

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

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

Director de la Revista Temas Laborales

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

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

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

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

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

ÍNDICE

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

1. LA EMERGENTE TRASCENDENCIA DE LAS FACULTADES DE CONTROL EMPRESARIAL

Durante bastantes décadas se ha prestado una escasa atención a las facultades de control del empleador de la actuación de sus empleados, cuando menos si ello se contrasta con el superior interés que tradicionalmente se ha dedicado a las otras dos principales manifestaciones de los poderes empresariales: el poder de dirección y el poder disciplinario. Es cierto que desde tiempo atrás se han desarrollado encomiables estudios monográficos en torno a las facultades de vigilancia empresarial, si bien las mismas han pasado bastante inadvertidas hasta tiempo reciente¹. Las facultades de control no han pasado de observarse como una institución instrumental de los otros poderes empresariales, el de comprobación del efectivo cumplimiento de las órdenes e instrucciones del empleador, así como de la obtención de las pruebas oportunas a efectos de garantizar un correcto ejercicio del poder disciplinario del empleador. Por contraste, en menos ocasiones se ha enfocado el control empresarial con la suficiente autonomía institucional como para responder a pautas y principios inspiradores propios.

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

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

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

Frente al panorama precedente, sin lugar a dudas cuando menos sorprendente, se produce un cambio notable de orientación, de modo que desde muy diversas esferas se aprecia un especial sensibilidad al alcance, garantía y límites del ejercicio de las mencionadas facultades de control. Arranca con una atención más señalada por parte de los Tribunales de Justicia a determinadas denuncias de particulares, asuntos que se comienzan a valorar como emblemáticos, dando lugar a la aparición de una especial consideración por parte de la doctrina², lo que acaba desembocando en cambios legislativos emergentes con impacto notable al efecto.

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

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

En primer lugar, resalta la irrupción de ciertas tecnologías que, al tiempo que permiten intensificar, a extremos insospechados en el pasado, la capacidad de vigilancia y seguimiento de la actividad del trabajador por parte del empleador, se han convertido en medios poco costosos que como tales facilitan su extensión a la generalidad de las empresas. Basta con un simple recordatorio de estos mecanismos para comprender la amplitud de los mismos en el ámbito de lo laboral: control de los dispositivos digitales y del uso que de los mismos realizan los trabajadores (ordenador, ipad, teléfono móvil, etc.), control de las conversaciones a través de su seguimiento por vías diversas (correo electrónico, messenger, redes sociales, etc.), mecanismos más o menos sofisticados de control técnico de la persona del trabajador y de sus actividades (videovigilancia, grabación del sonido, geolocalizadores, controles biométricos³, tratamiento de los datos en masa a través de

² Por todos, A. Desdentado Bonete y A. B. Muñoz Ruiz, *Control informático, videovigilancia y protección de datos en el trabajo*, Valladolid 2012. G. Fabregat Monfort, *El control empresarial de los trabajadores a través de las nuevas tecnologías: algunas ideas claves*, *Trabajo y Derecho* nº 5 (2015). M. E. Casas Baamonde, *Informar antes de vigilar ¿tiene el Estado la obligación positiva de garantizar un mínimo de vida privada a los trabajadores en la empresa en la era digital? La necesaria intervención del legislador laboral*, *Derecho de las Relaciones Laborales* nº 2 (2018). J. L. Goñi Sein, *La videovigilancia empresarial y la protección de datos personales*, Madrid 2007. S. Rodríguez Escanciano, *Poder de control empresarial, sistemas tecnológicos y derechos fundamentales de los trabajadores*, Valencia 2015, *Derechos laborales digitales: garantías e interrogantes*, Pamplona 2019.

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

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

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

A mayor abundamiento, las nuevas formas de organización empresarial en clave de descentralización productiva, permiten una intensificación de las relaciones de colaboración, cuando no de imbricación, en las empresas en red. Esa conexión en red de las empresas suministra al empleador una utilísima información por parte de las otras empresas de la conducta de los empleados de la primera. De este modo, en muchas ocasiones el empleador logra un control más eficaz de sus empleados vía la actuación que a tal efecto realizan las empresas principales, contratistas y subcontratistas⁴. Tales empresas, sin asumir en modo alguno los poderes directivos y del control, titularidad del empleador en el contrato de trabajo, actúan como instrumento clave de información, proporcionándole al empleador datos de la conducta de sus empleados más allá del canal tradicional de mando interno en el seno de la empresa. Manteniendo el empleador el pleno ejercicio del poder de dirección, estas otras empresas coadyuvan intensamente a una vigilan-

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

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

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

2. DERECHOS Y PRINCIPIOS JURÍDICOS INVOLUCRADOS

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

3. FUENTES NORMATIVAS DE REFERENCIA Y PROTECCIÓN JUDICIAL MULTINIVEL

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

En el ámbito del Consejo de Europa, es obligado llamar la atención acerca de la importancia del Convenio Europeo de Derechos Humanos, especialmente del reconocimiento en el mismo del derecho de “toda persona al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia” (art. 8). Ello ha dado lugar a importantes pronunciamientos por parte del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, a pesar de la impronta inicial de tutela pública de estos derechos por parte del Convenio, con una progresiva garantía de la eficacia entre particulares del derecho a la vida privada del trabajador⁵.

⁵ Cfr. J. Cruz Villalón, La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derecho Humanos en materia laboral, *Temas Laborales* nº 145 (2018). C. Molina Navarrete, El derecho a la vida privada del trabajador en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ¿diálogo o conflicto con la jurisprudencia nacional?, en el mismo número.

El siguiente nivel de referencia es necesariamente el correspondiente a la Unión Europea. A tal efecto, obligado es comenzar con la mención a la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, donde resalta el reconocimiento del derecho de toda persona “al respecto de su vida privada y familiar” (art. 7), con autónoma y especial atención “a la protección de datos de carácter personal”, con específica referencia a su tratamiento leal, para fines concretos y legítimos, sobre la base del consentimiento del interesado, con el derecho de acceso y rectificación, así como control de su corrección por parte de una autoridad independiente (art. 8). Aunque no se ha producido una atención específica al ámbito de lo laboral, la materia se ha desarrollado intensamente a través del correspondiente Reglamento General de la Unión Europea⁶, siendo de especial importancia al efecto la constitución de un Comité Europeo de Protección de Datos (arts. 68 ss) de especial relevancia en lo que se refiere a la determinación concreta del alcance de la protección de datos personales en muy diversos ámbitos entre ellos el laboral. Por contraste, en esta materia hasta el presente la intervención del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha sido escasa, pero no es descartable que adquiera una mayor relevancia en el inmediato futuro.

En el ámbito nacional, además de los preceptos constitucionales a los que ya hemos hecho referencia, es de obligada referencia la Ley Orgánica de Protección de Datos Personales y garantía de derechos digitales⁷, que contiene previsiones específicas en materia laboral (art. 87 ss) y con introducción de un precepto novedoso al efecto dentro del Estatuto de los Trabajadores (art. 20 bis). La directa afectación al texto constitucional de la materia de referencia, tal como es fácil imaginar, ha dado la oportunidad a pronunciamientos, igualmente de primer nivel, por parte de nuestro Tribunal Constitucional, sin desconocer tampoco la trascendencia de la intervención al efecto por parte de nuestro Tribunal Supremo, especialmente por su sala de lo social.

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

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

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

⁸ “Los Estados miembros podrán, a través de disposiciones legislativas o de convenios colectivos, establecer normas más específicas para garantizar la protección de los derechos y libertades en relación con el tratamiento de datos personales de los trabajadores en el ámbito laboral, en particular a efectos de contratación de personal, ejecución del contrato laboral, incluido el cumplimiento de las obligaciones establecidas por la ley o por el convenio colectivo, gestión, planificación y organización del trabajo, igualdad y diversidad en el lugar de trabajo, salud y seguridad en el trabajo, protección de los bienes de empleados o clientes, así como a efectos del ejercicio y disfrute, individual o colectivo, de los derechos y prestaciones relacionados con el empleo y a efectos de la extinción de la relación laboral”.

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

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

La afirmación de la viabilidad constitucional de la actuación de la negociación colectiva viene determinada por la reserva de Ley orgánica establecida respecto de la regulación de lo que atañe a los derechos fundamentales y libertades públicas (art. 81 CE). No está de más por ello recordar que la jurisprudencia constitucional ha precisado que la reserva de Ley Orgánica sólo refiere a su desarrollo directo, “pues este artículo y las otras muchas alusiones de la Constitución al instrumento de la Ley Orgánica en materias concretas, que, como se ha dicho, convierte a las Cortes en «constituyente permanente» no puede extremarse, con los importantes problemas de consenso interno que conlleva, al punto de convertir el ordenamiento jurídico entero en una mayoría de Leyes Orgánicas, ya que es difícil concebir una norma que no tenga una conexión, al menos remota, con un derecho fundamental”¹¹. Específicamente el propio Tribunal Constitucional ha admitido que la negociación colectiva, en aras de propiciar que los convenios desarrollen la importante función constitucional que se le encomienda de gestionar las relaciones laborales, pueda actuar sobre ciertos aspectos del ejercicio del derecho constitucionalizado, como es el relativo al derecho al trabajo, en particular pactando cláusulas de jubilación forzosa¹². La propia Agencia Española de Protección de Datos acepta y toma como referencia ciertas intervenciones de la negociación colectiva¹³. E, incluso, así lo acepta el Tribunal Supremo, por ejemplo en relación con los exámenes médicos en las fases precontractuales¹⁴.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Eso sí, de la literalidad de los dos preceptos principales de referencia en la remisión a la negociación colectiva podría deducirse alguna novedad en orden a la orientación que debe tener la negociación colectiva en este terreno. Me refiero al hecho de que ambos preceptos se remiten a la negociación colectiva facultándola bien para establecer “normas más específicas para garantizar” la protección de datos personales del trabajador¹⁵, o bien para establecer “garantías adicionales” en el tratamiento de datos en el uso de los dispositivos digitales¹⁶. Querría ello decir que la negociación colectiva en esta materia no podría intervenir ampliando las facultades empresariales de control cuando afectan a la tutela de la protección

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

¹⁶ Art. 91 Ley Orgánica 3/2018.

de datos personales, sino exclusivamente en la dirección de incrementar la tutela de los trabajadores, imponiendo mayores límites y requisitos procedimentales. A pesar de ello, resulta obligado recordar que alguna sentencia de nuestro Tribunal Constitucional lo ha interpretado en sentido inverso a la premisa precedente, entendiendo en un caso concreto que, en la medida en que la negociación colectiva tipificaba como infracción laboral la utilización privada del ordenador de la empresa, la misma estaba de manera implícita facultando al empleador a realizar el control del uso de dicho ordenador por parte del trabajador¹⁷.

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

4. LA LABORALIDAD DE LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS

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

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

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

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

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

No cabe la menor duda de que no es posible elevar las típicas manifestaciones de las facultades de control a la categoría de requisito esencial diferencial de la laboralidad, comparativamente con el trabajo autónomo, por cuanto que en muchas de las expresiones de éste último se detectan formas significativas de control del trabajo efectuado en régimen de autonomía. Sin embargo, en el marco de las nuevas formas flexibles de empleo, sí que cabe considerar que una presencia intensa de las facultades de control, que posibilitan un cierto debilitamiento de las expresiones más clásicas de los poderes directivos, pueden convertirse en un nuevo indicio, en un indicio especialmente relevante de la concurrencia del requisito de la subordinación consustancial a la laboralidad de la prestación de servicios sometida a contrato de trabajo¹⁸.

5. LA GENÉRICA INEXIGIBILIDAD DE AUTORIZACIÓN JUDICIAL

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

Empezando por los datos más objetivos y externos, los relativos a los requisitos de procedimientos, debe comenzarse en negativo por destacar una exigencia constitucional que ha pasado prácticamente inadvertida en el ámbito de lo laboral. Me refiero en particular a la garantía constitucional del secreto de las comunicaciones, que sólo se admite previa “resolución judicial” (art. 18.3 CE). Se trata de una garantía respecto de todo tipo de medios a través de los cuales se garanticen las comunicaciones; si bien se mencionan de manera expresa las postales, telegráficas y las telefónicas, es indiscutible que se extiende a cualesquiera otros medios técnicos a través de las comunicaciones, extendido sin lugar a dudas a los novedosos desde el punto de vista tecnológico, desconocidos en el momento de la entrada en vigor del texto constitucional: correo electrónico, whatsapp, redes sociales en general¹⁹. El imperativo constitucional es de tal importancia, que la transgresión del mismo, la interceptación de las comunicaciones sin autorización judicial, puede comportar la comisión de una conducta delictiva.

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

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

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

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

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

A tenor de lo anterior, a algunos ha sorprendido algún pronunciamiento de la sala de lo penal del Tribunal Supremo, que se orienta en sentido inverso, no admitiendo como prueba procesal una interceptación de las comunicaciones por parte del empleador que afectaba a uno de sus empleados²⁰. Se trataba por añadidura de una intervención de las comunicaciones del trabajador por parte del empleador que se había sometido a los criterios establecidos como necesarios por parte de la jurisdicción social y, a pesar de ello, se había concluido en la inadmisibilidad de la información obtenida a través de esta intervención como medio de prueba procesal. La imposición de este requisito de la resolución judicial previa autorizatoria se

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

estima como estricta por parte del Tribunal, sin admitir excepciones al efecto, ni por razón de la herramienta empleada, de su titularidad, del momento temporal del control ni por la posible concurrencia de una renuncia tácita²¹.

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

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

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

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

contradictorias una sentencia laboral de procedencia del despido al mismo tiempo que una resolución judicial de sobreseimiento de las actuaciones o de declaración de no culpable penalmente el trabajador por los mismos hechos²².

6. LA EXCEPCIONALIDAD DE LOS CONTROLES OCULTOS

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

La legislación sí que obliga consultar, vía la solicitud de emisión de informe previo, a los representantes de los trabajadores en relación con la implantación y revisión de los sistemas de control del trabajo (art. 64.5 f ET), posiblemente en términos muchos más claros que los previstos en la Ley orgánica, que a erróneamente habla exclusivamente de deber de información (art. 89.1 Ley orgánica 3/2018), que en modo alguno podría interpretarse como una voluntad de modificación n clave de reducción de la intervención de los representantes de los trabajadores en esta materia²³. En todo caso, desde la perspectiva que estamos analizando aquí, lo anterior no prejuzga en relación con la previa y complementaria información que se debe proporcionar a los trabajadores individualmente considerados; ni puede entenderse que la intervención de los representantes haga innecesaria la información directa a la plantilla, ni que a la inversa la información a los trabajadores individuales permita omitir la consulta a los representantes. En todo caso, lo que sí es cierto es que los representantes de los trabajadores ostentan la facultad de informar a sus representados (por tanto, de informar a los trabajadores) en todos los temas y cuestiones señalados en el precepto relativo a las competencias de tales representantes (art. 64.7 e ET); por tanto, los representantes tienen la facultad de informar a los trabajadores de la implantación y revisión de los sistemas de control del trabajo, lo cual, naturalmente, no exime de la obligación de información directa por parte de la dirección de la empresa al conjunto de los empleados de la misma.

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

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

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

dispositivos de videovigilancia y de captación de sonidos en el lugar de trabajo, así como la implantación de los sistemas de geolocalización, con información clara y concisa del alcance de estas medidas de control (art. 89 y 90 Ley Orgánica 3/2018)²⁴. Por el contrario, respecto del resto de los dispositivos digitales, la Ley lo enfoca más en relación con su uso por parte de los trabajadores, por lo que se limita a establecer el deber empresarial de informar a los trabajadores de los criterios de utilización, pero sin aclarar de manera expresa si ello también se refiere a la utilización que de los mismos puede realizar el empleador como medida de control de la actividad del trabajador (art. 87 Ley orgánica 3/2018). Para el resto de las medidas de control nada establece la normativa, de modo que la incertidumbre es notable. Ni siquiera ello se recoge como obligación general en la normativa de la Unión Europea que relaciona los elementos esenciales de la relación laboral sobre los que debe informar el empleador a sus trabajadores²⁵.

Por mencionar un caso sorprendente, la norma de referencia entre nosotros, al menos formalmente, no está exigiendo la presencia del trabajador afectado en el caso del registro de sus taquillas y efectos personales, a pesar de que sí exija la presencia de un representante de los trabajadores o de otro trabajador si fuese posible (art. 18 ET)²⁶. Ello podría llevar a deducir que si no se está exigiendo la presencia física del interesado en el momento del registro, tampoco se está imponiendo el deber de informar que se va a proceder al registro, lo que se podría en sede teórica llevar a cabo a espaldas del propio interesado. Sin embargo, por el contexto general de la regulación, por el tipo de elementos a registrar, por su posible afectación a elementos que inciden sobre la intimidad del trabajador, por la exigencia de que el registro se realice en el centro de trabajo y durante la jornada laboral²⁷, se puede sobreentender que está exigiendo la presencia del trabajador afectado y, con ello, el conocimiento por parte del trabajador del registro en cuestión. A pesar de todo lo anterior, no diciéndolo expresamente el precepto de referencia, la respuesta no puede ser contundente e indubitada.

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

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

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

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

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

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

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

Aunque sí cabría establecer un principio general de necesaria información al interesado de las medidas de control establecidas en la empresa. Tal es precisamente el criterio desde el que se parte por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en un caso dictado en Gran Sala, de control oculto del contenido de los correos electrónicos, a pesar de que el empleador había advertido que quedaba prohibido el uso privado de un sistema de mensajería para fines exclusivamente empresariales²⁸. A nuestro juicio, la premisa de partida es que estando en juego una posible lesión del derecho a la privacidad del trabajador como derecho fundamental, que sucesivamente puede estar en juego el posible derecho a la defensa judicial en una hipotética reclamación del trabajador, entendemos que el deber de buena fe empresarial ha de conducir a un deber de transparencia y, con el mismo, a un derecho al conocimiento por parte del trabajador de los medios de control que se adoptan por la empresa de su actividad y de su conducta. El deber de buena fe empresarial impuesto en lo laboral ha de entenderse como un fundamento de la imposición de esta obligación de información con carácter general para cualquier

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

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

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

Así, a nadie se le escapa que hay determinados medios de control que sólo se pueden realizar sin el conocimiento del trabajador. Baste mencionar al efecto los controles que puede llegar a encomendar el empleador a detectives profesionales privados. Por propia esencia, la actividad de estos profesionales se debe realizar con ocultamiento al trabajador de que este control se está llevando a cabo. En la medida en que se acepta la licitud de utilizar este medio de control vía detectives privados es obvio que se está admitiendo que ello se lleve a cabo de manera oculta, al extremo que la propia jurisprudencia otorga valor probatorio procesal a los informes de parte elaborados por tales detectives²⁹. Ciertamente, encontrándonos ante una excepción a la regla general del conocimiento del trabajador del control que se realiza, ello debe afectar a los supuestos en los que es admisible que el mismo se lleve a cabo por medio de detectives, por cuanto que los riesgos invasivos en la privacidad del trabajador son superiores, pero una vez admitido que concurren causas justificadas que así lo avalan, la excepción ha de aceptarse como correcta y plenamente lícita. En todo caso, se trata de una medida de control muy empleada y admitida de manera generalizada para los supuestos de control por parte del empleador del efectivo estado de salud del trabajador que justifica su baja laboral³⁰.

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

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

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

de mercancías en la empresa³¹. En este supuesto, por añadidura, nos enfrentamos a un caso para el que, tal como hemos apuntado previamente, la propia legislación nacional hoy establece de manera indubitada y sin excepciones el deber empresarial de información al trabajador de la implantación de este sistema de control (art. 89 Ley Orgánica 3/2018). En sede teórica, refiriéndonos en general a la relación entre Convenio Europeo y norma nacional, se podría interpretar que, más allá de los límites posibles a los derechos reconocidos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos en relación con el derecho a la intimidad, así como de la doctrina sustentada por el Tribunal Europeo, nada impediría que la legislación española fuese más garantista, imponiendo un generalizado deber de información y, por ende, una prohibición absoluta de sistemas de videovigilancia oculta. Dicho de otro modo, sería imaginable que primero el TEDH admitiese los controles ocultos y posteriormente el legislador nacional, conocedor de esta doctrina, deseara que en nuestro ámbito interno no fuesen admisibles los controles ocultos, en una línea más garantista que el Convenio europeo. No obstante, teniendo en cuenta que la doctrina del TEDH no pudo ser tomada en consideración en el momento de la elaboración de la Ley orgánica española de diciembre de 2018, ello a nuestro juicio impide entender que la voluntad del legislador se haya orientado en la línea de la posible interpretación precedente y, en particular, de impedir la aplicación en nuestro país de los límites derivados de la sentencia López Ribalda II mencionada. Entendemos que esa no es la interpretación más acertada. Dicho de otro modo, más allá de lo establecido por la Ley orgánica española, ha de entenderse que la lógica de la jurisprudencia asentada por el Tribunal de Estrasburgo es la de abrir una excepción a la regla general establecida entre nosotros de la prohibición de los sistemas de videovigilancia oculta. De futuro nada impediría que el legislador español excluyera los sistemas de vigilancia oculta, pero hoy por hoy ha de realizarse una lectura integrada de Ley orgánica y jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo que desemboca en la autorización de las cámaras ocultas en los supuestos excepcionales señalados previamente.

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

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

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

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

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

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

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

7. LA DESCONEXIÓN TEMPORAL DE LOS CONTROLES

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

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

alcance y límites del ejercicio del poder de dirección durante estos tiempos de no trabajo, la desconexión también puede venir referida al ejercicio de las facultades de control del empleador³². En la medida en que las facultades de control se presentan como instrumentales respecto del poder de dirección, la interrelación entre ambas es clara, de modo que de principio allí donde concluye el poder de dirección por terminación de la jornada de trabajo igualmente termina el ámbito de actuación empresarial en el ejercicio de sus facultades de control. Ahora bien, las facultades de control también gozan de una esfera de autonomía y no es cierto que sean exclusivamente un instrumento de efectividad del poder de dirección; dicho de otro modo, las facultades de control van más allá de ser un medio de comprobación que el trabajador atiende a las órdenes e instrucciones recibidas por el empleador, sino que también, pueden abarcar una verificación del cumplimiento de deberes laborales del trabajador que han de atenderse sin necesidad de que se conecte con el ejercicio del poder de dirección empresarial. Incluso las facultades de control van más allá de lo anterior, por cuanto que pueden abarcar deberes de conducta del trabajador exigibles fuera del tiempo de trabajo, incluso en periodos de suspensión de la relación laboral donde el trabajador queda exonerado de la obligación de prestación de servicios y, por ende, no cabe en sede teórica ejercicio del poder de dirección del empleador.

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

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

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

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

Especialmente delicado puede presentarse el mantenimiento del uso de los sistemas de geolocalización fuera de la jornada de trabajo. De principio, podemos afirmar que, a pesar de que la norma nada diga al respecto, su funcionalidad se encuentra en la posibilidad de localizar al trabajador durante los tiempos de trabajo, a los efectos de comprobar dónde se encuentra situado el mismo a los efectos de si está cumpliendo con las órdenes recibidas o bien para poder organizar mejor el trabajo de sus empleados. Siendo ello así, carece de todo su sentido que el sistema de geolocalización funcione fuera de la jornada de trabajo, incluso durante las pausas en medio de la jornada de trabajo³³. Eso sí, una vez más, una afirmación absoluta en este terreno no deja de suscitar ciertas dudas. Por ejemplo, hemos de preguntarnos si es posible que el sistema de geolocalización funcione no sólo funcionalizado a controlar al trabajador, sino también a los medios materiales con los que se trabaja; por ejemplo, el posible derecho del empleador a tener identificada la ubicación de sus vehículos fuera de la jornada de trabajo. El problema en estos casos reside en que el control del vehículo casi siempre lleva anudado el control de la ubicación del mismo trabajador fuera de la jornada de trabajo. A estos efectos, habría que diferenciar según que el trabajador se encuentre o no autorizado para utilizar el medio de trabajo, en el ejemplo el vehículo, para fines particulares fuera de la jornada de trabajo; caso de que tal autorización existiese, a nuestro juicio, no cabe la menor duda de que durante estos períodos no cabría que se mantuviese activo el sistema de geolocalización. Por el contrario, si el vehículo a la conclusión de la jornada debe depositarse en un lugar preciso, predeterminado por el empleador, ha de entenderse que el sistema de geolocalización puede mantenerse activo fuera del tiempo de trabajo, ya que el mismo no se encuentra a disposición del trabajador.

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

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

Por lo demás, existen supuestos en los que hay un componente singular en la prestación de servicios que justifica una intensificación de los deberes laborales más allá del tiempo de trabajo, con expansión a los períodos ocio, como pueden ser los casos especiales de la relación laboral de los deportistas profesionales o bien de los profesionales destinados a la transmisión del ideario propio de las empresas de tendencia³⁴.

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

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

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

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

8. ESPACIOS RESERVADOS A LA INTIMIDAD DEL TRABAJADOR

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

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

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

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

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

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

Primero, la toma en consideración de la inviolabilidad del domicilio privado. Si el poder público, por ejemplo, la Inspección de Trabajo tiene vedado entrar en el domicilio privado para efectuar sus funciones de vigilancia del cumplimiento de la legislación, salvo autorización judicial expresa o casos de flagrante delito³⁵, con mucho mayor motivo queda vedado al empresario la extensión de sus facultades de control al ámbito del domicilio privado del trabajador. Tal como se contempla en el texto constitucional, “El domicilio es inviolable. Ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito” (art. 18.2 CE). Dicho precepto resulta plenamente aplicable al ámbito laboral, de lo que deriva una total imposibilidad de que las facultades de control puedan contravenir esta prohibición de entrada o registro del domicilio del trabajador por parte del empleador. Más aún, teniendo en cuenta la prohibición de disposición de derechos del trabajador (art. 3.5 ET), y el carácter irrenunciable de los derechos fundamentales, ha de entenderse que ni siquiera sería aceptable que el trabajador prestase su consentimiento a la entrada o registro en el domicilio particular, ni para acto concreto ni mucho menos para una autorización de inspección general por parte del empleador o persona en quien este delegue. Desde muy diversa perspectiva, se ha destacado cómo la posición de desequilibrio contractual del trabajador provoca una enorme debilidad en el libre consentimiento del trabajador en estos casos, de modo que ha de afirmarse que su consentimiento no puede constituir en estos casos título justificativo que permita levantar la prohibición de entrada y registro del domicilio del trabajador.

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

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

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

Segundo, incluso dentro de los locales de la empresa y durante la jornada de trabajo pueden identificarse espacios reservados a la estricta intimidad del trabajador, que queden vedados al control del empleador cuando el trabajador se encuentra en los mismos. Ejemplo paradigmático de ello lo constituye la prohibición absoluta de implantar sistemas de videovigilancia dentro de los servicios de la empresa, taxativamente prohibidos por la jurisprudencia³⁶. La normativa reciente incluso es más tajante en la delimitación de los espacios prohibidos a la instalación de la videovigilancia: “En ningún caso se admitirá la instalación de sistemas de grabación de sonidos ni de videovigilancia en lugares destinados al descanso o esparcimiento de los trabajadores o los empleados públicos, tales como vestuarios, aseos, comedores y análogos” (art. 89.2 Ley Orgánica 3/2018).

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

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

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

especialmente cuando se trata del uso de dispositivos titularidad de la empresa³⁷. De este modo se establece una vez más una estrecha relación entre poder de dirección y poder de control. Debe tenerse en cuenta que a estos efectos, la normativa establece un genérico deber de control de estos dispositivos cuando los mismos son puestos a disposición del trabajador por la empresa: “El empleador podrá acceder a los contenidos derivados del uso de medios digitales facilitados a los trabajadores a los solos efectos de controlar el cumplimiento de las obligaciones laborales o estatutarias y de garantizar la integridad de dichos dispositivos” (art. 87.2 Ley orgánica 3/2018). En todo caso, el asunto no es tan simple, de modo que se pueda establecer una plena automaticidad entre titularidad del dispositivo y facultad de comprobación de su contenido por parte del empleador. En efecto, de la propia literalidad de la norma resulta claro que el control lo es a los exclusivos fines de “controlar el cumplimiento de las obligaciones laborales” así como “de controlar la integridad de dichos dispositivos”. A tal efecto, debe tenerse en cuenta que tales dispositivos pueden ser utilizados no sólo a efectos de desarrollo de la prestación de servicios sino también a efectos personales, incluso que ese uso personal puede ser lícito.

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

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

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

tuado una prohibición expresa de su uso para fines privados³⁸, en tanto que cuando concurre dicha prohibición expresa desaparece tal expectativa y, por tanto, es lícito el control³⁹; sin embargo, posteriormente matizó o corrigió la alternativa anterior, considerando que la mera tolerancia en el uso privado no comporta autorización para ello y que, por tanto, no concurre una expectativa de intimidad que impida el control empresarial⁴⁰. A pesar de ello, ha de tenerse en cuenta que la imposición de la obligación de establecer los protocolos de uso de los dispositivos es posterior a la citada doctrina, incluso que la misma puede entenderse contradictoria con la doctrina *Barbulescu II*⁴¹.

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

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

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

³⁹ STS 6 de octubre de 2011, rec. 4053, ECLI:ES:TS:2011:8876.

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

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

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

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

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