve a cabo de manera más intensiva y en numerosas ocasiones más allá de lo lícito. Es lo que hoy en día se denomina control tecnológico. Dicho control incide de manera mucho más acentuada en el ámbito protegido por el derecho de la intimidad del trabajador, ya que, en numerosas ocasiones (véase los BYOD, dispositivos portátiles etc.), se confunden en un mismo dispositivo la vida laboral y la vida privada del empleado. Esto acaece en los casos en los que el control se desarrolla mediante la visualización de correspondencia electrónica; o en aquéllos de grabación de imágenes, donde la misma grabación supone una medida altamente lesiva, afecta al derecho a la propia imagen, inmiscuyendo deber de protección de datos. En definitiva, si atendemos el análisis pormenorizado realizado anteriormente (1.3.1) podemos observar que la línea evolutiva concerniente al control que se lleva para con el empleado deriva continuamente en medios más precisos. Estos, en consecuencia, devienen en un control que podemos denominar como definitivamente más eficaz, que ha llegado incluso al control biométrico.

Dicha efectividad a su vez se traduce en el incremento de la lesividad potencial a la intimidad del controlado. Es por ello que la utilización de estos métodos ha resultado en una gran conflictividad en el ámbito laboral, en cuanto que se han dado numerosos abusos en por el empleo de dichos medios. Parte de la responsabilidad del abuso se debe directamente a la carencia de legislación y establecimiento de límites por parte de los organismos reguladores. Como hemos visto anteriormente, estos organismos se daban por satisfechos -en un principio- dejando al arbitrio del empleador los recursos que considerase convenientes para desarrollar el control. El único límite estaba determinado por la dignidad, que como se ha dicho, es un término excesivamente amplio, lo que deriva en vaguedad y ambigüedad, y, consecuentemente, en posibles abusos en la aplicación del control. Dicha omisión regulatoria ha supuesto que se haya tenido que ajustar a los casos concretos, dejando a los tribunales como único garante y protector, y recayendo casi en una evolución a *common law* en lo referente a lo que ha sido la regulación del control empresarial mediante medios digitales englobados en las TICs, que analizaremos posteriormente.

El problema principal viene derivado de que el control que se realiza es, en la mayoría de las ocasiones, indiscriminado y e imparcial a la hora de recabar información, ya que, como hemos visto, los elementos tecnológicos son multifuncionales. Así, pueden acceder a información tanto personal como laboral. A su vez, en numerosas ocasiones hemos visto que, si bien ciertamente el uso que se ha dado al tiempo laboral y a los dispositivos facilitados por la empresa ha sido evidentemente incorrecto, el hecho es que se ha accedido al mismo tiempo a información de la más diversa índole. Con esto nos referimos a mensajes de contenido sexual, descalificaciones hacia superiores, grabación de imágenes de contenido comprometido y, en general, situaciones o información que definitivamente se circunscriben al ámbito privado e íntimo de la persona controlada. El acceso a dicha información, sea del tipo que sea, requiere de un evidente cuidado y respeto que se ha ido controlando según ha aparecido jurisprudencia, tanto nacional como comunitaria, y ciertas leyes como la Ley Orgánica de Protección de Datos (en adelante LOGP)

Por otra parte, el control puede llegar a incidir de manera negativa en el trabajador en aspectos distintos a los que afectan al ámbito jurídico. Un control de magnitud exagerada, difícilmente soportable, puede degenerar en trastornos físico-psíquicos, (Tascón López, 2017) y constituir conductas antijurídicas contrarias a diversos preceptos

de. la Ley de Prevención de Riesgos Laborales (55-67 artículo 31, Ley Protección de Datos, jurisprudencia, Ley Orgánica de Protección de Datos

Asimismo, debemos recalcar en el análisis del concepto de intimidad dentro del ámbito laboral. No se puede entender que dicho concepto se desarrolla o expande en su totalidad dada la ajeneidad inherente en la cual se basa la relación laboral. Ha de matizarse pues el concepto y el alcance del mismo (Lanzadera Arcibia, 2017, p. 102). Se puede entender que, si bien el derecho a la intimidad es inherente a la persona del trabajador, puede ver ciertas facultades limitadas dadas las características que se dan en la relación laboral. Sobre todo, a la hora de confrontarlo con la potestad de control otorgada por precepto legal al empresario. Es especialmente clarificadora a efectos de lo anterior la sentencia STC 98/2000, de 10 de abril, FJ 7º. A la vez que hace ver la inherencia de los derechos fundamentales al trabajador en cuanto su condición como persona, explica que los mismos se ven “modulados” debido, a como se ha apuntado antes, las características de la relación laboral y su necesidad de adaptación al proceso productivo, a su vez extensión de otro precepto constitucional como es el artículo 38 de la Constitución española. (Lanzadera Arcibia, 2017, p. 253) (Goñi Sein, 1988)

A raíz de lo expuesto, el derecho a la intimidad quedaría limitado a la esfera privada, tanto en ámbito material como inmaterial. Dentro del ámbito material el derecho a la intimidad se circunscribiría a los espacios laborales donde se supone que el trabajador tiene una protección superior, como pueden ser vestuarios, cafeterías.... En ellos, la vigilancia no puede llevarse a cabo pues no se está realizando actividad laboral o productiva ninguna. Dentro del ámbito inmaterial encontraríamos cualquier medio mediante el cual el trabajador lleva a cabo su vida social o personal. Concretamente aquí nos estaríamos refiriendo precisamente a todos los medios digitales, en los cuales, en el momento del control, habría que discernir la información de índole laboral y la información privada.

Pero además, es posible encontrar un ámbito intermedio entre el material y el inmaterial (Goñi Sein, 1988 y Lanzadera Arcibia, 2017, p. 254) debido al apunte que se ha realizado con anterioridad sobre la capacidad de control enorme que ha derivado a raíz de la entrada al terreno de juego de las TICs (López de la Fuente, 2017). Uno de estos casos es aquél en el que el control se ejerce mediante dispositivos GPS en vehículos que permitan comprobar las visitas de los comerciales. Consiguientemente, la empresa tiene acceso a la ubicación del trabajador durante las 24 horas del día, lo cual obliga a una

tamización de la información a la que se accede, que debe quedar limitada a lo referente a la subordinación técnica (Goñi Sein, 1988)

Para terminar este punto, hay que subrayar que es necesario que, en la aplicación de TICs para el control de las obligaciones laborales, rija el principio de proporcionalidad para con la finalidad buscada. Este principio debe actuar como base informadora y delimitadora para encontrar el equilibrio entre el conjunto de derechos de las partes implicadas.

2.1.3. Relevancia del derecho a la protección de datos en el control empresarial

Es por tanto de especial relevancia el trato que se le otorga a la información que obtiene el empresario en su derecho al control. Sobre todo, con dos matices: en aquellos medios en los cuales el ámbito material e inmaterial del derecho a la intimidad se confunden, por un lado; y en aquéllos en los cuales se accede indistintamente a información que afecta a la intimidad del trabajador y que afecta al ámbito laboral, por otro. Incluso si la información a la que se accede tiene, directa o indirectamente, relación y relevancia a la hora de determinar la diligencia del empleado para con sus obligaciones laborales, dicha información puede aludir a aspectos íntimos del trabajador que deben de ser protegidos y tratados con la debida diligencia.

Con respecto a las limitaciones y regulaciones referentes a la protección de datos, la primera referencia concreta en el nivel internacional que buscaba vincular a los Estados estableciendo normas que respetaran los derechos fundamentales de los ciudadanos aparece en el Convenio nº108 del Consejo de Europa de 1981. En él se recogen fundamentos esenciales procedentes de las legislaciones de los Estados Miembros que desembocan en el establecimiento de unos principios básicos que, desde ese momento, regirán las legislaciones posteriores de los Estados vinculados:

- Principio general de calidad de datos: engloba premisas básicas, como el tratamiento de forma legal de los datos obtenidos, adecuación de los mismos a la finalidad para la que hubieran sido obtenidos, almacenamiento de los mismos por el tiempo necesario, etc.

-Establecimiento de garantías para datos especialmente sensibles, como origen racial, orientación sexual, opiniones políticas; y prohibición de su tratamiento automático salvo que haya garantías adicionales en el derecho interno en el Estado.

-A su vez, garantías como la de dar a conocer al ciudadano la existencia del fichero y quién lo controla, dar la posibilidad de rectificar los datos, posibilidad de recurrir si no se ha podido obtener la rectificación, etc.

A partir de la publicación de este documento se han ido añadiendo recomendaciones desde el Consejo.

Otro de los convenios especialmente relevantes para la protección de datos y de los derechos fundamentales de los trabajadores es el Convenio nº181 del Comité de Ministros del Consejo de Europa y concretamente Recomendación N.º 89 (2), de 18 de enero de 1989 que adaptó las decisiones del convenio anterior a efectos de aplicación concreta al ámbito laboral. Este convenio fue reformado el 1 de abril de 2015 mediante la Recomendación CM/Rec (2015)5 debido al comprensible desfase que sufría la de 1989. En esta modificación se hizo especial referencia a los cambios dentro del entorno laboral y a la inclusión de nuevas tecnologías en el mismo (Sanfulgencio, 2018). Entre los puntos destacables se incluyen:

-Eliminación de datos recabados en redes sociales sobre posibles candidatos por el empleador; e inclusión expresa de la posibilidad de que el candidato solicite la eliminación de los mismos.

- Que los datos recabados en pruebas psicológicas a los trabajadores se encuentren sujetas a secreto médico; y que las mismas únicamente se realicen cuando sean necesarias e informando al trabajador sobre el fin de las mismas.

-Se propone que las medidas de monitorización de uso de internet se sustituyan por sistemas enfocados a la prevención, como filtración de páginas web y mención expresa a las páginas de mensajería que, acorde con la recomendación, no deberían monitorizarse en ningún caso.

-Asimismo, no deberían utilizarse sistemas que tengan como finalidad exclusiva la monitorización de la actividad del empleado. Si hubieran de ser utilizados, deberían tomarse medidas adicionales con fines garantistas, como el aviso a los representantes de los trabajadores.

2.1.3.1 Marco normativo nacional referente a la protección de datos

En lo referente a la legislación nacional, podemos decir que recoge en gran medida lo expuesto en los puntos iniciales de nuestro estudio. A partir del artículo 4, se explicita la forma de recabar la información bajo la denominación de “calidad de datos”. Se especifica que deberán ser obtenidos bajo el principio de idoneidad, prohibiendo que se utilicen para fines distintos a los estipulados.

Analizando la legislación, se observa que, en el ámbito nacional, se transponen los preceptos enumerados en las *Recomendaciones* y, de hecho, se añaden artículos y especificaciones que dotan a la legislación española de un carácter garantista. Podemos observar que, por ejemplo, en lo referente al tratamiento de la información especialmente sensible en cuanto a inclinaciones políticas, religiosas u orientación sexual, se añaden preceptos, recogidos en el artículo 7.2 de la LOPD, que buscan una salvaguarda mayor. Además, se pormenoriza y detalla la forma en la cual los datos deben ser almacenados, haciendo responsable al poseedor del fichero de salvaguardar el mismo con una diligencia acorde al nivel tecnológico en cada momento. En lo que respecta a este tipo de fórmulas por parte del legislador, podemos observar que se es consciente, desde los aparatos reguladores tanto a nivel comunitario como nacional, de que nos encontramos en un entorno en constante cambio y modernización. Por esta razón se utilizan formas abiertas que permitan la aplicación de las normativas a nuevos instrumentos que vayan apareciendo. Por último, también se regula el posible uso que terceros puedan pretender hacer, así como su potencial cesión y utilización, estableciendo responsabilidades y prohibiendo taxativamente que los datos sean empleados de formas discordantes a las estipuladas en las condiciones de su obtención.

Cabe hacer mención a la nueva Ley Orgánica de Protección de Datos que hará importantes innovaciones dentro de ámbito y que acogerá en el ordenamiento jurídico español al Reglamento(UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de fecha 27 de abril de 2016. Se introducen en él ciertos aspectos relevantes como el tratamiento de los datos obtenidos en los departamentos de recursos humanos de las empresas a niveles de selección de personal y empleados y el trato de los datos de personas fallecidas. Se introducen a su vez medidas cada vez más garantistas como la necesidad de consentimiento expreso para la utilización de los datos y en general se acoge a los preceptos establecidos en el Reglamento y que son coincidentes en su mayoría con la

Recomendación del Consejo de Ministros mencionada en el punto anterior (REC. CM. 2015).

3. ANÁLISIS DEL MARCO REGULADOR DEL CONTROL EMPRESARIAL.

Según hemos podido observar en la exposición de este trabajo, predomina, sobre todo, la regulación proveniente de sentencias. En un primer acercamiento vemos que el control empresarial queda “regulado” en el Estatuto de los Trabajadores en el artículo 20.3. Pero, como ya se ha explicado, es un precepto sumamente vago y ambiguo que deja al completo arbitrio del empresario la utilización de cualesquiera medidas que considere adecuadas para asegurarse del cumplimiento de las obligaciones laborales del empleado. Es por ello que la regulación, a lo largo de aproximadamente los últimos treinta años, se ha realizado atendiendo al caso concreto de forma jurisprudencial; y dejando a los tribunales la responsabilidad de limitar actuaciones. A juicio del que escribe, esas actuaciones deberían venir marcadas en preceptos legales que ofrecieran una seguridad jurídica básica y unos rangos de actuación concretos, en los cuales el trabajador pueda sentirse seguro para reclamar de manera directa frente al empresario sin tener que acudir a tribunales. Esto implica una pérdida de tiempo, dinero y actuar siempre bajo la inseguridad de no saber concretamente si se ha transgredido alguna norma, o si el control al que se ha visto sometido se encuentra al amparo de la legalidad o no. Dicha insuficiencia es patente y queda en evidencia en el momento en el cual la práctica totalidad de los límites y preceptos que se citarán en las próximas líneas provienen de casos y sentencias, tanto a nivel nacional como a nivel comunitario.

3.1. Parquedad del marco normativo de referencia a efectos de las TIC en el marco jurídico laboral.

Tal como hemos hecho mención a lo largo del trabajo, la principal característica del marco normativo del control empresarial es la falta de características. Casi podríamos decir que la principal característica del marco normativo es la falta de marco normativo. Aparte del mencionado artículo 20.3 del ET, podemos encontrar preceptos aplicables en

otras leyes que afectan de forma directa o indirecta a ámbitos que se engloban dentro de lo que podemos entender como la función de control empresarial.

En primer lugar, el Título I de la Constitución que actúa como límite general de respeto mínimo a cualquier persona. Límite que, evidentemente, se ha de seguir en el ámbito de actuación que sea y al que cualquier norma debe atenerse. A su vez, gracias a la efectividad directa de la que gozan los derechos fundamentales dentro de nuestro sistema jurídico, que se reconoce de forma tácita, éstos pueden ser reclamados frente a terceros (Lanzadera Arecibia E. 2017 pág 167). Dicha eficacia es puesta de relieve en numerosos textos doctrinales en cuanto a su función como principio informador de las relaciones sociales entre particulares.

De la misma forma, dicha eficacia directa se traduce en la posibilidad efectiva de solicitar intervención judicial en situaciones en las cuales una de las partes se ve de alguna forma subordinada a la otra y entiende que sus derechos fundamentales se ven afectados. En este caso puede hacerlos valer en sede judicial y, en última instancia, podría llegar al Tribunal Constitucional.

En lo que se refiere a legislación laboral aplicable al control empresarial, el primer punto que encontramos es el Estatuto de los Trabajadores, que hace un amago de regulación del control empresarial en el artículo 20.3. Éste limita la actuación del empresario en lo concerniente a la dignidad del trabajador. Es por ello que, prácticamente todas las denuncias de vulneración de derechos en materia de control empresarial, se acogen al concepto de vulneración de la intimidad, del artículo 18.1 CE. En este sentido, también cobra especial relevancia la Ley Orgánica 1/1982 del 5 de mayo, que postula la tutela civil de los derechos al honor, la intimidad personal y familiar y al derecho a la propia imagen. Debido a esto, se permite el acceso a las jurisdicciones civiles frente a ataques a las esferas de estos derechos. Lo expuesto en los párrafos anteriores tiene su representación en esta ley.

La parquedad a la que nos estamos refiriendo es definitivamente perjudicial para los trabajadores, ya que, ante una situación en la cual no se conocen los derechos que se ostentan frente a una parte dominante en una relación como la laboral, el abuso es una situación fácil de encontrar. Cabe darse más aún en periodos como el actual en los cuales la situación del mercado laboral invita a tolerar abusos en pro de mantener el puesto de trabajo. Por esta causa, de alguna manera parece irresponsable por parte de los poderes legislativos, en este caso nacionales, dejar en la práctica un vacío legal en un ámbito en el cual históricamente vienen produciéndose atropellos.

Así las cosas, la práctica totalidad de la doctrina coincide en que es necesaria una regulación para el control empresarial, máxime en un entorno laboral dominado por las tecnologías que, tal y como hemos explicado en las páginas precedentes, permiten un control muy intrusivo y en espectros más amplios, tanto espacial como temporalmente. Además, sería conveniente una regulación que aunara todos los aspectos que se ven afectados por ese modo de control empresarial moderno que puede ir desde la vulneración del secreto de correspondencia, a la difusión y uso indebido de los datos del trabajador y hasta contravenir los derechos fundamentales del mismo.

3.2. Relevancia de la jurisprudencia como medio de regulación *de facto*

Como se ha descrito en el punto primero de este apartado, todos los límites que se han aplicado hasta ahora al control empresarial han sido dados por la jurisprudencia. Vemos que, desde la introducción de los sistemas tecnológicos, se han ido sucediendo controversias, principalmente en el ámbito nacional, en lo concerniente a la monitorización de correos electrónicos y a la utilización de sistemas de videovigilancia enfocados al control empresarial. Por ejemplo, en referencia a estos sistemas de videovigilancia, encontramos diversa jurisprudencia en la que se considera la colisión de los derechos a la intimidad y la propia imagen desde la perspectiva constitucional. Asimismo, dentro de nuestro país, son especialmente relevantes las sentencias STC 99/1994, STC 98/2000 y STC 186/2000. La primera de ellas concierne a un caso en el cual el empleado es despedido al negar el uso de su imagen. El TC entiende que, dentro de la relación laboral hay supuestos en los cuales se puede entender que el derecho a la propia imagen no actúa como límite universal a la capacidad de obrar de un tercero, en este caso del empleador, y que con fines laborales pueden darse supuestos como el que se trata en esta sentencia, en los cuales la imagen debe ser cedida.

Otras muestras referentes ya a la utilización de sistemas de videovigilancia para su uso como control empresarial las encontramos en las sentencias 98/2000 y STC 186/2000. Estos dos ejemplos permiten comprobar que la jurisprudencia es variable y que habrá que atender a las circunstancias del caso concreto. En la primera de ellas se aprecia vulneración de los derechos del trabajador mediante la instalación de un sistema de

grabación audiovisual, especialmente lesivo. En la segunda, por el contrario, se da por bueno el control empresarial.

Tal como explica el TC en el Fundamento de derecho 5° de la STC 98/2000, basándose en jurisprudencia consolidada (SSTC 57/1994, de 28 de febrero, y 143/1994, de 9 de mayo) que se refieren al carácter absoluto de los derechos fundamentales, y haciendo referencia al artículo 7 de la LO 1/1982 de protección civil del derecho al honor, la intimidad y la propia imagen, los derechos fundamentales no actúan como límite absoluto si se confrontan con otras pretensiones legítimas. Esto, a efectos prácticos, constata lo ya dicho en cuanto a que habrá que considerar cada caso específicamente a la hora de resolver conflictos de esta índole.

Adquieren especial importancia, pues, los principios de proporcionalidad e idoneidad como elementos a los cuales se enfrentará la actuación empresarial para determinar si ha sido válida o no. Serán esos los criterios que regirán las resoluciones jurisprudenciales, siendo de facto esa la norma que regirá durante mucho tiempo como tamiz para discernir la legitimidad de las actuaciones de control. Vemos, además, que dichos principios se extrapolan de manera analógica para la resolución de conflictos de la más diversa índole dentro del abanico de variantes en el tema que nos ocupa. Es decir, pueden aplicarse en casos que van desde la intervención de comunicaciones hasta la monitorización de actividad en internet, por citar algunas.

Por otra parte, es posible identificar ciertos vaivenes dentro de la doctrina jurisprudencial. En un primer lugar, aparecen las ya citadas sentencias en las cuales el TC postulaba la línea ya mencionada en las sentencias anteriores, a las que se podrían añadir ciertamente más casos (SSTC 88/1985, 90/1997, 125/2007). Posteriormente, a raíz de la sentencia del caso Copland (STEDH3/4/2007), el TC se acoge pacíficamente a la inclusión del concepto de “expectativa razonable”, que trataremos en el punto siguiente, en la STC 241/2012, de 17 de diciembre. Esta, para entender el concepto, se apoya, a su vez, en el hecho de una admisibilidad general del uso moderado de los dispositivos empresariales para fines privados que podía dar a entender al trabajador que dichos dispositivos pertenecían a su esfera privada.

3.2.1. Evolución jurisprudencial hasta la sentencia del caso “Barbulescu”

A efectos de resolución de conflictos referentes al control empresarial, tiene especial significación la jurisprudencia a nivel comunitario, proveniente generalmente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo. Este tribunal, además, ha condicionado las resoluciones a nivel nacional en base a la supremacía que ostenta dicha institución y al carácter vinculante de sus resoluciones para los tribunales patrios. Encontramos, en primer lugar, una línea jurisprudencial basada en una aplicación garantista derivada del artículo 8 del CEDH, fundamentado también en la “expectativa razonable” aplicada a los conceptos de intimidad o confidencialidad. La expresión aparece recogida como término fundamento de derecho en base al cual se resolvieron dos de los asuntos que marcaron la línea jurisprudencial del TEDH hasta el cambio de esa línea en septiembre de 2017 con *Barbulescu II*.

El primero de los casos relevantes es el conocido como asunto *Copland*, recogido en la STEDH de 3 de abril de 2007. En el caso *Copland*, el tribunal hace extensible el concepto de expectativa razonable a la intimidad, considerando que los trabajadores mantienen derecho a la intimidad dentro del ámbito laboral y en los dispositivos electrónicos que se utilizan dentro de él, incluso si éstos pertenecen a la empresa, e incluso no salen del ámbito espacial del establecimiento mercantil. Se llegan a considerar dentro de esa idea las llamadas telefónicas recibidas desde su círculo profesional, dentro del concepto que engloba el secreto de comunicaciones y correspondencia a efectos del artículo 8.1 del CEDH, entendiendo que perteneces al ámbito privado del trabajador. A su vez, dentro de la esfera protegida por el 8.1 CEDH, se incluye, al entendimiento del Tribunal, la correspondencia electrónica. Además, para que la intromisión sea legítima, deberá destruirse la expectativa que el empleado tiene mediante una notificación expresa de la vigilancia.

El Tribunal en el caso *Copland* entiende que existe “expectativa razonable” por parte del empleado para poder considerar que la actividad de su dispositivo pertenece a su esfera íntima y privada por el hecho de la falta de aviso por parte del empleador. En el desarrollo de la sentencia se explicita que los controles pueden llevarse a cabo siempre y cuando se haya notificado al trabajador la posibilidad de que se monitorice su actividad, o si la monitorización proviene de un precepto legal que observe esa posibilidad de monitorización y la autorice de forma clara y expresa. En caso contrario, argumenta el tribunal, es necesario un conocimiento por parte del trabajador de la posibilidad de que su actividad vaya a ser monitorizada y su autorización mediante consentimiento expreso.

Esta línea se ha mantenido sin variaciones en la aplicación de derecho para controversias de este tipo, realizando una fusión de la expectativa junto con los criterios de necesidad, idoneidad y proporcionalidad, a lo cual se acogen los tribunales nacionales, tanto el Supremo como el TC habiendo variaciones según qué caso (Lopez de la Fuente G. 2017).

El siguiente punto de inflexión dentro de la jurisprudencia europea con respecto al control empresarial y su confrontación con los derechos fundamentales de los empleados lo ha supuesto la sentencia *Barbulescu II*. En la sentencia el TEDH prima por primera vez el control empresarial a los derechos de la intimidad del trabajador. El tribunal considera que es suficiente para destruir la expectativa de intimidad por el hecho de que estaba previsto dentro de la política de la compañía que los dispositivos empresariales tuvieran única y exclusivamente uso profesional.

Otra cuestión significativa estriba en que consideran adecuada y proporcionada la monitorización puesto que se pretendía realizar un control sobre las labores que realizaba el empleado en su tiempo laboral, existiendo previo aviso al mismo dentro de la normativa de la compañía de que las misivas electrónicas de intercambio en los dispositivos pertenecientes a la compañía podían ser monitorizadas. Después del primer proceso, el empleado recurrió la sentencia y la Gran Sala procedió a revisar la doctrina del TEDH, dando pie a lo que se conoce hoy como doctrina *Barbulescu*.

En ésta, se establece en primer lugar que el control empresarial deberá ceñirse a la recomendación del Consejo de Ministros para la protección de datos. Establece, asimismo, como necesario la advertencia previa al trabajador de la naturaleza del control empresarial y de las acciones de monitorización de las cuales será objeto su labor. Es decir, a efectos prácticos, el control será legítimo si se acompaña de medidas previas de carácter garantista, que permitan al trabajador conocer a qué vigilancia se le puede someter de forma clara y explícita.

Esta doctrina ha devenido clave, pues supedita la validez de las medidas tomadas por el empresario a unos requisitos concretos, y ratifica su insistencia en la aplicación de los preceptos establecidos en la Recomendación de 2015, lo cual esclarece de forma definitiva una de las lagunas legales más relevantes dentro del ámbito laboral.

4. CONCLUSIONES

En primer lugar, y tal como se ha expresado a lo largo del trabajo, queda como conclusión destacada la falta general de legislación aplicable. Dicha ausencia, tal como se ha ido puntualizando ha llevado a una constante inseguridad jurídica que ha obligado a delegar en los tribunales, tanto nacionales como comunitarios, la responsabilidad de determinar límites y reglas mediante el estudio de casos concretos. Esto conlleva una serie de desventajas evidentes que han provocado que derechos y situaciones que hubieran podido ser evitadas hayan tenido que ser resarcidas en todo caso *a posteriori*.

Dicha realidad ha sido criticada desde diversas instituciones. Véase las recomendaciones sobre la normativa de protección de datos del Consejo de Ministros de la Unión Europea, en la cual se recalca que las medidas tomadas hasta hoy en día deben ser sustituidas por medidas de carácter preventivo. Recomendación que presumiblemente en algún momento se convertirá en legislación. Se comparte esta opinión de forma generalizada por la práctica totalidad de la doctrina consultada para la realización de esta investigación.

Los límites establecidos jurisprudencialmente han visto su máxima en la sentencia del caso Barbulescu que ha marcado finalmente unas líneas claras en lo referente a normas que pauten la monitorización y control sobre medios tecnológicos usados en el ámbito laboral, con especial transcendencia para los medios de mensajería electrónica, que tienen un peso específico en el desempeño de las obligaciones laborales a día de hoy y que marcarán posibles futuras legislaciones.

Podemos deducir del gran número de sentencias referentes a la dilucidación de conflictos referentes al control empresarial mediante TICS, lo necesario que se hacía, que sigue siendo, la elaboración de normas a las que atenerse a la hora de fiscalizar la labor laboral, dado que la iniciación laboral supone una pérdida económica y temporal importante para las dos partes implicadas, y dado que una de ellas va a quedar perjudicada. Dicho perjuicio podría evitarse mediante la regulación del control empresarial.

De igual forma podemos concluir, a partir de la gran cantidad de jurisprudencia y artículos doctrinales relacionados, que las TICs han supuesto un cambio muy relevante dentro del proceso productivo. Esto se ha constatado mediante aportación de los datos provenientes del INE, lo cual hace más incomprensible todavía que en un campo con tal relevancia dentro de la sociedad no se haya iniciado un proceso de legislación de la

materia consecuente con dicha relevancia, dejando en manos de un ambiguo y vago artículo 20.3 del Estatuto de los Trabajadores la regulación del control empresarial.

Es por ello que, dado que el único límite claro que se venía marcando al control empresarial era el de la dignidad de los trabajadores objeto de medidas de fiscalización con monitorización de su actividad en línea, la grabación de imágenes y una gran cantidad de medidas altamente lesivas, la gran mayoría de las pretensiones presentadas ante órganos jurisdiccionales provienen de la vulneración de la intimidad de los derechos fundamentales, principalmente el de la intimidad. Debido a dicha circunstancia ha parecido imprescindible un análisis profundo de los límites de dichos derechos, tanto mediante fundamentos de derecho en diversas sentencias, como de forma doctrinal; lo cual, de manera incidental, ha supuesto también un avance en la positivación de derechos fundamentales a nivel internacional y constitucionales dentro del marco jurídico nacional. Esto, casi con seguridad, será utilizado de forma analógica para la protección de derechos en otros ámbitos.

La utilización de nuevas tecnologías en el ámbito laboral ha incidido también de forma directa en otros campos relevantes para la sociedad, especialmente en lo referente a la protección de datos. Esto ha impelido a una regulación cada vez más concisa y clara, que, sin duda, representa un avance social dada la clara relevancia del entorno digital en el cual nos desenvolvemos a día de hoy, y la cantidad de datos personales que cedemos continuamente.

Es por ello que este Trabajo de Fin de Grado ha pretendido sintetizar los puntos más relevantes concernientes al ámbito establecido como objeto de estudio en las páginas precedentes de la forma más clara posible, es decir, en los aspectos fundamentales dentro del campo del control empresarial y su confrontación con los derechos fundamentales del trabajador.

BIBLIOGRAFÍA

JURISPRIDENCIA

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 114/1984

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 120/1990, DE 27 DE JUNIO

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 186/2000

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 53/1985, DE 11 DE ABRIL

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 70/2002, DE 3 DE ABRIL

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 98/2000

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 98/2000, DE 10 DE ABRIL

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 99/1994

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, [143/1994](#), DE 9 DE MAYO

SENTENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS DEL 3 DE ABRIL DE 2007

(STEDH3/4/2007) (CASO *COPLAND*)

SENTENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS DEL 5 DE SEPTIEMBRE DE 2017 (STEDH5/9/2017)

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCÍA (SALA DE LO SOCIAL), DE 14 DE MAYO DE 2015,

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ASTURIAS (SALA DE LO SOCIAL), DE 15 DE NOVIEMBRE DE 2013

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MURCIA (SALA DE LO SOCIAL), DE 25 DE ENERO DE 2010

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PAÍS VASCO (SALA DE LO SOCIAL), DE 30 DE JUNIO DE 2008,

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 26 DE FEBRERO DE 1986 (STS 10925/1986)

NORMATIVA

Constitución Española, 1978

Convenio nº108 del Consejo de Europa de 1981

Convenio nº181 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, 1 de abril de 2015
mediante la Recomendación CM/Rec (2015)5

Convenio nº181 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, Recomendación N.º 89
(2), de 18 de enero de 1989

Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948.

Estatuto de los Trabajadores (ET)

Ley de Prevención de Riesgos Laborales

Ley Fundamental de la República Federal de Alemania 1949

Ley Orgánica 1/1982 del 5 de mayo de protección civil del derecho al honor, a intimidad
personal y familiar y la propia imagen.

Ley Orgánica 15/1999 del 13 de diciembre de Protección de Datos (LOPD).

Recomendación de la Comisión de 12 de mayo de 2009. DOCE L 122, de 16 de mayo de
2009

DOCTRINA, ARTÍCULOS ESPECIALIZADOS, ESTADÍSTICAS

Aparicio Aldana R. (2016) *Los derechos fundamentales en la relación laboral: una
alternativa al conflictivismo*.

Cervini, R. (2008) *El elemento estatuario del secreto como instrumento de efectiva
realización de las garantías..* Consultado el 10/5/20018 en
https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080630_01.pdf

Cooley, T. M. (1868) *“A Treatise on the Constitutional Limitations which Rest upon the
Legislative Power of the States of the American Union”*. Boston, Little, Brown and Co.

Cremades Chueca, O. (2018). *“Impacto teórico-práctico del BYOD en el derecho del
trabajo*. RTSS.CEF, Núm 423

Villa Gil, L. E. de la (Dir) (2006). *“Ley de Procedimiento Laboral comentada y con
jurisprudencia”*. Ed. La Ley. Madrid.

Goñi Sein, J. L. (1988). “*El respeto a la esfera privada del trabajador*”. Ed. Civitas. Madrid,.

Instituto nacional de estadística 2017. Consultado el 14/3/2018
http://www.ine.es/dyngs/INEbase/es/operacion.htm?c=Estadistica_C&cid=1254736176743&menu=ultiDatos&idp=1254735576692

Lanzadera Arencibia, E. (2017). *La eficacia del derecho a la intimidad en el entorno digital y su protección. Especial referencia a la relación laboral.*

López de la Fuente G. (2017) *LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS SOBRE EL CONTROL DE LAS COMUNICACIONES ELECTRÓNICAS EN EL TRABAJO: ¿EL FIN DE UNA ETERNA CUESTIÓN? Revista de Estudios Europeos* n. 69, enero-junio,

MARTÍNEZ FONS, D. (2005) “El control empresarial del uso de las nuevas tecnologías en la empresa”. Ed. La Ley. Madrid.

Sanfulgencio S. *Recomendación del Consejo de Europa para la protección de datos el ámbito laboral: CM/Rec(2015)5* Blog Cuatrecasas. Consultado el 9/5/2018 en <https://blog.cuatrecasas.com/propiedad-intelectual/recomendacion-del-consejo-de-europa-para-la-proteccion-de-datos-el-ambito-laboral-cmrec20155/>

Tapia Hermida, A. (2005). "La protección de los derechos fundamentales en el Derecho comunitario. Sus funciones. La «dignidad humana» como principio general del derecho y norma jurídica". *Revista de Trabajo y Seguridad Social* (Centro de Estudios Financieros). N.º 265. Abril.

Tascón Lopez R. 2017. *Tecnovigilancia Empresarial y Derecho de los Trabajadores*. RTSS. CEF, núm. 415 (octubre) Págs. 53-92.