

LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DEL TRABAJADOR FRENTE A LOS NUEVOS INSTRUMENTOS DE CONTROL EMPRESARIAL¹

ALICIA VILLALBA SÁNCHEZ

*Profesora contratada interina de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Santiago de Compostela*

Fecha de recepción: 07/10/2016

Fecha de aceptación: 10/10/2016

SUMARIO: 1. LA PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL DE LA VIDA PRIVADA DEL TRABAJADOR: DIMENSIÓN LABORAL Y DIMENSIÓN EXTRALABORAL. 2. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DEL TRABAJADOR FRENTE AL EJERCICIO DEL PODER DE VIGILANCIA Y CONTROL POR PARTE DEL EMPRESARIO A TRAVÉS DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y DE LA COMUNICACIÓN. 2.1. El derecho a la intimidad y a la propia imagen del trabajador; 2.2. El derecho al secreto de las comunicaciones del trabajador. 3. CONCLUSIONES.

RESUMEN: La sumisión del trabajador al poder de vigilancia y control del empresario no ha de suponer una abdicación absoluta de sus derechos fundamentales, en decir del sumo intérprete de la Constitución. No obstante, la aplicación de nuevas tecnologías que permiten la grabación y el registro de la actividad del trabajador han hecho a este más vulnerable frente a una eventual intromisión ilegítima del empresario en su esfera privada. Ante la ausencia de una normativa específica que regule el control tecnológico de la prestación de

.....

¹ Este trabajo forma parte de las actividades programadas para el tercer año de vigencia del Proyecto de investigación del MINECO, titulado «Análisis jurídico del teletrabajo en España y en el Derecho comparado» (DER2013-43615-R), cuya investigadora principal es la Prof.^a Lourdes Mella.

trabajo, procede abordar la interpretación que el Tribunal Constitucional ha deparado al contenido esencial del derecho a la propia imagen, a la intimidad, o al secreto de las comunicaciones del trabajador.

ABSTRACT: Subjecting the employee to the supervision and control of the employer must not suppose an absolute abdication of their fundamental rights, as stated by the higher interpreter of the Constitution. However, the use of new technologies that allows the employer to record employee's activity has made him more vulnerable to an illegal intrusion into his own privacy. Given the lack of specific legislation governing the technological control of the employee, we must to address the Constitutional Court interpretation of the essential meaning of the right to self-image, the right to privacy and the right to secrecy of the employee's communications.

PALABRAS CLAVE: Poder de control empresarial, nuevas tecnologías de la información y de la comunicación, vida privada del trabajador, derecho a la intimidad, derecho al secreto de las comunicaciones.

KEYWORDS: Supervision and control power of the employer, new information and communication technologies, employee's privacy, right to privacy, right to secrecy of the employee's communications.

I. LA PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL DE LA VIDA PRIVADA DEL TRABAJADOR: DIMENSIÓN LABORAL Y DIMENSIÓN EXTRA-LABORAL

La regulación del tiempo de trabajo permite llevar a cabo una separación teórica entre la vida laboral y la vida extralaboral del trabajador. La primera comprendería las horas, días, semanas o años de vida dedicados al cumplimiento de la prestación de trabajo comprometida. A la segunda se atribuiría, por defecto, el resto del tiempo libre del que dispone el trabajador, tiempo que podrá dedicar al descanso, al cuidado de la familia, al desarrollo de actividades formativas o, en definitiva, a hacer aquello que estime oportuno. Durante esta «vida extralaboral» al trabajador le asiste el derecho a preservar su intimidad frente a toda injerencia empresarial. No cabe afirmar lo mismo con respecto a la vida laboral del trabajador, habida cuenta de las limitaciones que se derivan del ejercicio del poder de vigilancia y control por parte del empresario. Adviértase, no obstante, que la obligación de prestar servicios durante el tiempo de trabajo no ha de comportar en modo alguno un sacrificio absoluto de su derecho a la intimidad; de lo contrario, el correcto cumplimiento de la prestación de servicios haría del trabajador una mera máquina o semoviente puesto a disposición de las necesidades del empresario. Ha de admitirse que durante su vida laboral el trabajador también puede ejercer una serie de derechos vinculados al desarrollo de su vida personal. A ello se refería el Tribunal Constitucional -en adelante, TC- en su célebre sentencia 88/1985, de 19 de julio de 1985², cuando, cargando contra lo que hubo de calificar como «manifestaciones de feudalismo industrial», descartó que las organizaciones empresariales formasen «mundos separados y estancos del resto de la sociedad», de manera tal que la libertad de empresa pudiera legitimar el despojo transitorio o la limitación injustificada de los derechos fundamentales y libertades públicas de quienes prestaran servicios en aquellas por cuenta y bajo la dependencia de sus titulares.

Lo expuesto recomienda partir de la siguiente premisa: la vida personal del trabajador transcurre durante el disfrute de su vida extralaboral, pero también constante el desarrollo de su vida laboral, de manera tal que existirá una esfera de privacidad a salvaguardar incluso durante el tiempo dedicado a la prestación de servicios. La amplia extensión de

.....
2 Rec. núm. 788/1984, f. j. 2º.

la vida privada del trabajador permite afirmar que los derechos fundamentales llamados a protegerla gozan de un ámbito de aplicación igual de extenso, pudiendo distinguirse su dimensión extralaboral y su dimensión laboral.

Diversos son los derechos fundamentales implicados en la protección de esa esfera personal. Este trabajo se centrará en el estudio de aquellos que el texto constitucional ha reconocido como fundamentales y, dentro de estos, se hará hincapié en los denominados «derechos fundamentales inespecíficos»³, cuya titularidad corresponde a todo ciudadano, y, por ende, a todo trabajador⁴. Su respeto requiere, por lo general, un deber de abstención por parte del empresario, quien no ha de vulnerar el ámbito de protección que los mismos tejen en torno a la figura del trabajador. De entre todos ellos, el derecho a la intimidad personal y familiar⁵ constituye la barrera fundamental a través de la cual el trabajador puede defender su vida privada de toda injerencia proveniente del empresario. Conviene, a tal efecto, evocar el tenor literal de la STC 134/1999, de 15 julio⁶, donde se configuró el contenido esencial del derecho a la intimidad personal y familiar como el derecho «a tener vida privada, disponiendo de un poder de control sobre la publicidad de la información relativa a la persona y su familia», con el fin de «garantizar al individuo un ámbito reservado de su vida frente a la acción y al conocimiento de terceros, sean estos poderes públicos o simples particulares», lo que está ligado al respeto de su dignidad⁷. En el mismo sentido, la STC 186/2000, de 10 de julio⁸, alude al derecho al mismo como «núcleo central de la personalidad», lo que ha de conllevar una «facultad de exclusión de los demás, de abstención de injerencias por parte de otro, tanto en lo que se refiere a la toma de conocimientos intrusiva, como a la divulgación ilegítima de esos datos».

Pues bien, este derecho a la intimidad personal y familiar del trabajador, que persiste pese a su incorporación al ámbito de organización y dirección del empresario, se ha visto amenazado por el creciente recurso a las nuevas tecnologías en la empresa, debido al carácter invasivo de los medios tecnológicos utilizados por el empresario para llevar a cabo la vigilancia y control de la actividad del trabajador⁹. Las inmensas posibilidades que ofrecen las nuevas

3 Véase PALOMEQUE LÓPEZ, M. C., *Los derechos laborales en la Constitución Española*, CES, Madrid, 1991, pp. 31 y ss.

4 En decir de GOÑI SEIN («Los derechos fundamentales inespecíficos en la relación laboral en la relación laboral individual: ¿necesidad de una reformulación?», en VV. AA. *Los derechos fundamentales inespecíficos en la relación laboral y en materia de protección social*, Cinca. Madrid, 2014, pp. 21 y 21), tales derechos se convierten «en verdaderos derechos laborales cuando se hacen valer en el marco de la relación laboral».

5 Categorizando la intimidad familiar como una dimensión adicional a la intimidad personal: STC 60/2010, de 7 octubre (cuestión de inconst. núm. 8821-2005), f. j. 8º.

6 Rec. núm. 209-1996, f. j. 5º.

7 Añade que «lo que el art. 18.1 garantiza es un derecho al secreto, a ser desconocido, a que los demás no sepan qué somos o lo que hacemos, vedando que terceros, sean particulares o poderes públicos, decidan cuáles sean los lindes de nuestra vida privada pudiendo cada persona reservarse un espacio resguardado de la curiosidad ajena, sea cual sea lo contenido en ese espacio» (cit.).

8 Rec. núm. 2662-1997.

9 Sobre este extremo, la doctrina alude a la «capacidad intrusiva y fiscalizadora» de las nuevas tecnologías de la

tecnologías superan con mucho las que ofrecían de los tradicionales métodos de supervisión basados en la observación directa por parte del empresario o de la persona en la cual aquel delegara esta facultad. A la potencial injerencia de los nuevos instrumentos de control hay que añadir los riesgos derivados de la obtención, conservación y utilización de los datos recabados a través de estos cauces, que ponen en peligro la vigencia de otros derechos fundamentales inespecíficos del trabajador, como la libertad ideológica, religiosa o de conciencia¹⁰. Resulta oportuno evocar el tenor literal de la STC 292/2000, de 30 de noviembre¹¹, cuando advierte que los datos recopilados bien pueden «servir para la confección de su perfil ideológico, racial, sexual, económico o de cualquier otra índole», o «para cualquier otra utilidad que en determinadas circunstancias constituya una amenaza para el individuo».

La implementación de estos nuevos instrumentos, fruto de los avances tecnológicos propios de la denominada «era digital», plantea la necesidad de trazar claramente los límites oponibles al ejercicio de los derechos fundamentales del trabajador en la empresa, delimitación que ha llevado a cabo la más reciente jurisprudencia del TC dictada en amparo. Visto desde una perspectiva meramente contractual, este proceso de demarcación del contenido de los derechos fundamentales inespecíficos del trabajador comporta una redefinición del contenido de la prestación de trabajo. La hipótesis que se pretende confirmar estriba en la vis expansiva que han cobrado las facultades empresariales amparada en la vigente jurisprudencia constitucional, proceso que confluirá indefectiblemente en una merma del acervo jurídico llamado a proteger la «vida personal» del trabajador en la empresa.

2. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DEL TRABAJADOR FRENTE AL EJERCICIO DEL PODER DE VIGILANCIA Y CONTROL POR PARTE DEL EMPRESARIO A TRAVÉS DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y DE LA COMUNICACIÓN

El Estatuto de los Trabajadores -en adelante, ET- regula las facultades de vigilancia y control que ostenta el empresario en su art. 20.3 donde, con suma parquedad, se limita a reconocerle el derecho a adoptar las medidas que estime oportunas a fin de ve-

información y de la comunicación (véase PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F, y THIBAUT ARANDA, J., «El uso laboral del ordenador y la buena fe (a propósito de la STS de 26 de septiembre de 2007, rec. 966/2006)», *Relaciones Laborales*, núm. 6, 2008, consultado en la base de datos de La Ley, documento 15496/2008, p. 2.

¹⁰ Véase RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M., «Intimidación del trabajador y contrato de trabajo», *Relaciones Laborales*, núm. 8, 2004, pág. 93.

¹¹ Rec. núm. 1463-2000, f. j. 6º.

rificar el cumplimiento de las obligaciones y deberes laborales por parte del trabajador. Como única cautela a respetar, el ET impone guardar en la adopción de dichas medidas «la consideración debida» a la dignidad del trabajador, así como tener presente «la capacidad real de los trabajadores con discapacidad». Esta disposición constituye el fundamento legal que a día de hoy ampara la utilización por parte del empresario de medios tecnológicos que le permiten llevar a cabo una fiscalización extrema de la prestación de servicios, pudiendo captar y registrar la imagen del trabajador, su voz y sus movimientos.

Ante la irremediable repercusión que esta revolución tecnológica ha tenido en las relaciones de trabajo, no cabe sino lamentar que el legislador haya desaprovechando la oportunidad brindada por la reciente refundición del ET para incorporar alguna referencia al uso de las nuevas tecnologías en el ámbito de la empresa. Reflejo de esta tendencia conservadora es el art. 18 ET, que todavía hace referencia a los registros sobre la persona del trabajador, sobre «sus taquillas y efectos particulares». En unos tiempos en los cuales prolifera el trabajo a distancia, en sus diversas modalidades, difuminándose la noción tradicional y física de «centro de trabajo», sorprende que este artículo haya sobrevivido a la refundición del ET sin haber incorporado modificación alguna tendente a velar por la inviolabilidad del trabajador frente a otros medios más sofisticados de supervisar al trabajador.

Como no podía ser de otro modo, este marco jurídico ha dado pábulo a la proliferación de controversias sobre la materia. No cabe duda alguna acerca de la utilidad que las nuevas tecnologías reportan al empresario, habida cuenta de la sutileza de su actuación y de su potencial a la hora de recabar datos susceptibles de acreditar el incumplimiento de la prestación del trabajador. Todo ello explica que las mismas hayan sido consideradas por el empresario como medidas «oportunas» a efectos de verificar el cumplimiento de las obligaciones y deberes del trabajador, a tenor de lo dispuesto en el art. 20.3 ET. Sin embargo, su potencial invasivo, su cariz solapado y su aptitud para recabar y conservar datos de carácter personal justifica también el razonable recelo que ha suscitado su utilización por parte del trabajador.

Ante la insuficiencia de la regulación estatutaria, el TC ha asumido la labor de redefinir, si bien de modo indirecto, el alcance del poder de vigilancia y control del empresario mediante una interpretación restrictiva del contenido esencial los derechos fundamentales inespecíficos del trabajador. Para ilustrar lo afirmado, a renglón seguido se expondrá la evolución sufrida por la jurisprudencia constitucional relativa a los derechos del trabajador a la propia imagen, a la intimidad y al secreto de las comunicaciones.

2.1. El derecho a la intimidad y a la propia imagen del trabajador

Como se había avanzado, diversos son los derechos fundamentales inespecíficos del trabajador cuyo respeto está amenazado por el ejercicio irregular de las facultades de control

empresarial a través de las nuevas tecnologías. Entre ellos, la salvaguardia del derecho a la propia imagen del trabajador ha sido uno de los primeros argumentos esgrimidos ante los tribunales, habida cuenta de la aceptación adquirida por ciertos medios de control consistentes en la captación o grabación de la imagen del trabajador. Décadas atrás, el TC tuvo ocasión de sostener que la naturaleza de las tareas contratadas podría llegar a justificar un distinto nivel de protección del trabajador frente a la imposición empresarial de una restricción al derecho fundamental a la propia imagen. De acuerdo con esta afirmación, es dable diferenciar tres escenarios. En el primero se ubica la contratación de una prestación de servicios cuya naturaleza lleve aparejada una inevitable restricción del derecho a la propia imagen del trabajador. El segundo, se refiere a la contratación de una prestación de servicios cuyo control recomiende la utilización de medios que pueden menoscabar el derecho a la propia imagen del trabajador. Y, finalmente, en el tercero se sitúa la captación de imágenes del trabajador que nada tienen que ver con la prestación de servicios contratada.

En el primer escenario el cumplimiento de la prestación del trabajador implica, por su propia esencia, una exposición de su imagen. En este supuesto, el consentimiento del trabajador resulta relevante, y se considera emitido en el momento en el cual accede a celebrar un contrato de trabajo cuyas funciones entrañan la exhibición de su imagen. Tal sucede en profesiones vinculadas al periodismo o la publicidad, en las cuales no se discute que la imagen del trabajador forma parte integrante de la prestación debida al empresario.

Diverso sería el supuesto en el cual el trabajador no tuviera asignada, explícita o implícitamente, función alguna que conlleve la exposición de su imagen. En este segundo escenario, la captación de la imagen del trabajador no integra la prestación debida al empresario, toda vez que «el vínculo contractual originario no puede considerarse, por sí solo y sin otra consideración adicional, cobertura suficiente» que justifique una orden del empresario que comprometa el derecho a la propia imagen del trabajador¹². El TC ha descartado que el vínculo contractual baste para restringir el derecho del trabajador a preservar su propia imagen, dada la posición prevalente que alcanzan los derechos fundamentales en nuestro ordenamiento. Existe, no obstante, una causa que justifica la toma de imágenes de un trabajador cuyas funciones no entrañan una exposición a las cámaras: la necesidad de controlar el correcto cumplimiento de su prestación de trabajo.

En su sentencia 29/2013, de 11 de febrero¹³, el TC consideró que la videovigilancia de la actividad del trabajador no lesionaba su derecho fundamental a la propia imagen, puesto que el mismo «es susceptible de limitaciones si la propia y previa conducta del titular o las circunstancias en las que se encuentre inmerso justifican el descenso de las barreras de reserva». A tal efecto, aludió como circunstancia justificativa de tal descenso la existencia

.....

12 Véase STC 99/1994, de 11 de abril (rec. núm. 797-1990), f. j. 7º.

13 Rec. núm. 299-2013.

de «un interés por parte del empleador en ejercitar el poder de dirección reconocido expresamente en el art. 20.3 ET que entre otras facultades atribuye la vigilancia y control del cumplimiento de las obligaciones laborales». En suma, se entendió que «hallándose justificado el seguimiento empresarial de la asistencia y puntualidad del trabajador, el uso de su imagen para comprobar tales extremos no constituye una actuación desproporcionada en relación con el fin perseguido».

El hecho de que el recurso a la videovigilancia suponga el registro de una serie de actos del trabajador «pertenecientes a su intimidad» explica que la conformidad a derecho de esta medida fuera enjuiciada también desde el punto de vista del respeto al derecho a la intimidad del trabajador, y no solo del derecho a preservar su propia imagen frente a su captación y reproducción. Ya la STC 186/2000, de 11 de julio¹⁴ admitió que la videovigilancia no constituía un método de control «selectivo en cuanto a las imágenes que capta», lo cual significa que un método llamado a controlar las obligaciones del trabajador dentro de su esfera laboral puede llegar a invadir aspectos inherentes a su vida personal pues, como se había advertido *ab initio*, la misma también se despliega durante la jornada de trabajo. Partiendo de que, con carácter general, «el empresario no queda apoderado para llevar a cabo, so pretexto de las facultades de vigilancia y control que le confiere el art. 20.3 LET, intromisiones ilegítimas en la intimidad de sus empleados en los centros de trabajo», el TC procedió a someter a esta medida al denominado juicio de proporcionalidad. Ello supuso acreditar que la medida fuera susceptible de conseguir el objetivo propuesto -juicio de idoneidad-; que resultara necesaria, en el sentido de que no existiera otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia -juicio de necesidad-; y, finalmente, que la misma fuese 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-¹⁵. Aplicando dicho juicio tripartito, el TC no consideró vulnerado el derecho a la intimidad del trabajador, ya que la medida encuentra justificación en la detección de irregularidades en el desempeño de las funciones inherentes al puesto de trabajo, se revela idónea para verificar si el trabajador comete irregularidades y se admite como equilibrada siempre y cuando su uso se dirija a supervisar la ejecución de la prestación de trabajo, sin extralimitarse en las zonas y en los momentos objeto de grabación¹⁶.

Sin embargo, conviene reparar en que este razonamiento debería partir de una confrontación entre un derecho fundamental del trabajador frente a una facultad empresarial. Así lo ha puesto de manifiesto Valdés Dal-Ré en el voto particular formulado a la citada

.....

14 Rec. núm. 2662-1997.

15 *Ibidem*.

16 *Ibidem*.

STC 39/2016, de 3 de marzo. Discrepando de la decisión adoptada por la mayoría, considera que el tribunal asume una colisión de derechos¹⁷ ficticia, toda vez que la facultad empresarial dimanante del art. 20.3 ET no es sino una regla jurídica rectora de la relación contractual que en modo alguno puede justificar la limitación del contenido esencial de los derechos fundamentales del trabajador¹⁸. En decir del magistrado, son «los poderes y facultades del empleador [los que] quedan delimitados por el contenido esencial de los derechos fundamentales de los trabajadores, resultando obligado tener presente que dichos derechos delinean la regularidad del ejercicio de tales poderes y facultades». Por consiguiente, «unos y otras solo pueden ejercitarse en términos acordes con el ámbito en el que la plenitud del contenido esencial de aquellos derechos (art. 53.1 CE) quede garantizada». Así pues, elevar el interés empresarial que indudablemente presenta acudir a las nuevas tecnologías para registrar toda actividad realizada por el trabajador al rango de derecho constitucional supone justificar una reducción del contenido esencial de los derechos fundamentales del trabajador, cuando es el contenido esencial de los derechos fundamentales el llamado a limitar los excesos en el ejercicio de los poderes empresariales.

Aunque se comparte la opinión del voto particular, lo cierto es que la vigente jurisprudencia constitucional ha entendido que el consentimiento prestado por el trabajador al concertar su contrato lleva implícita su sumisión a un poder de dirección y control del empresario que ahora también comprende la posibilidad de supervisar su actividad a través de cámaras, registrando la ejecución de la prestación de servicios. En otras palabras, la interpretación extensiva del poder de control del empresario ha privado al trabajador de prácticamente toda expectativa de privacidad frente al uso de la videovigilancia por parte de su empresario.

Tras haber consagrado la videovigilancia como un método de control empresarial susceptible de limitar justificadamente el derecho a la intimidad del trabajador, el TC hubo de pronunciarse sobre su eventual respeto al derecho a la protección de datos de carácter personal. Procede partir de la consideración de las grabaciones o instantáneas en las cuales se refleje la imagen del trabajador como datos de carácter personal con arreglo a la definición aportada por el art. 3 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal -en adelante, LOPD-, que entiende por tal «cualquier información concerniente a personas físicas identificadas o identificables».

.....

17 Razonamiento al cual se acude en pronunciamientos previos, como la STC 170/2013, de 7 de octubre (rec. núm. 2907-2011), a la cual se hará alusión más adelante.

18 Valorando una colisión entre los derechos fundamentales del trabajador y el derecho a la propiedad y a la libertad de empresa del empresario, véase MONTTOYA MELGAR, («Nuevas tecnologías y buena fe contractual (Buenos y malos usos del ordenador en la empresa)», *Relaciones Laborales*, núm. 1, 2009, p. 6) quien, sobre el uso del ordenador por los trabajadores y sus límites, sostiene que el poder de control del empresario «tiene su más alta fuente en el art. 38 CE y su fuente inmediata en el art. 20.3 ET». En el mismo sentido, véase FABREGAT MONTORT, G., «El control empresarial de los trabajadores a través de las nuevas tecnologías: algunas ideas clave», *Trabajo y Derecho*, núm. 5, 2015, consultado en la base de datos de La Ley, documento 3345/2015, p. 1.

Esta norma prohíbe, en su art. 6, el tratamiento de dichos datos sin que medie el consentimiento inequívoco del afectado salvo, entre otros motivos, que se refieran a las partes de un contrato de trabajo y sean necesarios para su mantenimiento o cumplimiento. Cabría extraer al menos dos interpretaciones de esta expresión. La primera, restrictiva, justificaría el tratamiento de aquellos datos sin los cuales sería imposible la existencia misma del contrato, p. ej.: aquellos referidos a los elementos esenciales del contrato, como los que permiten la identificación de las partes. La segunda, amplia, ampararía también la recopilación de aquellos datos de carácter personal que pudieran facilitar la constatación del cumplimiento de la prestación de trabajo¹⁹. Es esta última interpretación la acogida el TC en sus recientes pronunciamientos²⁰. En consecuencia, se ha descartado la necesidad de contar con una declaración del trabajador mediante la cual otorgue su consentimiento para que su actividad pueda ser supervisada mediante grabaciones procedentes de cámaras de vigilancia instaladas en el centro de trabajo dado que, a tenor de la STC 39/2016, de 3 de marzo²¹, aquel «se entiende implícito en la propia aceptación del contrato que implica reconocimiento del poder de dirección del empresario»²².

No obstante, se considera preferible sostener la legitimidad de esta intromisión en atención a la consecución de uno de los objetivos consignados por la norma dictada en desarrollo de este derecho fundamental que, a diferencia de lo que sucede con la Ley Orgánica 1/1982, sí contempla la limitación de los derechos fundamentales en el marco de una relación laboral. Sea como fuere, procede partir de la consagrada innecesariedad del consentimiento *ad hoc* del trabajador para la captación y tratamiento de su imagen cuando el control del cumplimiento de la prestación laboral lo justifique.

Constituye, no obstante, un límite infranqueable para el empresario el derecho del trabajador a ser informado²³, entre otros extremos, de la existencia de un fichero o del tratamiento de datos de carácter personal, de la finalidad de la recogida de estos, de los destinatarios de la información, de las consecuencias de la obtención de los datos o de la negativa a suministrarlos (art. 5 de la LOPD). Nótese que la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 24 de octubre de 1995 relativa a la protección de las

.....

19 Frente a esta interpretación, no falta quien considere que existen medios menos intrusivos a emplear para la consecución de dichos fines (véase TOSCANI GIMÉNEZ, D., «Las facultades de la empresa de videovigilancia de sus trabajadores. Comentario a la STC 39/2016, de 3 de marzo», *Revista de Derecho Social*, núm. 74, 2016, p. 160).

20 Ya en su sentencia 29/2013, de 11 de febrero (10522-2009) partía de una habilitación legal que eximía de la necesidad de contar con el consentimiento del trabajador.

21 Cit.

22 Véase RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., «Posibilidades y límites en el uso de cámaras de videovigilancia dentro de la empresa. A propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional de 3 de marzo de 2016», *Diario La Ley*, núm. 8747, 2016, consultado en la Base de datos de La Ley, documento 2303/2016, p. 6.

23 Límite que persiste con independencia de que el tratamiento de datos no requiera el consentimiento del trabajador, puesto que los arts. 5 y 6 LOPD «son autónomos y no interdependientes», no excluyendo la excepción al consentimiento la presencia de los derechos de información, como sostiene LAHERA FORTALEZA («Nueva Jurisprudencia constitucional en la videovigilancia laboral. Valoración crítica (STC 39/2016, 3 de marzo), *Revista de las relaciones laborales*, nº 5, 2016, p. 497).

personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos²⁴, de la cual trae causa la LOPD, impone que los datos sean recabados «con fines determinados, explícitos y legítimos», sin que sea posible que posteriormente sean tratados de manera incompatible con dichos fines [art. 6.1.b)]. Deben también ser «adecuados, pertinentes y no excesivos con relación a los fines para los que se recaben y para los que se traten posteriormente». Lo mismo dispone el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE²⁵, aplicable a partir del día 25 de mayo de 2018.

En su momento, la STC 29/2013 aclaró que el derecho a la información del trabajador «opera también cuando existe habilitación legal para recabar los datos sin necesidad de consentimiento»²⁶, como sucede en el caso que nos ocupa. Rechaza también que pueda oponerse el interés empresarial de controlar la actividad laboral «a través de sistemas sorpresivos o no informados de tratamiento de datos que aseguren la máxima eficacia en el propósito de vigilancia», por considerar que este razonamiento trata de justificar la constitucionalidad del acto enjuiciado en la utilidad o conveniencia que reporta al empresario, quebrando el núcleo esencial del derecho fundamental del trabajador, cuando es este el llamado a limitar las facultades empresariales²⁷.

De acuerdo con las precedentes consideraciones, se consideró lesiva la instalación de cámaras de vigilancia en el centro de trabajo cuando se hubieran ubicado a tal fin unos meros distintivos en diversos puntos del mismo anunciando su instalación²⁸, criterio que ha desechado la reciente STC 39/2016, de 3 de marzo. Atendiendo a lo dispuesto en el art. 3 la Instrucción 1/2006, de 8 de noviembre, de la Agencia Española de Protección de Datos, sobre el tratamiento de datos personales con fines de vigilancia a través de sistemas de cámaras o videocámaras, consideró suficiente para colmar dicha obligación de información la colocación en las zonas videovigiladas de «al menos un distintivo informativo ubicado en lugar suficientemente visible, tanto en espacios abiertos como cerrados, teniendo a disposición de los/las interesados impresos en los que se detalle la información prevista en el art. 5.1 de LOPD.

.....

24 DOCE L 281 /31, de 23 noviembre 1995.

25 DOUE L 119/1, de 4 mayo 2016.

26 Concluyendo que «no hay una habilitación legal expresa para esa omisión del derecho a la información sobre el tratamiento de datos personales en el ámbito de las relaciones laborales».

27 Cfr. STC 98/2000, de 10 de abril (rec. núm. 4015-1996).

28 Sobre la obligación de informar al trabajador sobre la utilización de cámaras de videovigilancia, véanse XIOL RÍOS, C., «Derechos fundamentales. La utilización de cámaras de vídeo vigilancia para fines de control de cumplimiento de obligaciones laborales. Necesidad de informar previamente a los trabajadores», *La administración práctica*, núm. 5, 2013, pp. 121 y ss. y MIRÓ MORROS, D., y CRUZ DE PABLOS, M., «El uso de la video vigilancia en el ámbito laboral», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 891, 2014, consultado en la Base de datos de Westlaw, p. 1.

Conviene precisar que este extremo de la sentencia también ha sido objeto de dos votos particulares. La adopción de lo dispuesto en la Instrucción 1/2006, de 8 de noviembre como elemento decisivo para resolver el juicio de constitucionalidad se considera digna de crítica con fundamento en tres argumentos. El primero atiende a la jerarquía normativa instaurada por la propia CE, toda vez que es la ley, y solo la ley» quien puede fijar los límites a un derecho fundamental y, en este caso, el cumplimiento de lo dispuesto en una instrucción sirve como argumento determinante para delimitar el contenido esencial del derecho a la protección de datos del trabajador.

El segundo se refiere al incumplimiento de uno de los objetivos establecidos en la LOPD, cual es la obligación de precisar la finalidad de la recogida de datos así como las personas destinatarias de dicha información. En concreto, el voto particular formulado por el magistrado Xiol Ríos considera que una información dirigida al público a través de una pegatina advirtiendo sobre la existencia de cámaras no es suficiente para satisfacer el derecho del trabajador a ser informado de la recopilación y tratamiento de sus datos personales, toda vez que la LOPD pretende que la información en cuestión se dirija específicamente a los interesados. Puesto que en el mismo voto particular se llega a admitir la procedencia de este medio de control empresarial de haberse informado únicamente al comité de empresa para evitar la frustración de la vigilancia²⁹. Conviene poner esta materia en conexión con los derechos de información y consulta que el art. 64 ET reconoce a los representantes de los trabajadores. En especial, procede hacer referencia a la vigilancia en el cumplimiento de las normas vigentes en materia laboral, de seguridad social y de empleo que su apartado 7.a).1º encomienda al comité de empresa, así como a su derecho a emitir informe sobre «la implantación y revisión de sistemas de organización y control del trabajo», con carácter previo a su ejecución.

El tercer argumento, expuesto claramente en el primer voto particular -formulado por Valdés Dal-Ré-, concierne al modo en cual se ha hecho uso de este instrumento, pues se intuye la intención de habilitar «controles sorpresivos» que permitan «identificar in fraganti» o «atrapar» a un trabajador que no cumpla debidamente su contrato. No cabe sino compartir esta apreciación, toda vez que nada pierde el empresario por informar al trabajador con carácter previo a la implantación de la videovigilancia como método de control. Al contrario, la advertencia puede devenir útil a la hora de prevenir el incumplimiento de quien se sabe observado.

A modo de resumen: la vigente interpretación del derecho a la intimidad y a la protección de datos del trabajador llevada a cabo por el TC concluye que mediante la suscripción del contrato de trabajo el asalariado consiente toda intromisión empresarial tendente a

.....

29 Con arreglo a lo resuelto por la STSJ de la Comunidad de Madrid de 9 de febrero de 2015.

verificar el correcto cumplimiento de la prestación comprometida, siempre y cuando la medida adoptada pueda considerarse necesaria, idónea y proporcionada. Basta, por tanto, que el trabajador sea informado acerca de la adopción de la medida en cuestión, considerándose colmado su derecho mediante la instalación de distintivos que indiquen la existencia de un mecanismo de supervisión tecnológica, como es la videovigilancia. Este último extremo incrementa el riesgo que padece el trabajador de afrontar una sanción, pues la carencia de una información suficiente e individualizada evita que dichos métodos de vigilancia surtan una eficacia preventiva, consecuencia que ha de reputarse digna de crítica y contraria a la buena fe contractual. Se comparte, por tanto, la interpretación que aboga por la necesidad de informar al trabajador de la existencia y finalidad de dichas grabaciones, así como de la posibilidad de ser sancionado con fundamento en las mismas³⁰.

Resta por abordar el tercer escenario, en el cual el empresario lleva a cabo una captación de la imagen del trabajador que nada tiene que ver con la prestación de servicios que realiza. Tal acontece, p. ej., cuando el empresario filma o fotografía a sus trabajadores para difundir su imagen con fines publicitarios. Con independencia de que hayan sido realizadas en el lugar de trabajo o fuera del mismo, dichas grabaciones o instantáneas no guardan relación alguna con la prestación debida por el trabajador. Por consiguiente, este supuesto se refiere a la esfera extralaboral del trabajador³¹, dentro de cuyos confines es dueño de preservar su imagen, sin que deba consentir la toma de fotografías o la grabación de su actividad.

Al no existir prestación de trabajo por cuenta ajena, ya no será de aplicación el ET, sino la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, sobre protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, cuyo art. 2 parte de que la misma quedará delimitada por las leyes y por los usos sociales atendiendo al ámbito que, por sus propios actos, mantenga cada persona reservado para sí misma o su familia. A falta de autorización legal, la norma requiere el consentimiento expreso del afectado³² para poder descartar la existencia de una intromisión ilegítima en el ámbito protegido. Lo afirmado significa que el empresario que decida captar la imagen de uno de sus trabajadores cuando el mismo no se encuentre ejecutando su prestación, o cuando, aun así, su intención no estribe en supervisar su cumplimiento, deberá recabar su consentimiento expreso, el cual no se deduce de la mera suscripción del contrato. En caso contrario, la toma de fotografías o la grabación de su imagen tendrán la consideración de intromisiones ilegítimas.

.....

30 A favor de esta postura, véase TOSCANI GIMÉNEZ, ob. cit. p. 159.

31 Cfr. DEL VALLE, J. M., «El derecho a la intimidad del trabajador durante la relación de trabajo», *Actualidad Laboral*, 1991, consultada en la base de datos de La Ley, documento 5547/2002, pág. 8.

32 Cfr. GONZÁLEZ GONZÁLEZ, C., «Control empresarial de la actividad laboral, videovigilancia y deber informativo. A propósito de la STC de 3 de marzo de 2016», *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 5, 2016, consultado en la Base de datos de Westlaw, pág. 12.

2.2. El derecho al secreto de las comunicaciones del trabajador

Expuesta la interpretación que el TC ha deparado al contenido esencial de los derechos del trabajador a la propia imagen, a la intimidad y a la protección de datos frente al control llevado a cabo por el empresario mediante la videovigilancia, conviene dedicar unas breves líneas a otras formas de control tecnológico. Por lo indispensable que resulta a día de hoy en el entorno laboral, procede hacer referencia a las controversias derivadas del uso del correo electrónico, de los equipos informáticos o de los dispositivos móviles puestos a disposición del trabajador, habida cuenta de la valiosa información que a día de hoy pueden transmitir.

En tales supuestos, además del derecho a la intimidad (art. 18.1 CE) y del derecho a la protección de datos del trabajador (art. 18.4 CE), está comprometido el derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE), en virtud del cual se ha de garantizar la confidencialidad de lo transmitido a través de un canal vetado al conocimiento público a fin de garantizar que aquellas se desarrollen en libertad³³. Por tal motivo, el acto de comunicación se protege frente a la injerencia de un tercero, con independencia de su contenido, que puede referirse a datos íntimos de los interlocutores o a cuestiones de dominio público.

Este derecho se considerará conculcado cualquiera que sea el modo a través del cual se haya interceptado el mensaje protegido, regla que comprende una aprehensión física del soporte del mensaje, pero también otras formas de captación del mismo, por lo que es perfectamente aplicable a una injerencia llevada a cabo de forma virtual. Sobre este extremo, la jurisprudencia emanada del Tribunal Europeo de Derechos Humanos³⁴ -en adelante, TEDH- ha tenido ocasión de precisar que las llamadas telefónicas procedentes de los locales profesionales, así como los correos electrónicos y la información derivada del uso de internet forman parte de la vida privada y correspondencia cuya protección impone el art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos -en adelante, CEDH-. Esta disposición prohíbe toda injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, a no ser que la misma esté prevista por una ley³⁵ cuya «calidad» evidencie un grado de previsibilidad que permita conocer en qué circunstancias el derecho a la intimidad del trabajador ha de ceder ante otro interés³⁶.

.....

33 Tal como sostiene el propio TC en sus sentencias 114/1984, de 29 de noviembre (rec. núm. 167/1984) y 123/2002, de 20 de mayo de 2002 (rec. núm. 3289/95), entre otras.

34 Véanse SSTEDH de 3 de abril de 2007, caso *Copland vs. Reino Unido* (núm. 62617/2000); de 25 de junio de 1997, caso *Halford vs. Reino Unido* (núm. 20605/1992) y 16 de febrero de 2000, caso *Amann c. Suiza* (núm. 27798/1995).

35 «[...]y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás».

36 Véanse SSTEDH de 12 mayo 2000., caso *Khan vs. Reino Unido* (TEDH 2000/132) y de 2 agosto 1984, caso *Malone vs. Reino Unido* (TEDH 1984/1).

La intervención empresarial de los medios tecnológicos de comunicación puestos a disposición del trabajador obedece a la necesidad de evitar o reprimir un uso incorrecto de los mismos. Tal acontece cuando dichos instrumentos de trabajo son utilizados para fines personales, mediando prohibición expresa al respecto. Empero, el control tecnológico de estos instrumentos de comunicación también puede poner de manifiesto otro tipo de incumplimiento del trabajador, como puede ser la revelación de secretos empresariales, la difamación de la empresa o cualesquiera otros actos contrarios a la buena fe contractual. Sin embargo, es preciso tener presente que, junto con esta información, relevante a efectos laborales, la supervisión de estos canales también permite el acceso por parte del empresario a cualquier mensaje de carácter privado que el trabajador emita valiéndose de este canal. La cuestión estriba en determinar hasta qué punto el empresario es dueño de acceder o no a los mensajes transmitidos a través de dichos medios haciendo uso de su facultad de vigilancia y control *ex art. 20 ET*.

Lejos de existir una única respuesta a la cuestión precedente, la jurisprudencia ha proporcionado diversas soluciones de forma sucesiva. Una interpretación posible consistiría en considerar que el derecho a la intimidad impide al empresario recabar datos información relativa al uso de los medios tecnológicos puestos a disposición del trabajador, habida cuenta del riesgo de acceder a datos estrictamente personales. No cabe reputar razonable esta teoría, por dos motivos. El primero, estriba en la finalidad de dichos medios. Procede recordar que instrumentos como ordenadores, teléfonos, tabletas o direcciones de correo electrónico no son sino medios de producción de la empresa. El segundo motivo alude a los posibles daños económicos que pudiera ocasionar un uso abusivo o espurio de dichos medios tecnológicos, daños que pueden ser medidos en función del tiempo de trabajo perdido o del incremento de la factura a abonar por el empresario.

Más razonable se antoja la interpretación que atiende a la propiedad empresarial de los medios de comunicación como factor determinante de un uso que ha de destinarse al cumplimiento de la prestación de trabajo. De esta interpretación son fruto los pronunciamientos judiciales que negaron en su momento cobertura jurídica al uso personal de las nuevas tecnologías puestas a disposición del trabajador por la empresa³⁷, salvo que medie autorización mediante convenio o acuerdo colectivos, pacto contractual, reglamento interno, protocolo, código de conducta o decisión del empresario³⁸. Por consiguiente, la utilización de dichos medios para fines privados, además de contravenir los imperativos

.....

37 Véase GIL PLANA, J., «Control empresarial del uso personal por el trabajador de los medios tecnológicos de trabajo», *REDT*, núm. 164, 2014, consultado en la base de datos de Westlaw, documento BIB 2014/1065, p. 7. Como muestra, el autor cita las STSJ Castilla y León (Valladolid), de 19 noviembre 2004 (AS 2004\3110, rec. n° 2143/2004) y la STSJ Galicia de 4 octubre 2001 (AS 2001\3366, rec. n° 4168/2001).

38 Como sostiene MONTOYA MELGAR, *ob. cit.*, p. 3.

de la buena fe contractual, no estaría amparada por el derecho a la intimidad del trabajador³⁹.

Matizando la anterior posición, cabe presumir que existe una autorización tácita relativa a su uso privado, que trae causa de los usos sociales que han consagrado cierta permisividad en cuanto atañe al uso privado de instrumentos de trabajo como el ordenador, el teléfono o el correo electrónico⁴⁰. La tentación que supone para el trabajador tener a su disposición un medio que permite transmitir un mensaje de manera inmediata y, a menudo, gratuita, ha propiciado que algún pronunciamiento llegara a tildar de «heroica» la conducta de quien logra abstenerse de utilizar dichos medios para fines privados⁴¹.

Como apunta MONTOYA MELGAR⁴², esta segunda interpretación supone una considerable ampliación de la esfera de intimidad del trabajador, lo cual resulta positivo si se defiende la concesión de una mayor autonomía en la ejecución de su prestación de servicios. En este caso, cabe considerar razonable el permitir que el trabajador utilice los medios de comunicación de la empresa para comunicarse con su entorno, lo que favorecería no solo la conciliación de la vida personal y familiar, sino la consecución de un mayor bienestar del trabajador consistente en la integración de ambas esferas. No obstante, esta concepción pecaría de utópica de no reconocer los daños que pudiera irrogar un uso abusivo de los medios de trabajo. De ahí el acierto de quien sostiene que la aplicabilidad de esta doctrina llegará hasta donde llegue la moderación del trabajador, «esto es, la buena fe, en dicho uso privado»⁴³.

La reciente jurisprudencia es proclive a admitir la existencia de una autorización tácita fundamentada en los usos sociales de dichos medios, autorización cuya existencia ha de ser desvirtuada mediante una prohibición relativa a su uso privado, prohibición que puede derivar de una norma, de una disposición convencional⁴⁴ o de una orden empresarial. La existencia o no de esta interdicción determinará si la intromisión del empresario que acceda a los datos o a las comunicaciones del trabajador es legítima. De no existir una pro-

.....

39 Véase GIL PLANA, J., ob. cit., p. 7.

40 Negando la existencia de un genérico uso social del ordenador, véase THIBAUT ARANDA, J., *Control multimedia de la actividad laboral*, Tirant lo Blanch (Valencia, 2006), pág. 65.

41 Véase STSJ Cantabria de 18 enero 2007 (rec. núm. 1149/2006).

42 Ob. cit., p. 4.

43 Véase MONTOYA MELGAR, A., op. cit., p. 5. Acudiendo también al deber de buena fe a cargo del trabajador, PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL y THIBAUT ARANDA llegan a admitir un «uso moderado extralaboral» de tales medios, si bien lo hacen partiendo de su afectación a su uso para fines productivos (ob. cit., p. 5). Por su parte, FALGUERA I BARÓ admite dicha conducta siempre que la misma se ejerza bajo el principio de la buena fe contractual, sin excesivos costos para la empresa y sin una manifiesta afectación al proceso productivo («Uso por el trabajador del correo electrónico de la empresa para fines extraproductivos y competencias de control del empleador» *RL*, nº 22, 2000, consultado en la base de datos de La Ley, documento 5875/2002, p. 6).

44 Es el caso del supuesto enjuiciado por la STC 170/2013, de 7 de octubre (rec. núm. 2907-2011), donde el convenio colectivo aplicable preveía como infracción leve la utilización de los medios informáticos propiedad de la empresa para fines distintos de los relacionados con la prestación laboral, sancionando expresamente que el correo electrónico era de exclusivo uso profesional.

hibición expresa, la jurisprudencia considera que el trabajador goza de una «expectativa razonable de privacidad» incluso durante la ejecución de su prestación de servicios.

Puesto que el derecho al secreto de las comunicaciones únicamente ampara las realizadas a través de un canal vetado al conocimiento público, carece también de una expectativa razonable de privacidad frente al poder de control empresarial el trabajador que utilice un canal abierto para fines privados, medie o no prohibición expresa relativa al uso personal del mismo⁴⁵.

Asimismo, cabe deducir la existencia de una prohibición cuando dicho comportamiento es sancionable. En consecuencia, la ausencia de una situación de tolerancia empresarial del uso de un canal de comunicación por ella proporcionado para fines privados lleva implícita la facultad de la empresa de controlar su utilización⁴⁶. En otras palabras, si el empresario está legitimado para sancionar un uso inadecuado de dichos medios, también lo está para inspeccionar su utilización, aunque ello suponga acceder a mensajes de contenido privado.

De lo expuesto se infiere que, a diferencia de lo que sucede cuando se trata de determinar el uso legítimo de la videovigilancia como instrumento de control empresarial, la mera suscripción de un contrato de trabajo no comporta una renuncia automática a toda expectativa de privacidad en las comunicaciones llevadas a cabo a través de instrumentos de trabajo⁴⁷. Lo relevante es la existencia de una tolerancia empresarial referida al uso privado de tales medios, caso en el cual existirá un derecho del trabajador a preservar del conocimiento ajeno la información transmitida a través de dicho canal o, por el contrario, la existencia de una prohibición relativa al uso privado de tales medios. En este último supuesto, el trabajador no podrá escudarse en su derecho al secreto de las comunicaciones. Según el propio TC, «los grados de intensidad o rigidez con que deben ser valoradas las medidas empresariales de vigilancia y control son variables en función de la propia configuración de las condiciones de disposición y uso de las herramientas informáticas y de las instrucciones que hayan podido ser impartidas por el empresario a tal fin»⁴⁸.

De ahí que la doctrina⁴⁹ haya considerado pertinente que la negociación colectiva⁵⁰, las partes en el contrato de trabajo o el empresario a través de protocolos o códigos de conducta puntualicen no solo los términos en que los trabajadores deben utilizar los orde-

.....

45 A tal efecto, véase STC 241/2012, de 17 de diciembre (rec. núm. 7304-2007), donde se consideró legítima la fiscalización de un ordenador de uso común en el cual se había instalado un programa de mensajería aunque, en ese caso, «además» existía una orden empresarial prohibitiva.

46 En concreto, el TC ha afirmado en su sentencia 170/2013, de 7 de octubre (cit.), que «la expresa prohibición convencional del uso extralaboral del correo electrónico y su consiguiente limitación a fines profesionales llevaba implícita la facultad de la empresa de controlar su utilización».

47 Adviértase que dicha interpretación también ha sido aplicada por el TEDH al uso para fines privados de una cuenta de correo electrónico creada por el propio trabajador, en la reciente sentencia de 12 de enero 2016, caso *Barbulescu vs. Rumania* (TEDH 2016\1).

48 Véase STC 241/2012, de 17 de diciembre (cit.).

49 MONTTOYA MELGAR, A., ob. cit., 12.

50 En opinión de autores como FALGUERA I BARÓ, ob. cit., p. 15.

nadores de la empresa, sino también las medidas de control de que dispone el empresario para comprobar posibles abusos y las consecuencias sancionadoras e incluso indemnizatorias derivadas de la comisión de las conductas prohibidas.

Dicho esto, conviene añadir que, ante el supuesto objeto de análisis, el razonamiento jurídico tendente a verificar una eventual vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones del trabajador también es aplicado por la jurisprudencia a fin de detectar una posible intromisión en su intimidad. Por consiguiente, el trabajador que carezca de una expectativa razonable de privacidad en cuanto atañe al uso de los medios de comunicación puestos a su disposición por el empresario no podrá aducir su derecho a la intimidad frente a aquel. Deviene pues irrelevante el contenido íntimo o sensible del mensaje enviado por un trabajador a través de un canal cuyo uso privado se ha prohibido. No obstante, si el empresario procede a interceptar los mensajes enviados por un canal cuyo uso privado no fuera previamente vetado, se considerará que existe una injerencia ilegítima incluso cuando no se haya accedido efectivamente al contenido de los mismos⁵¹.

Por último, resta aludir al eventual deber de informar al trabajador acerca de la existencia de dichos medios de supervisión. En busca de fundamento jurídico que lo sustente, cabría acudir a las reglas contempladas en el art. 18 ET, relativo a los registros en la persona del trabajador, sus taquillas y otros efectos personales. No obstante, no falta quien rechace la aplicación de estas reglas basándose en la «finalidad del continente» de lo comunicado⁵², no en vano las taquillas constituyen espacios destinados a la recepción de efectos personales del trabajador, mientras que los útiles de trabajo constituyen medios afectos a la producción. Con arreglo a esta última interpretación, las garantías del art. 18 ET solo serían aplicables cuando el uso privado de dichos medios estuviera expresamente autorizado.

Huelga reproducir la normativa relativa a la protección de datos de carácter personal, que impone al empresario el deber de informar al trabajador de la existencia de un fichero o tratamiento de dichos datos, de la finalidad de la recogida de estos y de los destinatarios de la información (art. 4 de la LOPD). La misma será aplicable de haberse llevado a cabo una recogida de datos con arreglo a lo preceptuado en la citada normativa. Procede remitirse también a lo dispuesto en el apartado precedente en cuanto atañe al derecho de información y consulta que ostenta el comité de empresa sobre la implantación y revisión de sistemas de organización y control de trabajo [art. 64. 7.a).1º ET]⁵³.

.....

51 Véase, a tal efecto, la STEDH de 2 agosto 1984, caso *Malone vs. Reino Unido*, así como la más reciente STEDH de 2 abril 2007, caso *Copland vs. Reino Unido*, donde se considera que «la utilización de información relativa a la fecha y duración de las conversaciones telefónicas y en particular los números marcados, puede plantear un problema en relación con el art. 8 CEDH».

52 Véase PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. y THIBAUT ARANDA, J., ob. cit., p. 3.

53 Ibid.

Procede, por último, hacer alusión una vez más al principio general de buena fe⁵⁴ como fundamento jurídico primordial sobre el cual se ha de sustentar el deber de información a cargo del empresario. De acuerdo con este, incumbe al empresario advertir al trabajador acerca de la existencia de una prohibición relativa al uso privado de los instrumentos de trabajo, incluso de hallarse tipificada en el convenio colectivo como conducta sancionable. Es sabido que la ignorancia de la ley no exime de su cumplimiento, aforismo que podrá esgrimir quien pretenda escudarse en la existencia de una disposición convencional que el trabajador debería conocer. Mas la buena fe contractual requiere que la parte a quien interesa aplicar dicha prohibición procure hacerla saber a su destinatario, a fin de prevenir un uso indebido de los instrumentos de trabajo.

3. CONCLUSIONES

La hipótesis de partida de este estudio hacía alusión a la vis expansiva que el poder de vigilancia y control del empresario había adquirido raíz de la reciente jurisprudencia del TC. El análisis de sus recientes pronunciamientos, harto restrictivos, en cuanto atañe a la interpretación del contenido esencial de los derechos fundamentales inespecíficos del trabajador, no ha podido menos que confirmarla. A lo largo del mismo se ha evidenciado su gran amplitud, que comprende la supervisión del trabajador mediante medios tecnológicos siempre que sean empleados con la finalidad de controlar la ejecución de la prestación de trabajo. De acuerdo con lo expuesto, todo aquel que suscriba un contrato de trabajo ha de saber que consiente la grabación ininterrumpida de su prestación de servicios, así como el registro y lectura de las comunicaciones que transmita a través de los medios puestos a su disposición por el empresario con fines estrictamente profesionales, siempre y cuando dicha injerencia supere el citado juicio de proporcionalidad. Si a lo anterior se añade la laxa interpretación del deber de información que incumbe al empresario que acude a dichos instrumentos, cabe cuestionar no solo la extensión del poder de vigilancia y control, sino, sobre todo, su carácter sorpresivo, que sirve para poner en tela de juicio su finalidad preventiva.

Esta circunstancia en particular permite sostener que la expansión del poder de dirección del empresario se ha llevado a cabo, no solo a costa del contenido esencial de los derechos fundamentales del trabajador, sino también de la confianza *inter partes* que dicta la

.....

54 Véase MONTOYA MELGAR, A., ob. cit., p. 8. Cfr. PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. y THIBAUT ARANDA, J., ob. cit., p. 5.

buena fe contractual. En efecto, el apartado tercero del art. 20 ET reconoce al empresario el poder de adoptar las medidas que estime oportunas para verificar el cumplimiento de la prestación del trabajador. Sin embargo, su apartado segundo advierte que tanto el trabajador como el empresario «se someterán en sus prestaciones recíprocas a las exigencias de la buena fe». Llegados a este punto, la cuestión a resolver es la siguiente: ¿Responde a las exigencias de la buena fe contractual utilizar un medio de supervisión que registre de manera ininterrumpida e indiscriminada toda la actividad que desarrolla el trabajador en su puesto de trabajo? Teniendo en cuenta que la relación laboral se caracteriza por la existencia de un vínculo de confianza entre las partes que, de quebrarse, puede llegar a justificar su resolución, la respuesta ha de ser negativa. Ciertamente, resulta difícil concebir que un empresario deposite confianza alguna en un trabajador cuyos actos considera necesario vigilar y registrar en todo momento.

Además de sostenerse sobre una presunción de desconfianza cuasi absoluta hacia el trabajador, la ausencia de una regulación actual adaptada a los nuevos medios tecnológicos de control impide considerar que exista una ley que regule de manera suficiente la injerencia del empresario en el ámbito, en principio, privado del trabajador. Llegados a este punto, conviene recordar que la jurisprudencia del TEDH ha reiterado la necesidad de que la ley que prevea una injerencia legítima en el ámbito de privacidad del titular del derecho manifieste cierta «calidad». Ello supone que la normativa en cuestión denote un grado suficiente de previsibilidad, empleando unos términos lo bastante claros como para que sus destinatarios puedan conocer en qué circunstancias y bajo qué condiciones el derecho a la intimidad del trabajador puede y debe ceder ante otro interés.

Lamentablemente, la seguridad jurídica no es una cualidad que pueda predicarse de la normativa aplicable al control empresarial de la prestación de servicios del trabajador a través de medios tecnológicos en el ordenamiento jurídico español. Muestra de ello es la frecuente llegada de litigios relativos a este particular hasta el supremo intérprete de la norma constitucional, quien define, en último término, los límites del poder de dirección del empresario. Este preocupante síntoma demuestra el fracaso de una legislación que ya no responde a la realidad que está llamada a regular y que priva de seguridad jurídica a las partes del contrato.

ALICIA VILLALBA SÁNCHEZ

Profesora contratada interina de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Santiago de Compostela

alicia.villalba@usc.es